



Documents SIGMA No. 27

Principes européens
d'administration publique

OCDE

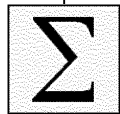
<https://dx.doi.org/10.1787/5kml60zsw8bx-fr>

Non classifié

CCNM/SIGMA/PUMA(99)44

Organisation de Coopération et de Développement Economiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

OLIS : 12-Oct-2000
Dist. : 16-Oct-2000



**SIGMA -- INITIATIVE CONJOINTE DE L'OCDE ET DE L'UNION EUROPEENNE,
FINANCEE PRINCIPALEMENT PAR LE PROGRAMME PHARE DE
L'UNION EUROPEENNE**

Or. Ang.

CCNM/SIGMA/PUMA(99)44
Non classifié

PRINCIPES EUROPEENS D'ADMINISTRATION PUBLIQUE

Documents SIGMA : No. 27

96604

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine
Complete document available on OLIS in its original format

Or. Ang.

LE PROGRAMME SIGMA

Le Programme SIGMA — Soutien à l'amélioration des institutions publiques et des systèmes de gestion dans les pays d'Europe centrale et orientale — est une initiative conjointe de l'OCDE et de l'Union européenne. Financée principalement par le Programme Phare de l'Union européenne, cette initiative vise à aider treize pays en transition à mener à bien la réforme de leur administration publique.

L'Organisation de coopération et de développements économiques est une organisation intergouvernementale qui réunit 29 démocraties à économie de marché avancée. Par l'intermédiaire de son Centre pour la coopération avec les non membres, l'OCDE fournit des conseils et une assistance, portant sur les problèmes économiques les plus divers, aux pays d'Europe centrale et orientale et aux pays de l'ex-Union soviétique engagés dans des réformes. Le Programme Phare accorde des aides financières à ses partenaires d'Europe centrale et orientale jusqu'à ce qu'ils soient prêts à assumer les obligations liées à la qualité de membre de l'Union européenne.

Les Programmes Phare et SIGMA couvrent les mêmes pays : Albanie, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Estonie, Hongrie, Lettonie, Lituanie, ex-République yougoslave de Macédoine, Pologne, Roumanie, République tchèque, Slovaquie et Slovénie.

Créé en 1992, SIGMA dépend du Service de la gestion publique de l'OCDE, qui fournit des informations et des analyses d'experts de la gestion publique aux décideurs et facilite les contacts et les échanges d'expériences entre responsables de la gestion du secteur public. SIGMA offre aux pays bénéficiaires la possibilité d'avoir accès à un réseau de responsables expérimentés de l'administration publique, d'informations complexes et de connaissances techniques en liaison avec le Service de la gestion publique.

SIGMA vise à :

- aider les pays bénéficiaires à rechercher des méthodes de gestion publique propres à améliorer l'efficacité de l'administration et à encourager les agents du secteur public à respecter les valeurs démocratiques, les règles éthiques et l'Etat de droit ;
- contribuer à mettre en place dans les pays des structures au niveau de l'administration centrale pour relever les défis de l'internationalisation et des plans d'intégration à l'Union européenne ;
- soutenir les initiatives de l'Union européenne et des autres donateurs ayant pour but d'aider les pays bénéficiaires à entreprendre la réforme de leur administration publique, et contribuer à la coordination des activités des donateurs.

Dans tous ses travaux, cette initiative s'emploie en priorité à faciliter la coopération entre les gouvernements. Cela suppose notamment d'accorder un soutien logistique à la formation de réseaux rassemblant des praticiens de l'administration publique en Europe centrale et orientale et mettant en relation ces praticiens et leurs homologues d'autres démocraties.

Les activités SIGMA se répartissent en cinq domaines techniques : stratégies de développement de l'administration publique ; élaboration, coordination et réglementation des politiques ; gestion des dépenses ; gestion du service public ; audit et contrôle financier. En outre, le Service de l'information de SIGMA diffuse des publications et des documents électroniques sur des thèmes intéressant la gestion publique.

Copyright OCDE, 1999

Les demandes de reproduction ou de traduction totales ou partielles doivent être adressées à : Direction des Publications et Relations publiques, OCDE, 2 rue André-Pascal, 75775 Paris Cedex 16, France.

Les idées exprimées dans la présente publication ne reflètent pas nécessairement le point de vue officiel de la Commission, des pays membres de l'OCDE ou des pays d'Europe centrale et orientale participant au Programme.

AVANT-PROPOS

Le présent document vise à identifier les normes auxquelles les pays candidats à l'adhésion à l'Union européenne (UE) sont censés se conformer en vue d'aligner leurs administrations publiques sur celles des Etats membres de l'UE. S'inspirant des travaux du programme SIGMA qui concernent la réforme de l'administration publique dans les pays d'Europe centrale et orientale, notamment l'aménagement de la fonction publique et le contrôle administratif, ce document rend compte d'éléments essentiels de la méthode utilisée par SIGMA pour évaluer les capacités des pays candidats en matière d'administration publique.

Une précédente version de ce document avait été examinée lors de la première réunion, en novembre 1998 à Vienne, des Chefs de la fonction publique des dix pays qui sont candidats à l'adhésion à l'Union européenne. Cette réunion avait donné le coup d'envoi à un projet SIGMA visant à évaluer les capacités de ces pays en matière d'administration publique, et en particulier l'évolution des fonctions publiques de ces pays. La version finale du document a été révisée, avant publication, par les participants à la dixième réunion du Groupe de Liaison de SIGMA, qui s'est tenue à Prague les 15 et 16 novembre 1999.

Le présent document, qui a été élaboré par le Secrétariat de SIGMA et dont l'auteur principal est M. Francisco Cardona, conseiller en gestion du service public, a également bénéficié de la contribution d'experts indépendants. SIGMA tient à remercier le Professeur Denis Galligan, Directeur du Centre for Socio-Legal Studies au Wolfson College, Université d'Oxford, Royaume-Uni, le Professeur Jacques Ziller de la Faculté de droit de l'Institut universitaire européen de Florence, Italie, le Professeur Jürgen Schwarze, Directeur de l'Institut de droit public de l'Université Albert-Ludwigs de Fribourg, Allemagne, et M. Jacques Fournier, ex-membre du Conseil d'Etat et membre actuel du Conseil supérieur de la Magistrature, France, pour leurs précieuses contributions. SIGMA tient aussi à exprimer sa reconnaissance au Dr. Helmut Kitschenberg, ex-Directeur de l'Académie fédérale d'Administration publique, Allemagne, ainsi qu'au Dr. Wolfgang Rusch, qui enseigne le droit constitutionnel à l'Institut d'Administration publique du Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie, en Allemagne, pour leurs judicieuses observations.

Le document est publié sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE.

SIGMA-OCDE
2 rue André-Pascal, 75775 Paris Cedex 16, France
Tél. (33.1) 45.24.79.00; Fax (33.1) 45.24.13.00
e-mail: sigma.contact@oecd.org; <http://www.oecd.org/puma/sigmaweb>

TABLE DES MATIÈRES

LE PROGRAMME SIGMA.....	2
AVANT-PROPOS.....	3
NOTE DE SYNTHÈSE.....	5
INTRODUCTION.....	6
PARTIE I. LES PRINCIPES DU DROIT ADMINISTRATIF ET L'ESPACE ADMINISTRATIF EUROPEEN	8
1. Principes du droit administratif.....	8
Fiabilité et prévisibilité.....	9
Ouverture et transparence.....	12
Responsabilité.....	13
Efficience et efficacité.....	14
2. L'espace administratif européen.....	15
La notion d'espace administratif européen.....	16
Facteurs de convergence.....	17
Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'émergence d'un espace administratif européen commun.....	18
Le degré de convergence des systèmes administratifs.....	19
PARTIE II. PRINCIPES DE DROIT ADMINISTRATIF ET NORMES RELATIVES A LA FONCTION PUBLIQUE	21
1. Structures juridiques pour une fonction publique professionnelle : salariés de l'Etat ou fonctionnaires ?.....	21
Des normes et des conditions analogues, mais des modèles différents de fonction publique professionnelle.....	22
2. Gérer la fonction publique dans un contexte « d'administration par le droit ».....	25
Gestionnaires publics professionnels.....	25
Le contexte de « l'administration par le droit ».....	26
Gestion homogène de la fonction publique.....	27
CONCLUSIONS	29
Les valeurs de la fonction publique ont un caractère impératif.....	29
Les fonctionnaires ne sont pas de simples salariés de l'Etat.....	29
Les principes du droit administratif créent des modèles comportementaux pour la fonction publique....	30
Les principes du droit administratif contribuent à la création d'un espace administratif européen.....	30

NOTE DE SYNTHÈSE

Les pays d'Europe centrale et orientale candidats à l'adhésion à l'Union européenne doivent réformer leurs administrations publiques pour satisfaire aux critères de Copenhague et de Madrid. La majeure partie de la conduite des affaires publiques est régie ou influencée par l'*acquis communautaire* (autrement dit, l'ensemble de la législation de la Communauté européenne). Dans les divers domaines de l'*acquis*, les objectifs et le contenu des réformes sont assez clairs. Les pays candidats doivent transposer la législation communautaire dans leur ordre juridique national, puis la mettre en œuvre et la faire respecter. Les problèmes et les retards de mise en œuvre sont dus, pour l'essentiel, à un manque de capacités qui complique et ralentit le processus.

Il n'existe pas d'*acquis communautaire* en ce qui concerne la fixation de normes pour les systèmes horizontaux de gestion des affaires publiques ou pour les administrations publiques nationales. Aussi les objectifs à poursuivre et l'orientation à donner à la réforme de l'administration publique dans la perspective de l'adhésion à l'UE sont-ils plus flous. Toutefois, un consensus général a fini par se dégager, parmi les Etats démocratiques, autour des éléments clés d'une bonne gestion des affaires publiques. Ces éléments comprennent les principes découlant du respect de l'Etat de droit -- la fiabilité, la prévisibilité, la responsabilité et la transparence -- mais aussi la compétence dans le domaine technique et en matière de gestion, la capacité d'organisation et la participation des citoyens. Malgré l'absence d'*acquis communautaire* sur ce point, les Etats membres de l'UE partagent les mêmes principes d'administration publique, tout en ayant des traditions juridiques différentes et des systèmes différents de gestion des affaires publiques. Au fil du temps, ces principes ont été définis et affinés par la jurisprudence nationale et, ultérieurement, par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes.

Ces principes d'administration publique communs aux Etats membres de l'UE constituent le préalable à la réalisation d'un « Espace administratif européen » (EAE), qui comprend une série de normes communes d'action au sein de l'administration publique, définies par la loi et mises en pratique au travers de procédures et de mécanismes en matière de responsabilité. Les pays candidats à l'adhésion à l'UE doivent tenir compte de ces normes dans l'aménagement de leur administration publique. Tout en ne constituant pas un volet officiel de l'*acquis communautaire*, l'EAE devrait néanmoins orienter les pays candidats dans la réforme de leur administration publique. Dans les Etats membres de l'UE, ces normes, tout comme les principes établis par la constitution, sont généralement consacrées ou transmises par diverses lois administratives, notamment celles concernant la procédure administrative, le contentieux administratif, l'accès à l'information et la fonction publique.

En observant dans quelle mesure un pays candidat applique ces principes d'administration publique et respecte les normes de l'EAE, on peut se faire une idée de la capacité de son administration publique nationale de mettre effectivement en œuvre l'*acquis communautaire*, conformément aux critères clairement définis par le Conseil européen à Copenhague et à Madrid. C'est dans cette optique que sont formulées les conclusions générales du présent document.

Dans la deuxième partie du document, nous situons la fonction publique dans ce contexte plus large. Le but est de mieux expliciter les liens entre la performance et la gestion des fonctionnaires, d'une part, et les principes généraux d'une bonne gestion des affaires publiques et les normes administratives dont se compose l'EAE, d'autre part. Parmi nos conclusions, nous exprimons la ferme conviction que les fonctionnaires ne sont pas de simples salariés de l'Etat, mais qu'ils ont aussi un rôle constitutionnel à jouer. Il ne convient pas, par conséquent, de s'en remettre entièrement au droit du travail pour régir la relation entre l'Etat, ou l'une de ses institutions, et ses fonctionnaires.

INTRODUCTION

Pour pouvoir être membre de l'Union européenne, un Etat doit respecter en tous points l'*acquis communautaire* dans le domaine administratif et dans le secteur industriel. Ainsi, pour pouvoir survivre après l'adhésion, l'industrie laitière du pays candidat devra répondre à toutes les exigences de l'*acquis*, sans quoi elle ne pourra exporter ses produits vers d'autres Etats membres. En fait, elle ne pourra même pas commercialiser ses produits sur son propre marché intérieur.

Les institutions nationales d'administration publique des Etats membres de l'UE mettent en œuvre et appliquent l'*acquis communautaire*. Pour pouvoir faire de même en toute efficacité, l'administration publique d'un pays candidat doit respecter les principes généraux de bonne gestion des affaires publiques et s'aligner sur les normes administratives définies au sein de l'UE. La mise en œuvre de l'*acquis* dans un domaine administratif dépend bien entendu des capacités et des ressources dont dispose le secteur concerné – mais pas uniquement de cela. Les systèmes horizontaux généraux de gestion des affaires publiques dans le pays candidat doivent aussi répondre aux exigences de l'UE, car ils sont primordiaux pour le bon fonctionnement de l'administration tout entière, y compris dans les domaines qui relèvent de l'*acquis*. Il est évident que le succès de la mise en œuvre et de l'application de la réglementation dépend des structures et systèmes horizontaux de gestion des affaires publiques, et notamment des procédures applicables aux actes administratifs et des mécanismes destinés à faire en sorte que les fonctionnaires s'acquittent de leurs tâches conformément aux normes de l'UE.

L'absence de législation communautaire générale dans les domaines de l'administration publique et du droit administratif pose un problème aux pays candidats. Ils sont tenus de se doter de systèmes administratifs et d'institutions d'administration publique capables de transposer, de mettre en œuvre et de faire respecter l'*acquis* conformément au principe de l'obligation de résultat. Ils doivent satisfaire aux critères d'adhésion à l'UE tels qu'ils ont été adoptés par le Conseil européen à Copenhague, à Madrid et à Luxembourg. En outre, les progrès qu'ils réalisent sont évalués par rapport à ces critères, autrement dit, selon la phraséologie des rapports réguliers de la Commission européenne, en termes de « capacité administrative et judiciaire de ces pays d'appliquer l'*acquis* », ce qui signifie implicitement que leurs progrès seront évalués par rapport aux normes administratives européennes.

C'est dans cette optique que le présent document décrit l'Espace administratif européen (EAE) en tant que composante spécifique du droit communautaire. L'EAE est une métaphore ayant des implications pratiques pour les Etats membres et consacrant notamment des principes de droit administratif sous la forme d'un ensemble de critères à appliquer par les pays candidats dans le cadre des efforts qu'ils déploient pour acquérir la capacité administrative qu'exige l'adhésion. L'EAE représente un processus évolutif de convergence accrue entre les ordres juridico-administratifs nationaux et les pratiques administratives des Etats membres. Cette convergence est favorisée par plusieurs facteurs, notamment les pressions économiques des particuliers et des entreprises, les contacts réguliers et suivis entre responsables des Etats membres et, enfin et surtout, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes.

Bien que les constitutions et les lois qui en découlent édictent les principes généraux du droit et définissent les normes applicables aux actes administratifs, ce sont les tribunaux qui affinent ces normes, autrement dit qui déterminent, au cas par cas, le degré d'acceptabilité des pratiques d'administration publique. Traditionnellement, ces normes de fonctionnement administratif étaient définies et précisées à l'intérieur des frontières territoriales des Etats souverains. Elles étaient la résultante de la constitution du pays, de l'activité législative de son parlement, des décisions de ses autorités administratives et des jugements de ses tribunaux. Au sein de l'UE, ce processus devient de plus en plus supranational et il est possible d'exiger des pays candidats à l'adhésion qu'ils se conforment aux normes administratives, communes, à caractère impératif, telles qu'elles sont définies par la Cour de justice des Communautés européennes au niveau européen et donc dans tous les Etats membres.

Toutefois, ce n'est pas parce que nous évoquons les possibilités d'harmonisation des normes d'administration publique que nous prônons une homogénéisation des institutions administratives dans les Etats membres de l'UE. Ce qui importe, c'est que, indépendamment des dispositifs institutionnels, les administrations publiques nationales doivent reconnaître des principes et se conformer à des normes qui sont communs aux Etats membres de l'UE.

Le présent document décrit les principes du droit administratif définis par la Cour de justice des Communautés européennes qui fixent en fait des normes d'administration publique. Il poursuit trois objectifs : d'abord, définir et fournir des critères en vue d'orienter les pays candidats dans la réforme de leur administration publique ; ensuite, fixer des points de référence pour l'évaluation des progrès accomplis ; enfin, aider les pays candidats à satisfaire aux critères de Copenhague et de Madrid en matière d'administration publique en vue de l'adhésion à l'UE.

PARTIE I. LES PRINCIPES DU DROIT ADMINISTRATIF ET L'ESPACE ADMINISTRATIF EUROPEEN

1. Principes du droit administratif

Bien que l'expression et les notions de droit administratif (*Verwaltungsrecht, administrative law*) diffèrent d'un système national à l'autre, on peut s'entendre sur une définition commune du droit administratif, qui serait l'ensemble des principes et des règles applicables à l'organisation et à la gestion de l'administration publique ainsi qu'aux relations entre l'administration et les citoyens¹.

Les principes du droit administratif, qui fixent les normes applicables au comportement des fonctionnaires et régissent leurs actes, se trouvent généralement disséminés à travers différents textes, depuis la constitution jusqu'aux lois adoptées par le Parlement, en passant par les dispositions réglementaires et la jurisprudence des tribunaux qui connaissent des litiges concernant l'administration publique. C'est le cas, notamment, dans des pays tels que la Belgique, la France, la Grèce, l'Irlande et le Royaume-Uni. D'autres pays ont procédé à une codification générale des procédures administratives qui rassemble et tente de systématiser bon nombre de ces principes. C'est le cas de l'Allemagne (depuis 1976), de l'Autriche (1925), de la Bulgarie (1979), du Danemark (1985), de l'Espagne (1958), de la Hongrie (1957), des Pays-Bas (1994), de la Pologne (1960) et du Portugal (1991).

Ces principes administratifs ne sont pas de simples idées appliquées de façon volontariste : ils sont ancrés dans les institutions et les procédures administratives à tous les niveaux. Tous les acteurs de la sphère publique ont l'obligation de respecter ces principes juridiques, qui doivent être défendus par des organismes de contrôle indépendants, par des systèmes judiciaires et de contrainte judiciaire, par des enquêtes parlementaires, et par la garantie donnée aux personnes physiques et aux personnes morales d'être entendues et de disposer de voies de recours.

Dans le domaine du droit communautaire, la Cour de justice des CE a défini et continue de définir un grand nombre de principes de droit administratif en se référant aux principes généraux de droit administratif communs aux Etats membres. Parmi les principes particulièrement importants énoncés dans la jurisprudence de la Cour de justice des CE, auxquels les Etats membres doivent se conformer au niveau national lorsqu'ils appliquent le droit communautaire, citons : *l'administration par le droit, la proportionnalité, la sécurité juridique, la protection de la confiance légitime, la non-discrimination, le droit d'être entendu dans le cadre de procédures administratives, le sursis à exécution, des conditions équitables d'accès aux tribunaux administratifs et la responsabilité extracontractuelle de l'administration publique*².

¹. Cf. J. Ziller, *Administrations comparées : les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze*, Montchrestien, Paris, 1993. Cf. aussi J. Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 1988.

². Cf. J. Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 1988. Version anglaise : *European Administrative Law*, Londres, 1992.

Si nous tentons de systématiser les grands principes du droit administratif communs aux pays d'Europe occidentale, nous pouvons distinguer les groupes suivants : 1) fiabilité et prévisibilité (sécurité juridique) ; 2) ouverture et transparence ; 3) responsabilité et 4) efficacité et efficacité.

D'autres principes peuvent en être dérivés³.

Les principes du droit administratif et la fonction publique sont parfois difficiles à définir. Ils semblent souvent se contredire dans certains cas. L'efficacité paraît en contradiction avec la garantie d'une procédure régulière, la loyauté professionnelle envers le gouvernement avec l'intégrité professionnelle et la neutralité politique, le pouvoir discrétionnaire avec l'Etat de droit, etc.

La difficulté de définir les principes du droit administratif explique en partie pourquoi il y a tant de « concepts flous »⁴ en droit administratif et dans la réglementation de la fonction publique. C'est également une des raisons pour lesquelles les tribunaux nationaux, tout comme la Cour de justice des CE, sont souvent appelés à résoudre des conflits et à affiner constamment ces définitions sous la forme d'une construction doctrinale adaptée au fil du temps.

Peut-être est-il vain, et même parfois plus nuisible qu'utile, de chercher à définir clairement les contours des principes du droit administratif. Toutes les tentatives législatives en ce sens, prenant généralement la forme de distinctions casuistiques très subtiles, n'ont très souvent qu'engendré plus de confusion. Or, la confusion dans ce domaine crée facilement des injustices. En voulant trop entrer dans le détail pour réglementer des questions aux contours si fuyants, on aboutit à des incohérences et à des contradictions. Les contradictions et les divergences compliquent la concrétisation de ces principes en nuisant à l'application de la loi. Du point de vue du législateur, il est probablement sage de recourir aux « concepts flous » parce qu'ils offrent la malléabilité nécessaire pour s'ajuster à des situations disparates. Dans l'optique du comportement des fonctionnaires et des pouvoirs publics, il paraît judicieux de s'en remettre au bon sens et de s'inspirer de la doctrine jurisprudentielle telle qu'elle s'est développée.

Fiabilité et prévisibilité

Un certain nombre de principes et mécanismes du droit administratif favorisent la fiabilité et la prévisibilité -- ou sécurité juridique -- des actes de l'administration publique. Tous ces principes tentent d'éliminer l'arbitraire dans la conduite des affaires publiques.

L'*Etat de droit* (*Rechtsstaat*, *rule of law*) est un mécanisme pluridimensionnel de fiabilité et de prévisibilité. Il part du principe de l'« administration par le droit ». L'Etat de droit signifie par essence que l'administration publique doit s'acquitter de ses responsabilités conformément à la loi. Les pouvoirs publics prennent leurs décisions en suivant des règles ou principes généraux appliqués de façon impartiale

³. Cf. Documents SIGMA, No. 26, *Des institutions durables pour l'intégration à l'Union européenne*, OCDE, Paris, 1998, p. 10.

⁴. La doctrine juridique définit les « concepts flous » comme des notions souvent évasives renfermant des principes généraux, voire vagues, qu'il appartient aux tribunaux, et aux autres autorités publiques appliquant la législation, de préciser et d'affiner au cas par cas. Ce caractère évasif provoque de nombreux différends juridiques qui sont soumis aux tribunaux, lesquels doivent concilier les définitions précédemment énoncées par eux et les valeurs et perceptions évolutives de la société. Voilà pourquoi les contours conceptuels de ces principes restent toujours flous. Les notions de bonne foi, de caractère raisonnable, de bien public et de loyauté sont autant d'exemples de « concepts flous ». Pratiquement tous les principes juridiques peuvent être considérés comme des « concepts flous ». En dépit de leur caractère évasif, ces concepts sont extrêmement importants pour l'élaboration et l'application des lois.

à quiconque relève de leur champ d'application. L'accent est mis sur la neutralité et la généralité d'une telle application (c'est le principe de la non-discrimination). L'administration publique doit statuer d'après la règle établie et en fonction de l'interprétation donnée par les tribunaux, sans qu'aucune autre considération intervienne. L'Etat de droit s'oppose au pouvoir arbitraire, au clientélisme et aux autres déviances. L'Etat de droit implique nécessairement une stricte hiérarchie de règles de droit appliquées par des tribunaux et le principe selon lequel une autorité publique n'est normalement pas investie du pouvoir de contredire les règles générales édictées et rendues publiques dans un acte réglementaire⁵.

Le principe de l'Etat de droit met en œuvre la notion connexe de *compétence juridique*. Les autorités publiques ne peuvent statuer que sur des questions qui sont de leur compétence. La compétence dans ce contexte signifie le pouvoir expressément et juridiquement reconnu à une autorité publique de statuer dans un domaine donné ou sur un point déterminé d'intérêt public, ce qui non seulement lui permet légalement de prendre des décisions en la matière, mais l'oblige aussi à en assumer la responsabilité. Une autorité publique compétente ne peut renoncer à cette responsabilité. En ce sens, la compétence équivaut à la responsabilité. La notion de compétence est d'application stricte, de sorte qu'une décision prise par une autorité qui n'est pas juridiquement compétente est entachée de nullité et sera invalidée par les tribunaux.

La fiabilité et la prévisibilité de l'administration publique ne sont pas nécessairement en contradiction avec le *pouvoir discrétionnaire* (*freies Ermessen, discretion*) de l'administration. Il ne faut pas confondre pouvoir discrétionnaire et arbitraire. Il y a décision discrétionnaire lorsque, dans un cadre juridique, le décideur dispose d'une certaine latitude. Un pouvoir discrétionnaire est conféré aux organismes administratifs pour diverses raisons. Le pouvoir discrétionnaire ne doit être aucunement assimilé à l'illégalité. Des décisions discrétionnaires sont nécessaires dès lors que la loi ne peut prévoir tous les cas pouvant se présenter à l'avenir. Les autorités publiques peuvent être expressément autorisées par la loi à prendre des décisions discrétionnaires. Les tribunaux ont élaboré une doctrine du pouvoir discrétionnaire de l'administration, qui renferme divers principes régissant et limitant l'exercice de ce pouvoir. Parmi ces principes, citons ceux qui obligent l'administration à agir de bonne foi, à veiller à l'intérêt public de façon raisonnable, à suivre des procédures équitables, à défendre l'égalité de traitement et à respecter la notion de proportionnalité. En d'autres termes, le pouvoir discrétionnaire ne peut s'exercer en dehors des principes généraux du droit administratif, qui lui font en quelque sorte contrepoids⁶.

Un autre principe favorisant la fiabilité et la prévisibilité est celui de la *proportionnalité*. Il signifie que l'action de l'administration doit être proportionnée à l'objectif poursuivi par la loi, sans priver les citoyens de plus que ce qui est strictement nécessaire pour la réalisation de cet objectif. La proportionnalité s'apparente au caractère raisonnable. Elle signifie aussi qu'il est contraire à la loi d'appliquer strictement la loi quand il y a un risque qu'en agissant de la sorte on aboutisse à un résultat qui n'était pas voulu par la loi. Il peut y avoir alors abus de pouvoir de la part de l'administration. La proportionnalité revêt tout son sens en cas d'expropriation, l'individu se trouvant privé de ses droits de propriété pour cause d'utilité publique. La notion de proportionnalité a été particulièrement élaborée par la Cour de justice des Communautés européennes en s'inspirant du droit allemand, et elle s'est implantée dans une majorité des systèmes de droit administratif européens par le biais du droit communautaire⁷.

⁵. *Prééminence des actes réglementaires sur les actes individuels d'une même autorité publique*. Cette doctrine est considérée comme étant d'origine française.

⁶. Cf. Cour de justice des Communautés européennes, Affaire Technische Universität München, 1991, Rec.-I-5469.

⁷. Cf. J. Ziller, "Le principe de proportionnalité en droit administratif et droit communautaire", in *Actualité juridique, droit administratif*, numéro spécial, juin 1996, pp. 185-188.

Un principe favorisant « l'administration par le droit » est celui de l'équité procédurale⁸. Il renvoie aux procédures visant à garantir l'application juste et impartiale de la loi et préservant les valeurs sociales telles que le respect des personnes et la protection de leur dignité. Une application concrète de l'équité procédurale est le principe juridique selon lequel nul ne peut voir porter atteinte à ses droits et ses intérêts sans avoir été informé des faits et des questions en jeu et sans avoir été entendu dans le cadre d'une procédure appropriée. La notification des actes administratifs aux parties concernées est également inhérente à l'équité procédurale.

La diligence dans l'action de l'administration publique est un des piliers des principes de prévisibilité et de fiabilité. Une décision ou une action tardives de l'administration publique peuvent être source de frustration ou d'injustice, ou se révéler très préjudiciables à l'intérêt public ou aux intérêts privés. Ce retard peut résulter de l'insuffisance de ressources ou d'un manque de volonté politique, mais il est souvent lié à l'inefficacité et à l'incompétence des fonctionnaires. Des règles juridiques peuvent contribuer à aplanir cette difficulté moyennant la fixation de délais précis à respecter. Par ailleurs, le recrutement au mérite dans la fonction publique et une formation régulière sont de nature à réduire l'incompétence au sein de l'administration publique et à renforcer la fiabilité.

De toute évidence, *le professionnalisme* et *l'intégrité* professionnelle dans la fonction publique confortent les notions de fiabilité et de prévisibilité. *L'intégrité professionnelle* de la fonction publique se fonde sur les notions d'impartialité et d'indépendance professionnelle. L'impartialité renvoie à l'absence de parti pris. Dans le domaine de l'administration publique, le parti pris consiste à montrer une inclination pour un certain résultat dans l'évaluation d'une situation, ce qui a pour conséquence de nuire, de façon injuste et injustifiée, à l'intérêt général ou aux droits d'autres parties concernées. Le parti pris est souvent interprété dans le sens plus fort de préjugé ou de jugement sur des bases erronées. Les textes de loi qui interdisent aux fonctionnaires d'intervenir dans des décisions se rapportant à des questions dans lesquelles ils sont susceptibles d'avoir un intérêt personnel ou des droits acquis ont pour but de renforcer l'impartialité.

Il y a perte d'indépendance professionnelle lorsqu'un fonctionnaire n'exerce pas son indépendance de pensée et de jugement et n'est donc pas en mesure d'examiner convenablement la situation, en pesant le pour et le contre. Parmi les facteurs qui sont souvent la cause de la perte d'indépendance, citons la corruption, la contrainte, l'ambition politique effrénée et l'obsession de la promotion. La corruption entraîne une perte d'indépendance pour la réalisation d'un gain illicite. La perte d'indépendance sous la contrainte est due à la peur. L'ambition politique ou la cupidité professionnelle peut conduire les fonctionnaires à succomber à la flatterie et à répondre aveuglément aux souhaits de leurs supérieurs, voire à mettre délibérément en sommeil leur propre discernement.

Une fonction publique dont le système de recrutement et de promotion est essentiellement fondé sur le népotisme ou le clientélisme risquera plus de nuire à l'intégrité professionnelle qu'un système reposant sur le mérite. Dans un système où ils sont soumis à un statut précis régissant l'évolution de leur carrière, définissant clairement leurs droits et leurs devoirs, leur assurant un niveau de rémunération équitable et proportionné, transparent et bien réglementé, et comportant aussi un solide régime disciplinaire, les fonctionnaires sont moins exposés à la corruption, à la contrainte et à la flatterie, ce qui renforce grandement l'intégrité professionnelle. Comme nous l'avons indiqué plus haut, l'intégrité professionnelle concourt à la fiabilité et à la prévisibilité de l'administration publique. Néanmoins, on notera que l'indépendance de la fonction publique ne signifie pas une liberté totale de jugement ou d'opinion. Il y a des normes professionnelles à observer et des règles juridiques à respecter. Il faut trouver le juste milieu entre l'indépendance et la loyauté envers le gouvernement légitime.

⁸. Il s'agit d'un principe bien reconnu en droit communautaire. Pour plus d'informations, cf. J. Schwarze, "The Procedural Guarantees in the Recent Case Law of the European Court of Justice", in *Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Vol. II, Dordrecht, Boston, Londres, 1994, p. 487 ff.

Ouverture et transparence

L'ouverture correspond à l'idée que l'administration doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle extérieur, et la transparence au fait qu'en cas d'investigations, l'administration doit être parfaitement « visible » à des fins de supervision. L'ouverture et la transparence permettent, d'une part, au destinataire d'un acte administratif d'en connaître les fondements et, d'autre part, elles facilitent le contrôle extérieur de l'action administrative par les organismes de supervision. L'ouverture et la transparence sont aussi des instruments nécessaires pour l'Etat de droit, l'égalité devant la loi et la mise en jeu de la responsabilité.

En règle générale, la conduite de l'administration publique devrait être transparente et ouverte. Le secret ou la confidentialité ne sauraient être qu'exceptionnels, lorsqu'il y va réellement de la sécurité nationale ou dans des circonstances analogues. D'un autre côté, les données personnelles ne doivent pas être divulguées à des tiers.

En réalité, seuls quelques dossiers touchent à la sécurité nationale. Toutefois, les autorités publiques ont tendance à déclarer des informations confidentielles plus souvent qu'il ne le faudrait véritablement. Il est utile de mentionner ici que, à l'exception de la Suède depuis la fin du dix-huitième siècle, l'administration publique se caractérisait traditionnellement par le silence et le secret. C'est seulement depuis les années 60 que la politique de transparence a été adoptée dans d'autres démocraties et, de nos jours, elle est considérée comme une norme particulièrement importante pour l'administration publique. Auparavant, la seule application du principe d'ouverture dans la majorité des démocraties occidentales consistait en un double principe : d'une part, les réglementations ne pouvaient entrer en vigueur qu'après leur publication dans un bulletin ou un journal officiel, et d'autre part, les décisions administratives ne pouvaient être applicables qu'après avoir été officiellement et dûment communiquées aux personnes concernées et reçues par elles.

L'ouverture et la transparence dans l'administration publique poursuivent deux objectifs précis. D'une part, elles protègent l'intérêt général dans la mesure où elles réduisent la probabilité de mauvaise gestion⁹ et de corruption. D'autre part, elles sont indispensables pour protéger les droits individuels en ce qu'elles révèlent les motifs de la décision administrative et aident par conséquent les intéressés à exercer leurs droits de recours.

Il existe plusieurs applications pratiques de ces principes en droit administratif. Les actes administratifs doivent être motivés et approuvés par l'autorité compétente. Les registres publics doivent être mis à la disposition du grand public. Les agents d'autorité doivent généralement décliner leur identité au public. Les fonctionnaires doivent accepter certaines restrictions quant aux revenus qu'ils peuvent tirer de l'exercice d'activités privées, lesquelles doivent toujours être déclarées et autorisées au préalable. Un des aspects particulièrement importants de l'application de l'ouverture est l'obligation qui incombe aux autorités publiques de motiver leurs décisions.

Un acte administratif doit être accompagné d'un *exposé des motifs*. Cet exposé présente le raisonnement suivi par l'autorité publique pour prendre sa décision et met notamment en évidence la logique entre les faits et la façon dont ceux-ci s'inscrivent dans le cadre de la législation. En conséquence, l'exposé des motifs devrait mentionner les faits et les éléments de preuve qui s'y rapportent, ainsi que la justification juridique de la décision. L'exposé des motifs revêt une importance capitale en cas de rejet de la demande d'une partie intéressée. En l'occurrence, l'exposé des motifs doit faire apparaître et justifier soigneusement pourquoi l'argumentation ou les preuves soumises par une partie n'ont pas été acceptées.

Il est toujours difficile en droit administratif de définir ce qui constitue un motif valable et c'est souvent un point que doivent trancher les tribunaux. Mais l'élément essentiel est que l'exposé des motifs doit énoncer

⁹. Dans l'Union européenne, le médiateur européen est censé combattre la mauvaise gestion.

les raisons et atteindre un degré de justification suffisant pour permettre à la partie concernée de former un recours contre la décision administrative. L'exposé des motifs des décisions administratives est un instrument d'ouverture, de transparence et de responsabilisation.

Responsabilité

D'une manière générale, la responsabilité signifie qu'une personne ou une autorité doit expliquer et justifier ses actes vis-à-vis d'une autre personne ou autorité. En droit administratif, cela veut dire que toute instance administrative doit répondre de ses actes devant d'autres autorités administratives, législatives ou judiciaires. La responsabilité implique aussi qu'aucune autorité ne saurait être exemptée de l'obligation de se soumettre au contrôle d'autres autorités. Elle peut être exercée par de multiples mécanismes, notamment le contrôle juridictionnel, un recours auprès d'une instance administrative supérieure, les investigations d'un médiateur, l'inspection par un conseil ou une commission spéciale, et une enquête par une commission parlementaire. La responsabilité joue un rôle essentiel dans la mesure où elle montre si des principes tels que l'Etat de droit, l'ouverture, la transparence, l'impartialité et l'égalité devant la loi sont respectés. La responsabilité est essentielle pour garantir la conformité à des valeurs telles que l'efficacité, l'efficacité, la fiabilité et la prévisibilité de l'administration publique.

La notion de responsabilité dans le domaine du droit administratif a ceci de particulier qu'elle est mise en œuvre par le truchement d'une batterie complexe de procédures empreintes d'un grand formalisme. Ce n'est pas une responsabilité abstraite ; elle s'applique à des questions très concrètes, juridiquement circonscrites, au travers d'un ensemble de procédures très précises. Naturellement, elle porte essentiellement sur la façon dont les principes inscrits dans le droit administratif sont respectés par les fonctionnaires et les pouvoirs publics, d'une part, et sur la façon dont l'administration publique se conforme aux procédures légales qui régissent ses décisions.

Un contrôle est nécessaire pour mettre en jeu la responsabilité de l'administration publique et pour veiller à ce que les instances administratives usent de leurs prérogatives à bon escient, dans le respect de la loi et des procédures établies. Le but du contrôle est d'évaluer si les organismes publics s'acquittent de leurs missions avec efficacité et efficience et dans les délais impartis, et de s'assurer que les principes et procédures établis par une réglementation particulière ou générale sont respectés. En d'autres termes, ce contrôle vise à garantir le principe administratif de « l'administration par le droit », qui est essentiel pour protéger l'intérêt public tout comme les droits de l'individu.

Ces institutions et mécanismes de contrôle peuvent revêtir différentes formes : tribunaux, ministère public, médiateur, audit interne et externe, corps d'inspecteurs, autorités chargées de la fixation de normes, commissions parlementaires, médias, etc.

Bref, tous ces mécanismes et institutions visent à consolider efficacement l'Etat de droit, la transparence, la responsabilité, l'efficacité et l'efficience en tant que principes clés de l'administration publique et de la fonction publique. Autrement dit, ils ont pour objet de protéger les droits de l'individu ainsi que l'intérêt public, d'améliorer la qualité de la prise de décision et, enfin, de renforcer la fiabilité, la sécurité juridique et la légitimité de l'administration publique.

A l'heure actuelle, il n'existe aucun autre corps social ni aucune autre institution qui dispose d'un aussi grand nombre et d'une aussi grande variété de moyens de supervision et de contrôle que l'administration publique. Cela donne une idée du rôle particulier et délicat que la fonction publique est appelée à jouer dans nos sociétés démocratiques modernes.

Efficiences et efficacité

Une dimension spécifique de la responsabilité concerne l'efficacité de l'administration publique. Ce n'est que depuis relativement peu de temps que l'efficacité est reconnue comme une valeur importante pour l'administration publique et la fonction publique. Dans la mesure où l'Etat est devenu le producteur de services publics, la notion de productivité a fait son entrée dans l'administration publique. Aujourd'hui, en raison des contraintes budgétaires auxquelles sont soumis beaucoup d'Etats, l'efficacité et l'efficacité de l'administration publique dans la fourniture des services publics à la société font l'objet d'études de plus en plus nombreuses. L'efficacité est une valeur spécifiquement liée à la gestion, qui consiste par essence à dégager un bon rapport entre les ressources employées et les résultats obtenus.

On peut y rattacher l'efficacité, qui consiste fondamentalement à faire en sorte que l'administration publique atteigne les objectifs et règle les problèmes d'intérêt public que le législateur et le gouvernement lui ont assignés. Pour apprécier l'efficacité de l'administration publique, il faut avant tout analyser et évaluer les politiques publiques en vigueur et déterminer dans quelle mesure elles sont correctement mises en œuvre par l'administration publique et par les fonctionnaires.

Dans les constitutions récentes des pays d'Europe occidentale, comme la constitution espagnole (1978), l'efficacité et l'efficacité de l'administration publique figurent au nombre des principes constitutionnels, au même titre que des principes plus classiques tels que l'Etat de droit, la transparence et l'impartialité. De même, le droit administratif renvoie souvent aux « trois E », à savoir économie, efficacité et efficacité, ainsi qu'à l'Etat de droit, ces principes devant présider aux activités et décisions de l'administration publique et des fonctionnaires.

L'efficacité en tant que valeur de gestion peut paraître en contradiction avec l'Etat de droit et la garantie d'une procédure régulière en tant que valeurs politiques/démocratiques. Les gestionnaires publics voient souvent dans les procédures juridiques des restrictions nuisibles à l'efficacité. Il peut arriver qu'en se conformant aux procédures établies on n'utilise pas les ressources de façon économique, ce qui risque d'avoir une incidence préjudiciable sur le rapport entre les coûts et les résultats de l'action administrative.

Cette contradiction soulève un grand nombre de questions. Diverses solutions institutionnelles et juridiques ont été imaginées pour tenter d'y remédier. Parmi les solutions institutionnelles, citons le transfert d'activités de production au secteur privé par le biais de la sous-traitance, l'administration publique déterminant la politique à mettre en œuvre et assurant le suivi du contrat. Sur le plan juridique, de multiples lois complexes sur les marchés publics ont été promulguées dans le cadre du droit administratif. La directive des CE sur les marchés publics s'est avérée être un outil important d'homogénéisation des principes juridiques dans toute l'UE.

Le droit communautaire en appelle aussi à une administration efficace¹⁰, en particulier pour l'application des directives et des règlements communautaires. Plusieurs Etats membres ont donc dû modifier certaines de leurs structures organisationnelles et administratives et leurs mécanismes décisionnels pour pouvoir appliquer de façon efficace et efficace la législation européenne et, d'une manière générale, pour garantir une coopération efficace avec les institutions communautaires, comme nous le verrons dans la prochaine section.

¹⁰. Cf. Cour de justice des Communautés européennes, Affaire 68/81, Commission contre Belgique (1982), Rec. p 163.

2. L'espace administratif européen

Les principes évoqués ci-dessus se retrouvent dans le droit administratif de tous les pays d'Europe. Bien que les administrations publiques de ces pays soient des structures anciennes, elles n'ont cessé de s'adapter aux conditions modernes, y compris à l'adhésion à l'UE, elle-même en constante mutation. Les contacts suivis entre les fonctionnaires des Etats membres et la Commission, l'obligation d'élaborer et de mettre en œuvre l'*acquis communautaire* à des niveaux de fiabilité équivalents dans toute l'Union, l'émergence d'un système de justice administrative à l'échelle de l'Europe et l'existence de valeurs et de principes de base communs aux administrations publiques ont engendré une convergence entre les administrations nationales. C'est ce qu'on qualifie d'« espace administratif européen »¹¹.

Dans la présente section, nous examinerons quels sont les facteurs qui conduisent à la constitution de cet espace administratif européen commun, de quelle façon il se met en place, quelles sont les normes d'administration publique établies par un ensemble de principes communs de droit administratif et, enfin, comment faire en sorte que tout effort de « développement institutionnel » déployé dans les pays candidats à l'adhésion à l'Union européenne intègre ces normes.

Sous l'influence du droit communautaire, les systèmes juridiques des Etats membres de l'UE font l'objet d'un processus de rapprochement constant dans de nombreux domaines, par le biais de l'activité législative des institutions communautaires et par le biais de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Les concepts de droit communautaire sont introduits dans les systèmes juridiques nationaux au moyen de règlements directement applicables ou de directives, lesquelles doivent d'abord être transposées en droit national. Les règlements et les directives ont tous deux un impact direct sur les systèmes administratifs des Etats membres et peuvent conduire à d'importants changements dans les principes juridiques applicables à l'administration publique dans un domaine donné.

La jurisprudence de la Cour de justice des CE peut établir des principes à caractère plus général, qui s'appliquent à plus d'un domaine du droit substantiel. En outre, dans de nombreux cas, c'est l'interprétation des dispositions pertinentes du droit communautaire donnée par la Cour de justice qui modifie la façon dont les principes du droit administratif sont compris dans un Etat membre¹².

Cette sorte d'eupéanisation du droit administratif est l'un des traits les plus remarquables de l'évolution juridique récente.

Tout cela démontre l'émergence d'un espace administratif européen, qui concerne essentiellement les dispositifs institutionnels de base, les processus, les normes administratives communes et les valeurs fondatrices de la fonction publique. La liste est loin d'être complète et l'on observe des différences qualitatives importantes entre les Etats membres. D'ailleurs, ce sont précisément les problèmes créés par ces différences entre les Etats membres qui expliquent en partie pourquoi le processus de développement des institutions occupe une place tout à fait prioritaire dans le processus d'élargissement vers les pays d'Europe centrale et orientale. *Les pays candidats vont devoir développer leur administration afin d'atteindre le niveau de fiabilité de l'espace administratif européen et de se hisser à un seuil acceptable de principes, procédures et dispositifs structurels administratifs communs. Il y a un niveau minimum de qualité et de fiabilité de l'administration publique que les pays candidats devraient atteindre.*

¹¹. Cf. Documents SIGMA, No. 23, *Préparation des administrations publiques à l'Espace administratif européen*, OCDE, Paris, 1998.

¹². Cf. J. Schwarze (ed.), *Administrative Law under European Influence: On the Convergence of the Administrative Laws of the EU Member States*, Nomos, Baden-Baden, et Sweet and Maxwell, Londres, 1996.

Il ne faut pas non plus perdre de vue le fait que l'intégration de l'UE est un processus évolutif (c'est le principe de la progression dans la construction de l'UE). Cela signifie qu'un pays doit montrer qu'il a réalisé des progrès suffisants par rapport au niveau moyen des Etats membres de l'UE. Le degré de convergence valable en 1986 (lorsque le Portugal et l'Espagne ont adhéré à l'UE) s'est modifié en 1995 (lorsque l'Autriche, la Finlande et la Suède ont rejoint l'Union), et il évoluera de nouveau à l'avenir, quand l'Union européenne s'élargira aux actuels candidats. Pour ces derniers, cela signifie qu'il ne suffit pas qu'ils atteignent le niveau moyen actuel des administrations publiques dans les Etats membres actuels de l'UE. Il leur faudra atteindre le niveau moyen futur des Etats membres. Autrement dit, un pays candidat devrait être en mesure de combler l'écart entre le niveau de qualité actuel de son administration publique et son niveau futur, au moment de l'adhésion effective à l'Union. Le pays candidat ne pourra se contenter de soutenir la comparaison avec le « dernier de la classe ». La comparaison doit se faire entre le pays candidat et la moyenne de tous les Etats membres.

La notion d'espace administratif européen

La notion d'espace administratif européen provient des notions plus courantes d'espace économique européen et d'espace social européen, dont il a été tant question durant la négociation des traités concernant l'Union européenne. Elle renvoie aussi à un système de coopération judiciaire à l'échelle de l'UE, qui prévoit l'assistance mutuelle dans l'application de la loi et un certain rapprochement dans le domaine législatif concerné.

Un espace administratif commun, à proprement parler, est possible lorsqu'un ensemble de principes, de règles et de réglementations à caractère administratif sont appliqués de façon uniforme sur un territoire donné régi par une constitution nationale. Traditionnellement, le territoire auquel s'applique le droit administratif est celui de l'Etat souverain. La question d'un droit administratif commun à tous les Etats souverains faisant partie de l'Union européenne est l'objet de débats, plus ou moins animés selon les périodes, depuis les premiers jours de la Communauté européenne. Aucun accord ne s'est encore dégagé à ce sujet.

Il est évident que les principaux textes juridiques sur lesquels se fonde l'Union européenne, à savoir le traité de Rome (1957) et le traité de Maastricht (1992), ne fournissent pas un modèle d'administration publique à mettre en œuvre par les Etats membres de l'UE. Une fois que la nature démocratique du régime politique des Etats membres a été évaluée, les questions de gestion des affaires publiques et d'administration publique sont laissées à dessein à la discrétion des Etats membres. Donc, d'un point de vue strictement juridique, les Etats membres bénéficient d'une grande autonomie administrative.

Jusqu'à présent, seuls certains éléments de ce qui pourrait devenir un droit administratif européen ont été établis dans les traités de base de l'Union européenne et dans le droit dérivé. D'importants principes de droit administratif sont énoncés dans le traité de Rome, comme le droit au contrôle judiciaire des décisions administratives des institutions de la CE (article 173) ou l'obligation de motiver ces décisions (article 190). Toutefois, les institutions européennes n'ont légiféré qu'au sujet de quelques questions administratives horizontales. Ces questions ont principalement trait aux marchés publics, à la libre concurrence des entreprises sur le territoire de l'UE et à la possibilité pour elles de participer à des appels d'offres lancés dans n'importe quel pays membre de l'UE, ainsi qu'aux aides d'Etat aux entreprises, qui doivent être autorisées et étroitement surveillées par les institutions de l'Union européenne.

En revanche, il existe un très grand nombre de dispositions substantielles de droit administratif à portée sectorielle, qui constituent ce que l'on appelle l'*acquis communautaire*. Lorsqu'un Etat membre omet de mettre en œuvre le droit communautaire résultant des directives et des règlements, il s'ensuit des conséquences juridiques importantes. La responsabilité extracontractuelle de cet Etat est susceptible d'être

engagée pour non-transposition d'une directive communautaire ou non-application d'un règlement communautaire. Sur cette base, une action en réparation du préjudice peut être intentée contre l'Etat¹³.

L'absence d'instance compétente à l'égard de l'administration publique, de ses règles de procédure et de ses dispositifs institutionnels ne signifie pas que le droit administratif européen supranational soit dénué de sens ou soit inconnu des Etats membres de l'UE. Il existe un *acquis* commun se composant de principes du droit administratif, qui constitue en quelque sorte un « *acquis communautaire* informel », en ce sens qu'il n'y a pas de convention formelle. Cet *acquis* pourrait toutefois représenter un droit administratif européen, général et commun.

Facteurs de convergence

Les Communautés européennes, qui au départ impliquaient essentiellement la création d'un marché économique commun, ont évolué vers une Union européenne qui n'est pas seulement mue par des intérêts économiques, mais aussi de plus en plus, par la volonté de resserrer les liens sociaux et politiques entre les peuples d'Europe, comme l'avaient souhaité les signataires du traité de Rome. L'Union européenne ne se limite plus simplement à un marché commun de marchandises et de services.

Les quatre libertés inscrites dans le traité de Rome, la libre circulation des marchandises, des services, des personnes et des capitaux, signifient que les administrations publiques des Etats membres, qui jouent un rôle clé pour garantir et mettre en œuvre ces libertés directement dérivées des traités, doivent œuvrer à une application efficace de ces traités dans tous leurs aspects. Les traités des CE et le droit dérivé font partie intégrante de l'ordre juridique national des Etats membres. Les administrations publiques nationales et les tribunaux nationaux sont tenus d'appliquer les traités et le droit dérivé avec le concours de la Commission, « gardienne des traités », aussi soigneusement que si ces traités et ce droit étaient d'origine nationale.

Par conséquent, bien que chaque Etat membre ait toute latitude pour décider des méthodes et des moyens d'obtenir les résultats déterminés par les traités et le droit dérivé communautaire, des méthodes et des principes communs ont pris forme au sein de l'Union. C'est particulièrement visible au niveau des principes du droit administratif. Ce l'est moins, en revanche, sur le plan des dispositions et structures administratives et organisationnelles, en raison de la grande diversité des formes et des degrés de décentralisation à l'intérieur des différents Etats membres.

L'activité législative des institutions européennes est donc largement à l'origine du droit administratif substantiel, européen et commun, qui régit les Etats membres de l'UE, leurs administrations publiques, leurs tribunaux et leurs citoyens. Ce droit administratif substantiel a la particularité d'être essentiellement sectoriel. Il touche d'une manière ou d'une autre tout un éventail de domaines, tels que la libre concurrence au sein du marché intérieur, les télécommunications, l'environnement, l'agriculture, la politique industrielle, la science et la recherche, les contrôles aux frontières, etc. Ce droit administratif substantiel constitue l'*acquis communautaire*, dont le niveau de compatibilité avec la réglementation correspondante en vigueur dans les pays candidats fait actuellement l'objet d'un examen analytique et d'une évaluation par la Commission européenne, dans le cadre des négociations en vue de l'adhésion.

Une autre source de rapprochement administratif est l'interaction constante entre les responsables des Etats membres et entre ceux-ci et les fonctionnaires de la Commission européenne. Ces relations intergouvernementales, qui sont pour l'essentiel des relations entre personnes, contribuent à créer une vision commune de la mise en œuvre des politiques et réglementations de l'UE au niveau national et à

¹³. Cf. l'arrêt de la Cour de justice des CE dans les affaires jointes C-6/90 et C-9/90 "A. Francovich *et al.* contre Italie", 1991.

instaurer un échange fructueux sur les meilleures pratiques permettant d'atteindre les résultats visés par ces politiques. La coopération entre administrations est aussi une des notions confortées par le traité de Maastricht (article 209A). La coopération et l'échange ont un double effet : inciter à la fixation de normes communes, sous l'effet des pressions informelles que les pays exercent les uns sur les autres, quant à la façon dont les administrations publiques nationales honorent leurs engagements supranationaux, et assurer l'obtention des résultats prévus dans les traités de base et dans le droit dérivé de la CE. Ces relations intergouvernementales favorisent la diffusion d'un ensemble de principes administratifs communs et de méthodes de gestion, ce qui contribue à créer un modèle commun de comportement des fonctionnaires dans l'Union tout entière. Si ces relations intergouvernementales ont de tels effets, c'est dans une large mesure parce que les responsables impliqués peuvent bénéficier d'une carrière professionnelle assez stable au sein de la fonction publique de leur pays.

Toutefois, c'est la Cour de justice des Communautés européennes qui joue le rôle de loin le plus important dans l'élaboration de principes de droit administratif communs au sein de l'Union européenne. Alors que le droit communautaire dérivé est presque exclusivement sectoriel, les décisions de la Cour de justice conduisent à réfléchir à des principes administratifs à caractère plus général et à les élaborer, même si ces principes sont fixés au cas par cas. En fait, la jurisprudence de la Cour est la principale source du droit administratif général, c'est-à-dire non sectoriel, dans l'Union. La Cour a besoin de s'appuyer sur des principes de droit administratif généraux déjà établis, qui ont été créés et affinés par les tribunaux administratifs nationaux des Etats membres de l'UE. A partir de ces jurisprudences nationales, la Cour énonce et affine des principes administratifs généraux contraignants pour tous les Etats membres et leurs citoyens dans le cadre de l'application du droit communautaire.

Par ailleurs, on observe un phénomène de pénétration du droit communautaire dans les ordres juridiques nationaux¹⁴. Ce phénomène est dû au fait qu'il serait très difficile de recourir, dans un Etat donné, à des normes et pratiques différentes pour appliquer le droit national et le droit communautaire. Progressivement, les institutions nationales appliquent les mêmes normes et recourent aux mêmes pratiques pour appliquer ces deux types de droit. D'où l'idée qu'un droit administratif commun est en train de voir le jour parmi les Etats membres de l'UE. Cette sorte de « contamination » des droits nationaux par les principes du droit communautaire contribue aussi à la mise en place d'un espace administratif européen.

Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'émergence d'un espace administratif européen commun

Comme nous l'avons déjà dit, c'est la Cour de justice des Communautés européennes qui a élaboré la plupart des principes du droit administratif régissant ce que l'on pourrait appeler le droit administratif européen commun. Il n'y a rien de plus naturel, compte tenu du caractère fragmenté du droit écrit administratif européen. Les traités ont été conçus pour fournir un cadre appelé à évoluer constamment. Il a été prévu que de nombreuses questions seraient réglementées par le droit dérivé (directives et règlements), qui couvre essentiellement un grand nombre de politiques sectorielles, et par la jurisprudence de la Cour de justice.

Les tribunaux nationaux doivent veiller à la mise en œuvre des traités de l'UE et du droit dérivé. Comme le droit communautaire doit être interprété de façon uniforme, les tribunaux nationaux sont amenés, lorsque la formulation d'une loi peut sembler imprécise, à saisir la Cour de justice des Communautés européennes

¹⁴. Cf. J. Schwarze (ed.), *Administrative Law under European Influence: On the Convergence of the Administrative Laws of the EU Member States*, Nomos, Baden-Baden, et Sweet and Maxwell, Londres, 1996. Cf. aussi G. Marcou, *Les mutations du droit de l'administration en Europe : pluralisme et convergences*, L'Harmattan, Paris, 1995.

à titre préjudiciel pour qu'elle donne son interprétation (art. 177 du traité CE). Cela explique le rôle important joué par la Cour de justice dans l'élaboration de principes communs, puisqu'elle définit un cadre interprétatif à suivre par les tribunaux nationaux. On peut dire qu'il existe aujourd'hui un *acquis* commun de principes administratifs juridiques qui a été élaboré par la Cour de justice.

Les principes du droit administratif ont été examinés dans la section précédente du présent document. En résumé, nous avons recensé les principaux principes administratifs juridiques, qui ont été modelés par la Cour de justice en s'inspirant du droit administratif interne des Etats membres de l'UE.

Au tout début, la jurisprudence de la Cour de justice CE était influencée par les systèmes juridiques des premiers Etats membres, et notamment par des notions issues du droit administratif français. Pourtant, l'élaboration du droit communautaire n'a jamais été influencée exclusivement par le droit français et avec l'accroissement du nombre d'Etats membres, les sources d'inspiration de la doctrine juridique de la Cour de justice se sont diversifiées. Cela signifie que les décisions de la Cour ne sont pas spécifiquement adaptées à un contexte juridique national donné, mais que sa jurisprudence est le résultat d'un mélange d'influences en provenance de pratiquement tous les membres de l'Union¹⁵. Par exemple, le principe de « l'administration par le droit » trouve son origine dans le *principe de légalité* français ainsi que dans la notion allemande de *Rechtsstaatlichkeit*, qui sont plus ou moins proches de la notion britannique de *rule of law*. Il convient de noter que même si ces trois notions ont des racines nationales différentes, elles conduisent à présent à des effets pratiques analogues¹⁶. La notion de « procédure équitable » peut être attribuée aux traditions juridiques britannique et allemande.

Le degré de convergence des systèmes administratifs

On peut évaluer un système administratif donné en examinant jusqu'à quel point ces principes sont effectivement appliqués, tant dans les dispositions juridiques officielles en vigueur dans un pays que dans le comportement quotidien des pouvoirs publics et des fonctionnaires. En ce sens, ces principes généraux du droit administratif font office de normes à l'aune desquelles on peut mesurer la fiabilité de l'administration publique, le degré de responsabilité des fonctionnaires et des pouvoirs publics, la justesse et la praticabilité des procédures d'élaboration des décisions administratives et les possibilités de contester ces décisions par des systèmes de réclamation et des voies de recours.

On peut avoir une idée du degré de compatibilité des systèmes administratifs des différents pays en observant dans quelle mesure ces pays partagent les principes de droit administratif évoqués plus haut. Autrement dit, ces principes sont aussi un préalable à une intégration plus étroite et un instrument de mesure de la capacité d'une administration publique d'un pays donné de mettre en œuvre l'*acquis communautaire* formel, au travers des systèmes institutionnels qui la caractérisent.

La fonction publique est l'une des composantes essentielles de l'administration publique, parmi d'autres telles que le droit matériel et le droit procédural. Le comportement de la fonction publique est modelé sur les principes du droit administratif, qui ont valeur de principes directeurs contraignants. Le droit administratif matériel et procédural, qui s'élabore dans le contexte des constitutions nationales et du droit administratif européen, forme le cadre institutionnel juridique auquel sont soumis les pouvoirs publics et les fonctionnaires dans les Etats membres de l'UE.

¹⁵. Cf. J. Schwarze, *European Administrative Law*, op.cit.

¹⁶. Cf. J. Rivero, «Vers un droit européen : nouvelles perspectives en droit administratif», in M. Capelletti (ed.), *New perspectives for a Common Law in Europe*, Publications de l'Institut universitaire européen, Vol. 1, Florence, 1978, p. 389 ff.

En même temps, tous ces éléments, dispositifs juridiques et comportements des acteurs publics des sociétés européennes façonnent l'espace administratif et politique européen commun qui se fait jour. Les acteurs dans ce domaine sont censés considérer comme allant de soi un ensemble de principes qui sont rarement officialisés dans les lois écrites et qui ne sont pas non plus systématisés dans un code, mais qui sont impératifs sur les plans éthique et juridique, et qui s'appliquent transversalement à l'administration publique. Ces principes constituent ce que l'on appelle l'*acquis communautaire* informel, lequel contribue fortement à cimenter l'espace administratif européen naissant et à européaniser les administrations publiques nationales et le droit administratif des Etats membres de l'UE.

Nos conclusions, qui constituent aussi notre hypothèse de travail, sont les suivantes. Premièrement, le degré auquel les principes généraux du droit administratif influencent la législation nationale et sont effectivement respectés dans le comportement des acteurs publics, autrement dit le degré de mise en œuvre de l'*acquis communautaire* informel, est l'indicateur et le corrélat de la capacité d'adopter et de mettre en œuvre efficacement l'*acquis communautaire* formel dans un pays donné. Deuxièmement, une attention toute particulière doit être accordée à l'évolution des fonctions publiques nationales car celles-ci sont déterminantes pour le succès ou l'échec de l'assimilation de ces principes de droit administratif dans les actes et les processus décisionnels de l'administration publique.

En ce qui concerne la portée du présent document, il est manifeste que la concrétisation, dans des limites acceptables, des principes administratifs de fiabilité, prévisibilité, responsabilité, transparence, efficacité et efficacité, est nécessaire si l'on veut que les administrations publiques des pays candidats d'Europe centrale et orientale puissent répondre aux exigences imposées pour l'adhésion à l'UE, notamment celles liées à l'application effective de l'*acquis communautaire*. Les bonnes intentions ne suffisent pas ; il faut que ces principes soient totalement intégrés dans le comportement quotidien de l'administration publique, par le truchement du droit matériel, d'institutions administratives appropriées et d'un ensemble de valeurs juridiques ancrées dans la fonction publique. C'est une raison supplémentaire qui justifie l'existence d'une fonction publique professionnelle et stable. Non seulement la majorité des pays membres de l'UE sont dotés de réglementations spécifiques à la fonction publique, mais, en outre, leurs fonctions publiques doivent se conformer aux principes de droit administratif sans lesquels leurs administrations publiques ne seraient pas fiables.

PARTIE II. PRINCIPES DE DROIT ADMINISTRATIF ET NORMES RELATIVES A LA FONCTION PUBLIQUE

1. Structures juridiques pour une fonction publique professionnelle : salariés de l'Etat ou fonctionnaires ?

Le rôle essentiel de l'Etat moderne dans une économie de marché démocratique est de mettre en place des conditions et des normes répondant à un impératif d'équité et d'égalité pour l'existence quotidienne des particuliers et les activités économiques des personnes physiques ou morales. Le mécanisme de base auquel l'Etat a recours est la loi. Adopter et faire appliquer des lois votées par le parlement ainsi que des textes réglementaires, en contrôler les effets et prévoir des mécanismes de correction et de réparation sont autant de missions essentielles de l'Etat moderne.

Dans le domaine de l'emploi, le premier rôle de l'Etat est donc de réglementer les relations de base entre employeurs et salariés. L'Etat doit fixer des normes minimales en vue d'établir des conditions de travail équitables pour tous les travailleurs, et définir les droits et obligations minimaux des deux parties à la relation de travail.

L'Etat assume aussi un autre rôle, celui d'employeur. Dans ce second rôle, à bien distinguer de son premier rôle à caractère général, l'Etat doit veiller au fonctionnement efficace, professionnel et impartial de l'administration publique. Cette responsabilité de gestion rend nécessaire l'adoption d'une réglementation spécifique aux agents de l'Etat, consacrée aux politiques en matière de dotation en personnel et de gestion de carrière ainsi qu'aux systèmes de gestion pour la sélection, le recrutement, la promotion et la rémunération -- tout cela pour garantir un niveau qualitatif élevé et homogène du personnel et de ses performances dans tous les secteurs et à tous les niveaux de l'administration.

L'Etat a également la responsabilité constitutionnelle, étroitement liée à son rôle d'employeur, de diriger l'administration publique conformément aux principes inscrits dans la constitution et dans le droit administratif. En outre, il doit veiller à ce que l'administration publique fonctionne dans le respect de ces principes juridiques de base.

La notion moderne d'administration publique entraîne une notion de délégation hiérarchique des pouvoirs de l'Etat à des individus opérant à l'intérieur du système public. Ces individus, les fonctionnaires, ne sont donc pas de simples salariés de l'Etat ; ils sont, dans une large mesure, les détenteurs des pouvoirs de l'Etat. En tant que tels, ils doivent aussi veiller à ce que les principes de la constitution et du droit administratif soient effectivement appliqués dans le fonctionnement quotidien de l'administration publique.

D'ordinaire, c'est la loi qui régit les relations entre les fonctionnaires et l'Etat. Même si certains aspects de ces relations sont régis par des contrats individuels ou des conventions collectives, les parties à ces contrats ou conventions ne peuvent pas faire abstraction des principes de droit constitutionnel et administratif. Dès lors, quelle que soit la source juridique régissant les relations entre l'Etat et les fonctionnaires, son contenu doit nécessairement tenir compte d'un ensemble de principes de droit administratif, au sens indiqué plus haut, et en imposer le respect aux agents de l'Etat. Les constitutions modernes renferment des dispositions relatives à la réglementation de la fonction publique, et certaines définissent même des modèles généraux

d'administration publique. La plupart de ces constitutions exigent un ensemble de lois spécifiques devant régir les relations particulières entre les fonctionnaires et l'Etat. Par exemple, les constitutions de l'Allemagne, de l'Espagne, de la France, de la Grèce, de l'Italie et du Portugal comportent, directement ou indirectement, des principes de base pour la fonction publique.

Des normes et des conditions analogues, mais des modèles différents de fonction publique professionnelle

On considère qu'il ne peut y avoir de fonction publique constitutionnelle et moderne dans une démocratie¹⁷ que si les conditions suivantes sont réunies :

- Séparation entre sphère publique et sphère privée.
- Séparation entre politique et administration.
- Mise en place d'un système de responsabilité individuelle des fonctionnaires, en lieu et place de l'ancien processus décisionnel collégial. Cela implique que les gestionnaires publics soient qualifiés et convenablement formés.
- Niveau suffisant de protection de l'emploi, de stabilité et de rémunération et définition claire des droits et des devoirs des fonctionnaires.
- Recrutement et promotion au mérite.

Toutes ces conditions contribuent, dans une large mesure, à définir la nature et les valeurs d'une fonction publique professionnelle moderne.

La distinction entre sphère publique et sphère privée est aussi ancienne que la distinction entre Etat et société. Elle implique la reconnaissance qu'il y a un domaine où l'intérêt public doit prévaloir et que cet intérêt public ne doit pas subir l'influence des intérêts privés individuels. Elle implique aussi que ce domaine public soit régi par des principes juridiques spécifiques et que les acteurs publics soient, en tant que tels, assujettis à ces principes.

La séparation entre politique et administration repose sur l'hypothèse de base suivante : le domaine public comporte deux grands volets qui, bien qu'ils soient étroitement liés, sont de nature différente, suivent une logique différente et puisent leur légitimité à des sources différentes. La politique est fondée sur la confiance du public, qui s'exprime dans le cadre d'élections politiques libres et qui est validée après chaque mandat politique. L'administration repose sur les mérites et la capacité professionnelle des fonctionnaires, vérifiés par des concours publics d'admission dans la fonction publique, conformément aux conditions prévues par la loi.

L'introduction de la responsabilité personnelle et individuelle à l'égard des actes administratifs implique que les responsabilités et les compétences soient clairement définies au sein de l'administration publique. La notion importante d'organe administratif compétent, et le fait que la responsabilité de chaque décision administrative incombe à une autorité publique clairement définie, se situent dans le prolongement de la notion de responsabilité individuelle.

¹⁷. Cf. Raadshelders and Rutgers, "The Evolution of Civil Service Systems", in Bekke, Perry and Toonen (eds.), *Civil Service Systems in Comparative Perspective*, Indiana University Press, 1996.

Le domaine de l'administration est servi par les fonctionnaires (*Beamte, civil servants*). Pour définir leur fonction publique, les Etats membres de l'UE ont adopté des approches différentes, généralement ancrées dans leur histoire et modifiées au fil du temps. Un certain nombre de pays, comme l'Espagne, la France, l'Irlande, les Pays-Bas et la Suède ont des fonctions publiques qui englobent chaque agent de l'Etat ; en effet, on considère tout agent de l'Etat comme un rouage de la machine étatique (notion large de fonction publique), tandis que d'autres, comme l'Allemagne, l'Autriche, le Royaume-Uni, et plus récemment le Danemark et l'Italie, ont restreint le champ de la notion de fonction publique à « l'administration publique de base », à savoir aux fonctions que seul l'Etat peut légitimement exercer, conformément à ce qui est communément convenu sur le plan politique. Dans ce deuxième cas, seuls les professionnels de la gestion et de l'administration publiques, et les professionnels exerçant des prérogatives étatiques (par ex. la police, les douanes, etc.) sont des fonctionnaires (notion étroite de fonction publique). Parmi les pays d'Europe centrale et orientale, la Hongrie et la Pologne appliquent ce concept restreint de fonction publique, tandis que la Lituanie envisage d'employer une variante du concept large.

Lorsque le concept est pris dans son acception étroite, les fonctionnaires sont, au moins, les agents investis de l'autorité publique et des compétences légales pour exercer des prérogatives publiques et pour proposer des politiques publiques et des instruments réglementaires ou fournir des conseils à ce sujet. Définie de cette façon, la fonction publique est un élément du pouvoir de l'Etat, elle est intégrée à la sphère publique et elle est conçue selon les dispositions fixées par le droit constitutionnel et le droit administratif. Dans tous les pays membres de l'UE, même dans ceux qui appliquent la notion étroite de fonction publique, certains principes de base du droit constitutionnel et du droit administratif ont été étendus aux agents de l'Etat non fonctionnaires, tel que le recrutement au mérite. Ce faisant, on a cherché entre autres à renforcer la légitimité du système d'emploi public dans son ensemble.

Quelle que soit l'acception retenue, mais surtout dans le cas de la notion la plus étroite, un certain nombre de conditions doivent être remplies si l'on veut que la fonction publique puisse s'acquitter de ses missions. La fonction publique doit être conçue comme une institution exigeant de ses membres un degré précis de professionnalisme et d'intégrité ainsi qu'une bonne connaissance des droits administratif et constitutionnel. Les fonctionnaires doivent être assujettis à une série de conditions juridiques, leur permettant d'exercer efficacement leurs fonctions et leurs compétences, en toute légalité, dans tous les contextes d'administration publique. Ces conditions juridiques portent essentiellement sur leurs droits et devoirs, sur la stabilité professionnelle, sur la protection vis-à-vis de toute ingérence politique et de l'influence des groupes de pression, sur un niveau de rémunération adéquat afin de réduire les risques de corruption, sur des dispositions disciplinaires et sur la sélection au mérite. Si le recrutement et la promotion s'effectuent au mérite, on peut sélectionner les meilleurs candidats à la fonction publique et éviter le népotisme et le clientélisme dans la dotation de l'administration publique en personnel.

La méthode la plus communément utilisée pour créer ces conditions juridiques applicables à la fonction publique est l'adoption d'une réglementation spécifique à la fonction publique car celle-ci, en tant que détentrice de prérogatives publiques, joue un rôle de premier plan sur la scène publique. Par conséquent, on considère généralement qu'il est nécessaire qu'une loi spécifique à la fonction publique soit adoptée par le Parlement ou, comme au Royaume-Uni, qu'une forme précise de règlement soit adoptée par l'exécutif (*Civil Service Order in Council*).

Comme nous l'avons mentionné précédemment, il incombe à l'Etat de veiller à ce que l'administration publique soit professionnelle, impartiale et efficace et à ce qu'elle respecte l'Etat de droit. L'Etat joue un rôle non seulement de réglementation mais aussi de gestion. Il doit garantir un certain niveau de son personnel et une qualité égale des normes dans tous les contextes de l'administration publique. Dans cette optique, si un système de fonction publique est juridiquement bien conçu et bien géré, il permet à l'Etat d'atteindre des niveaux adéquats de professionnalisme, de stabilité, de continuité et de qualité du service public dans toutes les composantes de son administration publique. Tout cela présuppose également que la

classe politique du pays soit pleinement consciente de la nécessité d'investir à long terme dans des personnes capables de diriger les affaires publiques de façon parfaitement professionnelle. Le professionnalisme ne peut être dissocié de la stabilité ni de la prévision à long terme.

S'il ne faut pas considérer les agents de l'Etat comme de simples salariés, c'est pour plusieurs raisons. Ils sont appelés à atteindre plusieurs objectifs différents de ceux fixés dans le cadre des relations de travail ordinaires. Parmi ces objectifs, citons les suivants :

- Etablir des mécanismes de contrôle et de responsabilité en vue d'éviter l'abus de pouvoir et la mauvaise gestion des ressources publiques.
- Légitimer l'administration publique aux yeux des citoyens et des contribuables afin que le public ait confiance dans l'administration et, en fin de compte, dans l'Etat tout entier.
- Distinguer autant que possible la sphère publique de la politique de la sphère publique de l'administration, chacune de ces sphères ayant une logique différente et puisant par conséquent sa légitimité à des sources différentes, comme expliqué plus haut.
- Assurer une continuité professionnelle au sein de l'administration publique et encourager un certain modèle de conduite partout dans l'administration, à des fins de prévisibilité. A cet effet, les principes administratifs juridiques décrits précédemment jouent un rôle essentiel.
- Attirer les meilleurs candidats disponibles dans le pays pour la fonction publique et les retenir grâce à des perspectives de carrière raisonnables et des possibilités d'épanouissement personnel.

Ces objectifs sont essentiels pour les lois régissant la fonction publique. Un tour d'horizon de la situation dans les pays d'Europe occidentale donne une idée des solutions, c'est-à-dire des différents modèles, adoptées pour faciliter leur réalisation.

Dans un certain nombre de pays membres de l'UE, la plupart des agents publics ont le statut de fonctionnaires. Cela signifie qu'ils sont régis par une loi sur la fonction publique et son droit dérivé, et non par la législation générale du travail instaurant des normes minimales pour les relations contractuelles entre les employeurs et les salariés du secteur privé. C'est le cas de la Belgique, de l'Espagne, de la France, de la Grèce, de l'Irlande, des Pays-Bas et du Portugal.

Le Royaume-Uni est un cas à part : les fonctionnaires font l'objet d'une réglementation spécifique qui leur confère le statut de fonctionnaires. Conformément aux principes constitutionnels, ce domaine est de la compétence du Conseil des Ministres (*Royal Prerogative*). C'est notamment ce qui explique pourquoi le Royaume-Uni n'a pas de loi sur la fonction publique.

Dans d'autres pays, seule une fraction des agents gouvernementaux permanents ont le statut de fonctionnaires. En Allemagne, on distingue entre les fonctionnaires, qui sont les agents détenteurs de l'autorité publique ou des prérogatives de l'Etat (environ 40 pour cent des agents publics), et les autres agents, qui sont assujettis au droit du travail. La raison en est que la constitution allemande instaure un tel modèle et le critère permettant d'opérer la distinction entre les *Beamte* (fonctionnaires) et les *Angestellte* (employés de l'Etat) est l'exécution de tâches impliquant l'exercice de l'autorité publique. Les fonctionnaires sont considérés comme les exécutants de l'Etat, au service du gouvernement du moment, quel qu'il soit (principe de la neutralité politique), et responsables de leurs actes devant la loi. La notion « d'exercice de l'autorité publique » est étroitement liée aux questions touchant à l'intérêt national, à l'ordre public, à la souveraineté de l'Etat, à l'application des lois, etc. Toutefois, les deux grades les plus

élevés dans la hiérarchie des professeurs d'université sont aussi des fonctionnaires, avec toutefois des statuts spéciaux. Les non fonctionnaires sont considérés comme exerçant simplement une profession dans le secteur public de l'économie ou dans le cadre des services publics financés par le budget de l'Etat.

Le modèle allemand, proche de celui de l'Autriche et du Luxembourg, a été adopté par le Danemark il y a quelques dizaines d'années, et récemment par l'Italie. En Italie, une importante réforme a eu lieu en 1993 et désormais seuls quelques milliers d'agents de haut niveau relèvent de la loi sur la fonction publique, les autres agents étant régis par le code du travail et par les conventions collectives.

Le critère déterminant pour l'application des dispositions du traité CE relatives à la libre circulation des travailleurs dans tous les Etats membres de l'UE a également été la notion d'autorité publique ou de sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des collectivités locales. Dorénavant, les emplois dans le secteur public doivent être ouverts à tout citoyen de l'UE dans quelque Etat membre que ce soit, à la seule exception des postes expressément réservés à des ressortissants nationaux par la réglementation nationale de la fonction publique. Cette réglementation n'est conforme à la jurisprudence de la Cour de justice CE que si elle respecte ce critère de base. On estime que 60 à 90 pour cent des emplois dans le service public dans les Etats membres de l'UE sont aujourd'hui ouverts aux citoyens de tous les Etats membres, ce qui signifie que seulement 10 à 40 pour cent du total des emplois dans le service public sont réservés à des ressortissants nationaux. Autrement dit, seuls 10 à 40 pour cent des postes publics touchent à « l'exercice de la puissance publique et à la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat », pour reprendre la formule utilisée par la Cour de justice des CE¹⁸. Dès lors, la réglementation de la fonction publique dans les pays membres constitue une référence essentielle pour la mise en application de ces principes du droit communautaire.

2. Gérer la fonction publique dans un contexte « d'administration par le droit »

Gestionnaires publics professionnels

Les pays d'Europe occidentale reconnaissent depuis longtemps que les normes de gestion et la performance des gestionnaires publics sont des facteurs primordiaux pour le bon fonctionnement général de l'administration publique et le succès des efforts de réforme de celle-ci.

Améliorer le fonctionnement de l'administration, cela veut dire rechercher de meilleures normes d'efficacité et d'efficacités dans le contexte de l'Etat de droit. Cela implique généralement la délégation de responsabilités aux gestionnaires publics, assortie de dispositifs de contrôle *ex ante* et *ex post*. Dans ces circonstances, la qualité des gestionnaires publics investis de ces prérogatives publiques revêt la plus haute importance. En outre, l'élaboration des politiques étant un processus de plus en plus complexe et faisant de plus en plus l'objet d'une coordination internationale, comme c'est le cas dans tous les Etats membres de l'UE, le besoin de hauts gestionnaires publics ayant une vision d'ensemble et capables de coordonner leurs travaux avec ceux des institutions nationales et internationales s'impose avec de plus en plus d'évidence.

La France, avec son système de carrière et de corps, a traditionnellement défini des catégories de cadres supérieurs. Les individus au sommet de leur carrière dans chaque corps relèvent d'une direction centrale et sont assistés dans l'évolution de leur carrière par des dispositifs de formation et de mobilité. L'Etat dispose d'un réservoir d'individus compétents lorsqu'il faut pourvoir un poste de cadre supérieur. D'autres pays créent des catégories de cadres supérieurs définis de façon analogue, qui sont sélectionnés au niveau central, nommés, formés et gérés. Les Pays-Bas, avec leur administration décentralisée, sont en train de

¹⁸. Cour de justice CE, Affaire 149/1979, Commission contre Belgique.

mettre en place une haute fonction publique mettant fortement l'accent sur le perfectionnement professionnel des gestionnaires et sur l'amélioration des capacités de coordination. Bien que ce type de haute fonction publique n'existe pas encore dans les pays d'Europe centrale et orientale, certains de ces pays adoptent progressivement des politiques spéciales et des mécanismes de gestion pour les cadres supérieurs de l'administration centrale. La Hongrie, la Lettonie et la Pologne sont des exemples de pays qui mettent actuellement en œuvre des réformes concernant les cadres supérieurs, même si leurs approches divergent sensiblement¹⁹.

Les systèmes administratifs d'Europe centrale et orientale ne connaissaient pas auparavant la notion de profession commune pour l'administration d'Etat. Chaque emploi au sein de l'administration d'Etat était considéré comme un emploi spécialisé dans l'institution concernée, avec peu de possibilités d'occuper un poste dans d'autres institutions et sans critères professionnels également valables pour l'exercice d'un emploi ailleurs dans l'administration d'Etat. La mobilité entre les différentes institutions n'était pas encouragée et elle était rare.

D'autre part, comme la coordination des politiques, et entre les institutions, s'effectuait dans le cadre de la structure du parti politique, on n'avait pas besoin de généralistes ni de gestionnaires ayant une vision plus large que celle de leur propre domaine technique. Les postes de cadres permanents que l'on peut trouver aux niveaux supérieurs dans les fonctions publiques occidentales étaient et restent, dans la plupart des pays d'Europe centrale et orientale, l'apanage de la classe politique. Les cadres recrutés en dehors de la structure politique étaient, et restent dans de nombreux cas, des spécialistes compétents dans leur domaine, apportant leur contribution technique mais exerçant rarement des tâches de gestion et de coordination.

Les réformes de la fonction publique dans les pays d'Europe centrale et orientale devraient aussi viser à créer une profession de gestion publique à l'intérieur de la fonction publique. Cela suppose une action dans plusieurs domaines : la formation des gestionnaires ; l'adoption de dispositions définissant les devoirs, les responsabilités et les droits correspondants du personnel, comme le ferait une réglementation spécifique de la fonction publique ; l'amélioration de la gestion du personnel et des normes de gestion ; et surtout l'établissement d'un contexte administratif propice à l'exercice, par les fonctionnaires et gestionnaires publics, de leurs fonctions de manière professionnelle, impartiale, transparente et contrôlable.

Le contexte de « l'administration par le droit »

Ce contexte administratif fait intervenir plusieurs facteurs, dont les plus importants sont les suivants :

- *La qualité du droit réglementaire matériel* : le droit réglementaire fournit le cadre du processus décisionnel dans un domaine d'action donné (par exemple, en matière d'aménagement du territoire ou d'environnement). En d'autres termes, il constitue un outil pour les responsables et une source d'information et de prévision pour le public.
- *La qualité du droit administratif procédural* : le droit administratif procédural prévoit les procédures à suivre pour les décisions administratives, pour la coordination et l'équilibre des pouvoirs, pour les relations et la communication entre les responsables et le public, et pour l'exercice des droits de la défense et des voies de recours.

¹⁹. Cf. Documents SIGMA, No. 1, *Un corps de cadres supérieurs de l'administration centrale : la mise en place d'un système de gestion pour la haute fonction publique dans les pays d'Europe centrale et orientale*, OCDE, Paris, 1995.

- *La qualité de la responsabilité financière et administrative et des mécanismes de contrôle* : ces aspects favorisent la transparence, assurent le contrôle de la prise de décision financière et administrative et garantissent des moyens de correction, de poursuite et de recours.

En même temps, ces trois facteurs fournissent les valeurs et principes juridiques qui contribuent à modeler de façon décisive l'attitude et le comportement des gestionnaires publics et du reste des fonctionnaires opérant dans ce contexte administratif. Ces principes juridiques seront les principes directeurs qui détermineront la prise de décision et le comportement des fonctionnaires ; ils réduiront le risque de décisions arbitraires en autorisant un pouvoir discrétionnaire de décision dans le cadre administratif juridique. En fin de compte, les principes du droit administratif contribueront fortement à jeter les bases d'une administration publique professionnelle.

La professionnalisation de l'administration publique va donc bien au-delà de la simple mise en œuvre d'une réglementation de la fonction publique et de l'amélioration de la gestion du personnel. Si l'on n'améliore pas également le contexte administratif dans lequel les fonctionnaires doivent agir, on court encore le risque qu'ils aient à prendre des décisions arbitraires, sans communication suffisante avec le public et sans coordination suffisante avec les autres institutions, même si ces fonctionnaires ont été sélectionnés au mérite et reçoivent une formation systématique.

Gestion homogène de la fonction publique

L'un des grands problèmes hérités des structures administratives antérieures dans les pays d'Europe centrale et orientale est celui du manque de coordination et de l'absence de normes communes pour la gestion du personnel dans les administrations publiques. Il faudrait remédier à cette fragmentation et harmoniser la gestion du personnel dans l'administration publique afin de garantir un niveau acceptable de droit administratif commun et de qualité des normes de la fonction publique.

Pour ce faire, il faudrait envisager différemment la fonction publique. La fonction publique devrait être considérée comme une fonction de gestion commune au sein de l'administration publique. Cette fonction commune vise à garantir que les principes du droit administratif, tels que ceux mentionnés plus haut, et les conditions juridiques de base, telles que le recrutement et la promotion au mérite, la rémunération équitable et l'égalité des droits et des devoirs, soient diffusés, compris et respectés de façon homogène dans l'ensemble de l'administration publique. Cette fonction commune appelle une forme de capacité centrale de gestion de la fonction publique.

Dans un certain nombre de pays d'Europe occidentale, tels que la France, le Portugal et l'Espagne, c'est un ministère spécifique de l'administration publique ou du service public qui est en charge des aspects généraux de la gestion de la fonction publique. Il s'agit généralement d'élaborer des projets de loi et de règlement pour la fonction publique, d'organiser ou de superviser le recrutement, de coordonner la gestion des ressources humaines, de négocier avec les syndicats de la fonction publique au nom du gouvernement et d'organiser et de gérer les activités de formation générale ou spécifique au travers d'organismes spécialement conçus à cet effet, tels que des écoles ou des instituts d'administration publique.

Dans d'autres pays, comme l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, l'Irlande et les Pays-Bas, le ministère des finances ou le ministère des affaires intérieures joue ce rôle de gestion de la fonction publique.

En Italie et en Suède, une instance spécifique a été créée afin de négocier avec les syndicats de la fonction publique au nom du gouvernement national et de ses organismes, ainsi qu'au nom des collectivités locales.

Les missions et la nature institutionnelle de l'instance chargée de gérer la fonction publique devraient aussi être définies dans une loi sur la fonction publique. Il peut s'agir d'une unité préparant les décisions pour le Premier Ministre ou pour le Conseil des ministres. Ce peut être aussi un ministère spécial ou une institution spécifique rendant compte au Premier Ministre. On peut envisager de multiples dispositifs institutionnels. L'important, c'est de veiller à ce que cette instance centrale soit dotée de pouvoirs suffisants pour être en mesure d'assurer une gestion transversale efficace de l'administration publique.

CONCLUSIONS

Le présent document avait pour objet de réfléchir aux liens très étroits entre les principes du droit administratif et les normes de la fonction publique. En même temps, on a voulu montrer comment les normes et les principes reflètent un large consensus dans l'espace administratif européen naissant, principalement sous l'impulsion de la Cour de justice des Communautés européennes. Le droit administratif découle de dispositions constitutionnelles qui sont profondément enracinées dans les valeurs culturelles, sociales et politiques et qui s'articule autour des préceptes de la démocratie. La fonction publique est une des composantes essentielles de l'administration publique, tellement essentielle que l'on considère souvent qu'administration publique et fonction publique sont synonymes.

Cela nous conduit à trois remarques principales en guise de conclusion. Premièrement, les valeurs de la fonction publique ont un caractère impératif sur le plan juridique ; deuxièmement, la réglementation de la fonction publique va au-delà de la simple réglementation des relations de travail entre l'Etat et ses agents -- il s'agit de réglementer l'un des pouvoirs de l'Etat au sens large ; troisièmement, les principes du droit administratif inspirent les gestionnaires publics dans leur prise de décision et modèlent le comportement de la fonction publique dans son ensemble. De même, ces principes constituent les repères, ou points de référence, d'après lesquels des normes acceptables sont fixées pour les fonctions publiques et les administrations publiques dans les Etats membres de l'UE ainsi que dans les institutions de l'UE.

Les valeurs de la fonction publique ont un caractère impératif

La fonction publique est tenue de respecter les principes inscrits tant dans les dispositions constitutionnelles que dans le droit administratif. De ce point de vue, on peut dire que les valeurs de la fonction publique sont des valeurs juridiques. Il n'y a pas identité entre les valeurs juridiques et les valeurs éthiques, en dépit de très nombreux points communs. Les valeurs éthiques sont des repères pour l'action et ne pas s'y conformer suscite la réprobation de la société. En revanche, quand les valeurs juridiques ne sont pas respectées, il s'ensuit des conséquences juridiques qui sont fonction des dispositions disciplinaires de la loi sur la fonction publique. Les fonctionnaires sont tenus de respecter les principes administratifs établis dans la législation.

Les fonctionnaires ne sont pas de simples salariés de l'Etat

Les fonctionnaires sont soumis aux principes juridiques et aux règles impératives qui découlent de la position qu'ils occupent dans la structure hiérarchique de l'Etat. Cette position donne corps à une profession dans le cadre de laquelle le fonctionnaire traite de questions qui concernent des droits fondamentaux de ses concitoyens. La réglementation de la fonction publique ne régit pas simplement les relations de travail entre un employeur et ses salariés, comme le fait le droit du travail. La réglementation de la fonction publique vise, d'une part, à protéger les fonctionnaires dans l'exercice de leur rôle social très particulier au sein des sociétés démocratiques et, d'autre part, à renforcer les normes professionnelles compte tenu des questions délicates que les fonctionnaires ont à traiter. Les fonctionnaires agissent dans la sphère publique de la société, qui relève du droit public.

Par conséquent, c'est le droit public, et non le droit commun du travail, qui doit réglementer la délégation des pouvoirs de prise de décision au nom de l'Etat, la responsabilité des agents professionnels de l'Etat et les mécanismes de contrôle de l'exercice des prérogatives publiques. C'est une des raisons fondamentales pour lesquelles il y a lieu d'adopter une loi spéciale sur la fonction publique dans le cadre du droit administratif. Contrairement aux conditions de travail, ces aspects ne peuvent être définis sur une base individuelle et contractuelle.

Les principes du droit administratif créent des modèles comportementaux pour la fonction publique

Néanmoins, il ne suffit pas d'avoir un système de fonction publique régi par une législation spécifique pour que l'administration publique soit professionnelle, efficiente, efficace et impartiale, qu'elle respecte l'Etat de droit et qu'elle s'acquitte convenablement de ses missions. Il faut également disposer d'une législation administrative matérielle et procédurale de qualité suffisante. Cette législation ne sera pas seulement pour les fonctionnaires un outil important dans l'exercice de leurs devoirs et pour l'application des principes du droit public décrits plus haut ; elle leur fournira aussi des procédures claires qui orienteront leurs travaux et rendront leurs actions et décisions prévisibles.

Une législation procédurale et matérielle complémentaire s'impose par ailleurs pour garantir un contrôle interne et externe suffisant de l'administration publique et de la fonction publique, surtout en termes de finances publiques, de contrôle de qualité, de contrôle des procédures et, surtout, pour assurer un système judiciaire indépendant et performant, capable de corriger efficacement certaines actions et décisions administratives en statuant sur les recours. Cette exigence est impérieuse non seulement dans l'intérêt de la sécurité juridique et de la fiabilité de l'administration publique, mais aussi dans l'intérêt d'une protection juridique adéquate des droits individuels et de la confiance légitime.

Les principes du droit administratif contribuent à la création d'un espace administratif européen

En définitive, le degré auquel le contexte administratif dans sa totalité, fonction publique incluse, est conforme aux normes communes acceptées -- définies et évaluées au regard des principes communs du droit administratif -- sera fondamental pour la réalisation de l'objectif d'adhésion à l'UE que se sont fixé les pays candidats ou, en d'autres termes, pour leur participation à part entière à l'Espace administratif européen.