

Observations

L'audition préalable au licenciement dans le secteur public : un partout ?

1. Le principe général de l'audition préalable ou *audi alteram partem* impose à l'administration active d'« entendre »¹ une personne avant de prendre à son égard une mesure susceptible d'affecter gravement sa situation personnelle, en particulier lorsque cette mesure est dictée par des considérations liées à sa personne ou à son comportement². Son respect doit permettre au destinataire de la mesure de faire valoir *utilement* son point de vue sur les faits en question et la mesure envisagée. Cela implique qu'il ait été préalablement informé de ces faits, qu'il ait eu accès au dossier, qu'il se voie accorder un délai raisonnable pour préparer sa défense et qu'il puisse être assisté du conseil de son choix³. Apparenté aux « droits de la défense »⁴, le principe s'en écarte cependant en ce qu'il vise essentiellement la sauvegarde de l'intérêt général. L'audition est d'abord et avant tout destinée à assurer que l'autorité publique dispose de tous les éléments utiles pour statuer en toute connaissance de cause et, partant, à réduire le risque d'erreur. En ce sens, il participe du principe général de bonne administration. Le principe de l'audition préalable n'a pas, au contraire des droits de la défense, été érigé en droit absolu. L'efficacité et parfois la célérité avec laquelle l'administration doit agir justifient, dans certains cas, des dérogations. Ainsi, l'administration peut passer outre à cette formalité lorsqu'elle est inutile – l'information pouvant être recueillie à cette occasion n'est pas susceptible d'influer sur le contenu de la mesure⁵ – et/ou lorsque l'urgence de la situation le requiert⁶.

2. La doctrine et la jurisprudence ont longtemps été divisées sur la question de l'applicabilité de ce principe de l'audition préalable à l'occasion du licenciement d'un agent contractuel occupé par un service public. Qu'on ne se méprenne cependant pas sur la portée de cette controverse : la question n'est pas de savoir s'il est souhaitable ou permis d'auditionner le travailleur avant de le licencier. Tout le monde s'accorde en effet sur le fait que l'audition préalable constitue un procédé souvent utile, si pas incontournable, à une prise de décision raisonnée, autant qu'une forme de respect élémentaire à l'égard de la personne du travailleur. Dans certaines circonstances, des juridictions du travail ont d'ailleurs jugé que le fait pour un employeur de ne pas prendre la peine d'entendre le travailleur en ses explications sur les faits qui lui sont reprochés avant de procéder à son licenciement pouvait être constitutif d'abus de droit et/ou de manquement à l'obligation, inscrite à l'article 16 de la loi du 3 juillet 1978, de respect et d'égards mutuels⁷ ; cela en parti-

¹ Il n'est pas toujours requis que le destinataire de l'acte soit entendu personnellement et oralement. Le Conseil d'État a en effet déjà jugé que le fait que celui-ci ait eu la possibilité de faire valoir ses observations par l'intermédiaire de son conseil (C.E., 12 décembre 2002, n° 113.544, *Taymans*) ou par écrit (C.E., 26 février 2014, n° 226.552, *Louvet* ; C.E., 1^{er} août 2012, n° 220.401, *Shabani*, p. 9 ; C.E., 18 novembre 2004, n° 137.261, *Lomastro*) pouvait dans certains cas suffire.

² FI. PIRET, D. RENDERS et A. TRYBULOWSKI, « Les droits de la défense et les actes unilatéraux de l'administration : où l'unilatéralité ne va pas sans contradiction », in P. MARTENS (sous la direction de), *Les droits de la défense*, Formation permanente CUP, vol. 146, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 71-79.

³ P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 3^e édition, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 221.

⁴ Sur la différence de contenu entre les droits de la défense et ceux découlant du principe *audi alteram partem*, voy. notamment D. RENDERS, *Droit administratif général*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 308-310 ; D. DE JONGHE et P.-Fr. HENRARD, « L'actualité des principes généraux du droit administratif et de bonne administration en droit administratif : questions choisies », in P.-O. DE BROUX, Br. LOMBAERT et Fr. TULKENS (sous la direction de), *Actualité des principes généraux en droit administratif, social et fiscal*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 33-34.

⁵ FI. PIRET, D. RENDERS et A. TRYBULOWSKI, « Les droits de la défense et les actes unilatéraux de l'administration : où l'unilatéralité ne va pas sans contradiction », *op. cit.*, pp. 80-81 et la jurisprudence citée.

⁶ *Ibid.*, p. 79.

⁷ C. trav. Liège, 21 septembre 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 143 ; C. trav. Anvers, 22 avril 1983, *Chron. D.S.*, 1984, p. 15.

culier lorsque le travailleur bénéficie d'une grande ancienneté sans reproche et que les griefs, imputés avec légèreté, se sont avérés par la suite inexacts. Par ailleurs, l'absence d'obligation formalisée n'a jamais empêché les employeurs, y compris dans le secteur public, de procéder à de telles auditions... et c'est très bien ainsi.

La question est en réalité de savoir si les autorités publiques ont l'*obligation*, d'un point de vue légal et en dehors de toutes règles internes spécifiques, d'entendre leurs agents contractuels avant de les licencier, en particulier quand la mesure est liée à la conduite ou l'aptitude de ceux-ci. Il était généralement admis qu'une telle obligation ne pouvait leur être imposée dans le cadre d'un licenciement pour motif grave, dès lors qu'elle rend pratiquement impossible le respect du double délai de trois jours prévu à l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978⁸. La question se posait donc essentiellement à propos des licenciements moyennant préavis (article 37) ou paiement d'une indemnité compensatoire (article 39).

3. Dans un arrêt du 12 octobre 2015⁹, la Cour de cassation tranchait la controverse en décidant, même si d'aucuns ont émis un doute sur la portée de cet arrêt¹⁰, que le principe de l'audition préalable ne s'applique pas au licenciement des agents contractuels occupés par un employeur du secteur public¹¹. Plus précisément, elle relevait que « *Les règles relatives à la cessation des contrats de travail à durée indéterminée prévues par (les articles 32, 3^o, 37 et 39 de la loi du 3 juillet 1978) n'obligent pas un employeur à entendre un travailleur avant de procéder à son licenciement* » et qu'« *il ne peut être dérogé en vertu du principe général de bonne administration à ces règles qui, conformément à l'article 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 3 juillet 1978, régissent également les contrats des travailleurs occupés par les communes, qui ne sont pas soumis à un statut* ». La Cour faisait donc prévaloir sur le principe général de droit le contenu de la loi qui, il est vrai, n'impose pas aux employeurs d'obligation d'audition préalable en cas de licenciement. Pour arriver à une telle conclusion, il fallait cependant que la Cour constate que la loi du 3 juillet 1978 *exclut* l'application du principe d'audition préalable. Le principe *audi alteram partem* a valeur législative. Il peut être aménagé, voire exclu, au moyen d'une *lex specialis*, pourvu qu'elle ait la même position hiérarchique¹². En présence d'un texte légal qui ne prévoit pas expressément l'obligation d'audition préalable, le principe doit donc normalement s'appliquer, sauf si le silence du texte doit s'interpréter, non pas en une lacune, mais en une volonté implicite du législateur d'exclure cette exigence¹³.

⁸ C. trav. Liège, 5 août 2008, *J.T.T.*, 2009, p. 14 ; G. JACQUEMART, « Le statut hybride des agents contractuels de la fonction publique locale », *Orientations*, 2014/9, p. 5. Voy. aussi l'avis plus nuancé de P. JOASSART et N. BONBLED, « Les principes généraux du droit administratif et de bonne administration en droit social », in *Actualité des principes généraux en droit administratif, social et fiscal*, op. cit., pp. 104-105. *Contra*. Trib. trav. Mons, 17 juin 2013, R.G. n° 12/1/A, inédit.

⁹ Cass., 12 octobre 2015, *Pas.*, 2015, p. 2314, *J.T.T.*, 2016, p. 27, note G. LEMAIRE, *R.A.G.B.*, 2016, p. 943, note V. DOOMS, *Rev. dr. commun.*, 2016/1, obs. J. BOUVIER et J. VAN BOL, *T. Gem.*, 2016, p. 125, note S. DE SOMER et V. VUYLSTEKE.

¹⁰ P. JOASSART et N. BONBLED, « Les principes généraux du droit administratif et de bonne administration en droit social », op. cit., pp. 106-107.

¹¹ R. CAPART et E. DELBROUWIRE, « Le licenciement des agents contractuels du secteur public en 2016 : au milieu du gué », in H. MORMONT (sous la direction de), *Droit du travail tous azimuts*, Formation permanente CUP, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 744 ; V. DOOMS, « Aan de saga van de motivering wordt een abrupt einde gesteld », *R.A.G.B.*, 2016, pp. 956-957 ; J. BOUVIER et J. VAN BOL, « L'agent contractuel est-il licenciable *ad nutum* ? », *Rev. dr. commun.*, 2016/1, p. 18 ; I. PLETS, « Geen ontslagmotivering en voorafgaande hoorplicht in publieke sector », *Orientations*, 2016/4, p. 112 ; G. LEMAIRE, « La motivation du licenciement des travailleurs "contractuels" occupés dans les services publics », *J.T.T.*, p. 30 ; A. CASTADOT, « Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public » (deuxième partie), *J.T.T.*, 2017, p. 18.

¹² C.E., 22 novembre 2012, n° 221.484, *Defise*, Demoulin, Pype et Sculier.

¹³ Fl. PIRET, D. RENDERS et A. TRYBULOWSKI, « Les droits de la défense et les actes unilatéraux de l'administration : où l'unilatéralité ne va pas sans contradiction », op. cit., p. 80 et la jurisprudence citée.

Pour comprendre la raison pour laquelle la Cour de cassation a cru pouvoir exclure l'application du principe de l'audition préalable, il faut se reporter aux conclusions de l'Avocat général Henri Vanderlinden. À leur lecture, on comprend en effet que la Cour a en réalité suivi la position défendue depuis longtemps par Alexander De Becker¹⁴ et à sa suite une partie importante de la doctrine néerlandophone¹⁵, qui voient dans le droit administratif et le droit du travail des sphères juridiques distinctes et exclusives l'une de l'autre. Pour eux, les principes généraux du droit ne s'appliquent aux pouvoirs publics que lorsqu'ils agissent en tant que tels, en faisant usage de leurs prérogatives spécifiques. L'idée – à laquelle il nous est difficile de nous rallier – est que ces principes généraux n'auraient été institués que pour garantir les administrés contre l'arbitraire d'une administration agissant sur eux essentiellement par voie unilatérale et aux moyens de prérogatives exorbitantes du droit commun, de sorte que leur application deviendrait sans objet lorsque les pouvoirs publics ont recours à la voie contractuelle, ceux-ci décidant dans ce cas de traiter d'égal à égal avec les particuliers et renonçant à faire usage, dans cette relation, de leurs attributs de puissance publique. Dans cette optique, à partir du moment où une autorité conclut un contrat de travail, elle n'agit plus, à l'égard du travailleur, comme une autorité publique, mais comme n'importe quel employeur du secteur privé. L'inégalité des parties inhérentes à ce type de relation subordonnée ne doit pas être corrigée par le droit administratif mais uniquement par les mécanismes mis en place par le droit du travail¹⁶, de sorte qu'à l'égard de leurs agents contractuels, les pouvoirs publics se voient appliquer tout le droit du travail, mais rien que le droit du travail¹⁷.

4. La solution dégagée par la Cour de cassation dans l'arrêt du 25 octobre 2015 était généralement suivie par les juridictions de fond¹⁸ et le Conseil d'État avait fini par s'y rallier dans un arrêt du 27 septembre 2016¹⁹. Une partie de la doctrine continuait cependant à la critiquer vertement. En tête de ce mouvement, Steve Gilson, France Lambinet et Zoé Truzgnach faisaient paraître, en 2016, un ouvrage²⁰, véritable plaidoyer en faveur de la reconnaissance généralisée du droit à l'audition préalable, dans lequel ils invitaient « *les plaideurs (et les juridictions) à continuer à aborder l'application de l'obligation d'audition préalable et de la loi du 29 juillet 1991 au licenciement des contractuels du secteur public, dès lors que à (leur) sens, l'arrêt rendu par cette chambre néerlandophone de la Cour de cassation est peu convaincant...* »²¹. Ils relevaient par ailleurs que la solution adoptée par la Cour créait une discrimination entre le personnel statutaire, d'une part, et le personnel contractuel, de l'autre, en ce que seuls les premiers bénéficient du droit d'être entendus préalablement à la rupture de la relation de travail et non, à suivre la Cour, les seconds ; ce

¹⁴ A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel - juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, Bruges, La Chartre, 2007, pp. 582-588 ; A. DE BECKER, « De motivering van het ontslag van arbeidscontractant in de publieke sector », *R.W.*, 2007-2008, pp. 100-101.

¹⁵ K. SALOMEZ, « Ontslag van contractanten in overheidsdienst, publiekrecht of privaatrecht ? », note sous Trib. trav. Gand, 6 décembre 2007, *R.W.*, 2008-2009, pp. 1480-1485.

¹⁶ K. SALOMEZ et H. FUNCK, « Le licenciement d'un agent contractuel d'un service public, un acte non de droit public mais de droit privé », *Chron. D.S.*, 2013, pp. 337 et 339.

¹⁷ A. DE BECKER, « Ontslag van contractanten in de publieke sector », in *Actuele problemen van het arbeidsrecht 8*, M. RIGAUX et W. RAUWS (eds.), Anvers, Intersentia, 2010, pp. 145-178.

¹⁸ C. trav. Mons, 24 novembre 2015, R.G. n° 2014/AM/213, www.juridat.be ; C. trav. Mons, 18 octobre 2016, R.G. n° 2014/AM/422, www.juridat.be ; C. trav. Liège, 13 novembre 2015, R.G. n° 2014/AL/646, inédit ; C. trav. Liège, 14 avril 2016, *cette revue*, 2016, p. 685 ; C. trav. Bruxelles, 18 octobre 2016, R.G. n° 2014/AN/868, inédit. Voy. également la jurisprudence citée par R. CAPART et E. DELBROUWIRE, « Le licenciement des agents contractuels du secteur public en 2016 : au milieu du gué », *op. cit.*, pp. 746-748.

¹⁹ C.E., 27 septembre 2016, n° 235.871, La S.C.R.L. Intercommunale d'étude et de gestion (I.E.G.).

²⁰ S. GILSON, Fr. LAMBINET et Z. TRUSGNACH, *Les obligations particulières de l'employeur public lors du licenciement des travailleurs contractuels*, Limal, Anthemis, 2016, 195 pages.

²¹ *Ibid.*, p. 74.

qui ne leur apparaissait pas justifiable²². La Cour constitutionnelle, dans l'arrêt annoté de ce 6 juillet 2017, leur donne raison sur ce point.

5. La première question soumise à la Cour constitutionnelle était libellée comme suit : « *Les articles 32, 3° et 37, paragraphe 1^{er}, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, interprétés comme faisant obstacle au droit d'un travailleur employé par une autorité publique à être entendu préalablement à son licenciement, violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution, alors qu'il est garanti aux agents statutaires conformément à l'adage audi alteram partem ?* ». Elle renvoie directement à la position adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt du 12 octobre 2015, au terme duquel, comme nous venons de le voir, la Cour avait jugé que les articles 32, 3° et 37 de la loi du 3 juillet 1978 excluaient l'application du principe de l'audition préalable aux agents contractuels engagés par une autorité publique. En répondant que les articles 32 et 37, dans l'interprétation proposée, violent les articles 10 et 11 de la Constitution, c'est donc l'interprétation que la Cour de cassation avait faite de ces dispositions que la Cour constitutionnelle condamne.

À la lecture de la motivation de l'arrêt, il nous apparaît que la Cour constitutionnelle ne condamne pas seulement l'interprétation, mais plus fondamentalement la solution retenue par la Cour de cassation en ce qu'elle revient à exclure les agents contractuels de la fonction publique du bénéfice du principe *audi alteram partem*. La Cour constitutionnelle juge en effet que « *la différence objective entre la relation de travail statutaire et la relation de travail contractuelle ne peut justifier, pour les agents d'une autorité publique, une différence de traitement dans l'exercice du droit garanti par le principe de bonne administration audi alteram partem* »²³ et précise que « *ce principe s'impose à l'autorité en raison de sa nature particulière, à savoir qu'elle agit nécessairement en tant que gardienne de l'intérêt général et qu'elle doit statuer en pleine et entière connaissance de cause lorsqu'elle prend une mesure grave liée au comportement ou à la personne de son destinataire* »²⁴. Ce faisant, elle fait sienne la position défendue par une partie importante de la doctrine qui, pour s'opposer à la thèse d'Alexander De Becker, arguait qu'une autorité administrative ne perd pas sa nature particulière dès lors qu'elle agit dans la sphère contractuelle ; qu'en toute occasion, elle se doit d'agir avec soin et dans l'intérêt commun²⁵. Si, comme nous l'avons précisé, le principe général de l'audition préalable est destiné à permettre à l'autorité publique de statuer en toute connaissance de cause et d'éviter que des erreurs soient commises, il est effectivement difficilement compréhensible que celui-ci ne soit pas également appliqué aux agents contractuels. Rien ne justifie en effet qu'une autorité publique apporte moins de soin à examiner la nécessité de rompre la relation de travail d'un de ses collaborateurs du seul fait que celle-ci s'inscrit dans un cadre contractuel, plutôt que statutaire.

6. On pouvait légitimement se demander, et la motivation de l'arrêt nous renforce dans cette impression, si la discrimination dénoncée trouvait réellement son fondement dans la loi du 3 juillet 1978²⁶. Il faut en effet bien reconnaître que ni l'article 32, 3°, ni l'article 37 de la loi du 3 juillet 1978 ne traitent de la question de l'audition préalable. Fondamentalement, l'origine du problème tient au fait que la Cour de cassation juge que le principe général qui consacre ce droit en faveur des agents statutaires ne s'applique pas aux

²² *Ibid.*, pp. 71-72 et 96-97 dont la Cour constitutionnelle s'est manifestement inspirée dans l'arrêt commenté.

²³ Point B.7., paragraphe 3.

²⁴ Point B.7., paragraphe 2.

²⁵ W. RAUWS, « Aansprakelijkheid en tuchtregeeling voor contractuelen bij de overheid », in M. DE VOS et I. PLETS (sous la direction de), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Bruges, La Charte, 2005, p. 163 ; R. VALKENEERS, « Zijn de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing op arbeidscontracten in de publieke sector ? », *R.D.S.*, 2014, pp. 309-367.

²⁶ La question avait été posée par le Conseil des ministres (arrêt, point A.3.2.), mais la Cour constitutionnelle ne s'y est pas attardée.

agents contractuels. Or, la Cour constitutionnelle n'est compétente que pour contrôler les normes législatives énumérées à l'article 142 de la Constitution, au rang desquelles ne figurent ni les décisions de justice, ni les principes généraux de droit ... C'est parce que la Cour de cassation avait été amenée, par les moyens du pourvoi par lequel elle avait été saisie, à découvrir dans les dispositions précitées une exclusion implicite du principe général de droit à l'égard des agents contractuels de la fonction publique que finalement la Cour constitutionnelle a pu être valablement saisie de la question.

7. Les constatations qui précèdent n'enlèvent cependant rien à la portée de l'arrêt en ce qui nous occupe, au contraire. Il est généralement reconnu que le juge qui a saisi la Cour – en l'espèce le tribunal du travail francophone de Bruxelles – ainsi que les juridictions qui le suivent dans la même affaire sont liés, non seulement par le dispositif de l'arrêt, mais également par ses motifs déterminants²⁷. En fondant sa décision sur la considération très générale que « *la différence objective entre la relation de travail statutaire et la relation de travail contractuelle ne peut justifier, pour les agents d'une autorité publique, une différence de traitement dans l'exercice du droit garanti par le principe de bonne administration* » audi alteram partem », la Cour nous paraît avoir donné à son arrêt une portée qui dépasse de loin le cadre strict des dispositions qu'elle était amenée à analyser. Il nous semble en effet, puisqu'il s'agit d'un motif déterminant, que le passage précité interdit ni plus ni moins au juge *a quo* d'exclure l'application du principe général précité aux agents contractuels de la fonction publique, et ce sur quelque fondement que ce soit. Si les autres juridictions ne sont en principe pas tenues par l'arrêt, elles sont néanmoins contraintes, si elles souhaitent s'en écarter, de saisir à nouveau la Cour d'une question préjudicielle²⁸. La solution retenue par la Cour étant claire, il ne fait, selon nous, nul doute que les juridictions préféreront faire l'économie d'un tel détour et se conformeront à la solution préconisée par la Cour constitutionnelle.

8. Les arrêts par lesquels la Cour constitutionnelle déclare, sur renvoi préjudiciel, une norme inconstitutionnelle ne lient pas l'administration²⁹, qui doit en principe continuer à appliquer la norme jusqu'à son abrogation ou à son éventuelle annulation par la Cour constitutionnelle sur le fondement de l'article 4, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989. Elle doit toutefois se conformer à l'interprétation conciliante que la Cour propose parfois de donner à ces dispositions afin d'éviter l'inconstitutionnalité. Tel est sans doute le résultat que le tribunal du travail francophone de Bruxelles cherchait à atteindre en posant sa seconde question : « (les articles 32, 3°, et 37 de la loi du 3 juillet 1978), *interprétés comme ne faisant pas obstacle au droit d'un travailleur employé par une autorité publique à être entendu préalablement à son licenciement, violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution ?* ». La question était cependant maladroite, puisqu'il a suffi à la Cour de constater que les dispositions précitées, ainsi interprétées, n'empêchent la reconnaissance du droit à être entendu ni pour les travailleurs contractuels de la fonction publique, ni *a fortiori* pour les agents statutaires. Ainsi, la Cour ne se prononce pas sur l'applicabilité du principe, mais seulement sur l'absence d'obstacle à son application dans les articles 32 et 37 de la loi du 3 juillet 1978. Paradoxalement, l'effet utile de l'arrêt aurait sans doute été accru si le tribunal n'avait pas posé cette seconde question, ce qui aurait permis à la Cour constitutionnelle de proposer d'initiative une interprétation conciliante, en alternative à celle qu'elle venait de rejeter comme inconstitutionnelle ; interprétation qui aurait alors lié l'administration.

²⁷ P. VANDERNOOT, « Le mécanisme préjudiciel devant la Cour d'arbitrage : forces et faiblesses », *Rev. dr. U.L.B.*, 2002, n° 25, p. 93.

²⁸ *Ibid.*, p. 98.

²⁹ G. ROSOUX et Fr. TULKENS, « Considérations théoriques et pratiques sur la portée des arrêts de la Cour d'arbitrage », in *La Cour d'arbitrage : un juge comme les autres ?*, Liège, Éditions du Jeune barreau de Liège, 2004, p. 116.

Il convient cependant de souligner qu'en l'espèce, ce ne sont pas les normes législatives qui ont été déclarées inconstitutionnelles, mais l'interprétation qu'en avait faite une partie de la jurisprudence et singulièrement la Cour de cassation dans son arrêt de 2015. Or, la motivation de l'arrêt fait apparaître qu'il existe une autre interprétation de ces normes législatives qui permet d'éviter le constat d'inconstitutionnalité et que, plus généralement, ne pas reconnaître également aux agents contractuels de la fonction publique le bénéfice du principe *audi alteram partem* » contrevient aux articles 10 et 11 de la Constitution. Même si, à strictement parler, l'arrêt de la Cour constitutionnelle ne lie pas l'administration sur ce dernier point, il nous semble qu'elle serait bien téméraire de croire qu'il lui est encore possible de s'abstenir d'auditionner ses agents contractuels avant de les licencier pour un motif lié à leur comportement ou à leur personne.

9. Au-delà de ses effets, l'arrêt questionne par la comparaison qu'il opère entre les agents contractuels et les agents statutaires. S'agissait-il bien de catégories comparables ? L'arrêt, de manière traditionnelle, répond sur ce point que « *les agents statutaires ne sont, en principe, pas comparables aux agents contractuels puisqu'ils se trouvent dans une situation juridique fondamentalement différente* »³⁰. Par exception, la Cour constitutionnelle admet cependant que ces catégories puissent être comparées « à certains égards », lorsque la norme examinée s'inscrit dans un cadre de référence particulier commun aux deux catégories³¹. Elle l'avait déjà accepté dans les matières de la responsabilité des agents³² et de la prescription³³.

Il n'empêche que la Cour nous semble franchir ici un pas de plus³⁴, eu égard aux différences fondamentales qui séparent les situations des agents statutaires et des agents contractuels en matière de rupture de la relation de travail³⁵. Dans le cadre contractuel, la faculté de rompre unilatéralement un contrat de travail à durée indéterminée est généralement considérée comme un droit qui appartient à chacune des parties, droit qui découle de l'interdiction de l'engagement à vie inscrite à l'article 1780 du Code civil. L'agent statutaire, au contraire, a vocation par sa nomination à faire carrière au sein de l'administration. La stabilité d'emploi dont il bénéficie, si elle n'est pas absolue, implique néanmoins qu'il ne saurait être privé de son travail que dans les hypothèses limitativement énumérées dans le statut et moyennant, le plus souvent, le respect de règles procédurales strictes, destinées à le soustraire à l'arbitraire de l'administration autant qu'aux vicissitudes de la vie politique. Pour rompre la relation statutaire pour un motif lié au comportement de l'agent, l'autorité publique doit mettre en œuvre une procédure disciplinaire. Même si la question est controversée, il est généralement admis que le licenciement, *a fortiori* lorsqu'il intervient dans le cadre des articles 37 et 39, ne revêt pas une telle nature disciplinaire³⁶. On notera à cet égard que si le caractère disciplinaire d'un

³⁰ Arrêt commenté, point B.6.1.

³¹ Sur ce point, voy. V. FLOHIMONT, « Comparaison et comparabilité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle : rigueur ou jeu de hasard ? », *R.B.D.C.*, 2008, pp. 229-231.

³² C.A., 18 décembre 1996, n° 77/96 ; C.C., 28 janvier 2003, n° 17/2003.

³³ C.C., 16 octobre 2001, n° 127/2001.

³⁴ Comparez C.A., 11 janvier 2006, n° 4/2006 et C.C., 22 mars 2012, n° 49/2012 ; C.A., 29 mars 2000, n° 34/2000, troisième moyen ; C.A., 31 janvier 2001, n° 8/2001. Dans un arrêt du 22 décembre 1993 (n° 88/93), la Cour jugeait d'ailleurs que « *la situation juridique des agents nommés à titre définitif, d'une part, et celle des membres du personnel liés par un contrat de travail, d'autre part, sont totalement différentes, notamment en ce qui concerne les règles relatives aux pensions et aux licenciements. La première catégorie de membres du personnel se trouve dans une position juridique statutaire régie par le droit public ; la seconde catégorie ressortit au régime du droit privé* » (B.5.4. – nous soulignons).

³⁵ Voy. également A. CASTADOT, « Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public » (deuxième partie), *J.T.T.*, 2017, pp. 19-20.

³⁶ Cass., 18 avril 1988, R.G. n° 80/7582, www.juridat.be ; G. JACQUEMART, « Le statut hybride des agents contractuels de la fonction publique locale », *op. cit.*, p. 5. Voy. aussi C. trav., 5 septembre 2012, *J.T.T.*, 2013, p. 247 : la Cour justifie la non-application du principe de l'audition préalable en raison de la différence de nature entre une révocation statutaire (de nature disciplinaire) et un licenciement (mode régulier de rupture du contrat de travail).

licenciement était reconnu, la question du droit qu'aurait le travailleur à être entendu préalablement à celui-ci serait vidée d'une partie importante de sa substance, dès lors qu'il est constant qu'en matière disciplinaire, une telle audition est requise, en vertu de l'adage *audi alteram partem* ou du principe dit « des droits de la défense »³⁷, à tout le moins en ce qui concerne les travailleurs du secteur public³⁸. Enfin, la stabilité d'emploi des agents statutaires repose essentiellement sur la possibilité qui leur est offerte d'obtenir l'annulation de la décision de rupture, irrégulièrement adoptée par l'autorité, devant le Conseil d'État. Pour le travailleur contractuel, la rupture irrégulière de la relation se résout au mieux par l'octroi d'une indemnisation.

La Cour constitutionnelle a beau répéter que « *les agents ne sont, en principe, pas comparables aux agents contractuels puisqu'ils se trouvent dans une situation juridique fondamentalement différente* », le fait qu'elle admette une telle comparaison à propos d'une question liée à la cessation des fonctions réduit considérablement la portée de ce principe, au point où il est permis de se demander s'il a encore quelque consistance. Ici, comme ailleurs³⁹, la Cour semble s'être totalement détachée des différences manifestes qui existent entre les régimes applicables aux catégories comparées et n'avoir pris en compte que l'objectif poursuivi spécifiquement par la norme contrôlée (le principe de l'audition préalable) sans se soucier outre mesure du contexte légal plus global dans laquelle celle-ci était amenée à s'intégrer. Cette approche, que la Cour a, nous semble-t-il, poussée à l'extrême dans l'arrêt de ce 6 juillet, ouvre très (trop ?) largement la porte à la remise en cause des nombreuses différences qui existent encore actuellement entre engagements statutaire et contractuel au sein de la fonction publique.

10. La question aurait pu conduire la Cour, mais sans doute fallait-il que le tribunal l'y invite expressément⁴⁰, à procéder à une autre comparaison : entre le personnel du secteur public et le personnel du secteur privé. Le fait que ce dernier soit toujours privé du droit à être entendu préalablement au licenciement pourrait en effet conduire à une nouvelle discrimination. Il s'agit d'une question sur laquelle la doctrine et la jurisprudence sont profondément divisées. La cour du travail de Liège avait, dans un arrêt remarqué du 22 décembre 2010, jugé qu'un des motifs qui justifieraient « *que l'on écarte l'application de l'adage audi alteram partem lors du licenciement d'un agent contractuel du service public, réside dans l'inégalité de traitement que cela engendrerait entre le travailleur salarié ou appointé du secteur privé et le travailleur salarié ou appointé du secteur public, le premier ne bénéficiant pas d'une possibilité d'exiger son audition préalablement à un éventuel licenciement alors que le second le pourrait, inégalité frappant des travailleurs se trouvant dans des situations objectivement comparables au contraire de l'agent statutaire du secteur public qui se trouve en situation tout à fait distincte* »⁴¹.

Sans préjuger de ce que la Cour constitutionnelle aurait pu décider, il nous apparaît que si elle a pu admettre que la situation des travailleurs contractuels du secteur public soit

³⁷ R. JANVIER, « Een volwaardige tuchregeling voor contractanten in overheidsdienst », *R.D.S.*, 2008, pp. 311-312 ; A.-L. DURVIAUX, *Droit de la fonction publique*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 194-195 ; F. PETRE et V. TILKIN, « Le régime disciplinaire applicable aux agents contractuels des pouvoirs locaux : de la possibilité juridique à l'opportunité en terme de G.R.H. », *Rev. dr. commun.*, 2005/3, p. 39 ; M. DETRY et D. CASTIAUX, « Les contractuels et la discipline : quelles spécificités ? », in J. JACQMAIN (sous la direction de), *Une terre de droit du travail : les services publics*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 222-224.

³⁸ Voy. O. DEPRINCE, « Sanctions disciplinaires et droits de la défense : le travailleur a-t-il le droit d'être entendu ? », in S. GILSON (coord.), *Discipline et surveillance dans la relation de travail*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 131-162.

³⁹ Voy., par exemple, en matière de pension, C.A., 11 janvier 2006, n° 4/2006.

⁴⁰ La seconde question ne fait pas référence à la situation particulière des agents statutaires. La Cour constitutionnelle a néanmoins implicitement considéré que le tribunal, comme dans sa première question, l'invitait à comparer la situation des agents contractuels à celle des agents statutaires. Elle ne pouvait d'initiative décider d'adopter un autre angle de comparaison, en se fondant sur l'absence de précision de la seconde question. La mise à jour de cette imprécision l'aurait d'ailleurs amenée à devoir déclarer la question irrecevable.

⁴¹ C. trav. Liège, 22 décembre 2010, *Chron. D.S.*, 2013, p. 368. Voy. également, dans le même sens, C. trav. Liège, 24 juin 2009, *J.T.T.*, 2010, p. 13.

comparée à celle des agents statutaires s'agissant « *des conditions dans lesquelles ces personnes peuvent être valablement privées de leur emploi* »⁴², elle devrait *a fortiori* reconnaître que, sur ce point, la situation des travailleurs œuvrant dans le secteur privé lui est également comparable⁴³. L'application de l'adage *audi alteram partem* aux seuls travailleurs du secteur public pourrait cependant être justifiée par la nature particulière de l'employeur qui les emploie⁴⁴. Le critère est incontestablement objectif et la justification de la distinction apparaît en filigrane des motifs de l'arrêt commenté, qui indiquent que le principe « *s'impose à l'autorité publique en raison de sa nature particulière, à savoir qu'elle agit nécessairement en tant que gardienne de l'intérêt général et qu'elle doit statuer en pleine connaissance de cause lorsqu'elle prend une mesure grave liée au comportement ou à la personne de son destinataire* »⁴⁵. Du reste, la différence de traitement entre salariés du secteur public et du secteur privé est tempérée par la possibilité dont disposent les juridictions du travail de sanctionner les situations où l'absence d'audition préalable doit être jugée abusive, sur la base de l'abus de droit ou de l'article 16 de la loi du 3 juillet 1978. En cela, il nous semble qu'elle pourrait être considérée comme proportionnée.

11. En conclusion, par son arrêt du 6 juillet dernier, il nous semble difficilement contestable que la Cour constitutionnelle condamne radicalement la solution adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt du 12 octobre 2015. Il devient désormais clair que les autorités publiques doivent procéder à l'audition de tous leurs travailleurs, y compris leurs agents contractuels, avant de procéder à la rupture de la relation de travail, à tout le moins lorsque celle-ci est justifiée par un motif lié à la personne ou au comportement de ceux-ci. Sur ce terrain, le match nous paraît avoir irrémédiablement tourné en faveur des promoteurs du droit à l'audition préalable. Il faut néanmoins rappeler que la Cour se prononçait en l'espèce dans le cadre d'un licenciement basé sur l'article 37 de la loi du 3 juillet 1978. La question de l'extension de l'obligation d'audition au licenciement pour motif grave reste donc, et sans doute plus que jamais, ouverte. D'autre part, même si l'arrêt permet d'envisager un pronostic, la Cour ne s'est pas prononcée sur le caractère éventuellement discriminatoire de la reconnaissance du droit à l'audition préalable aux agents contractuels de la fonction publique, à l'égard des salariés du secteur privé. Certains estiment d'ailleurs que cette question doit être examinée dans un cadre plus large, à la lumière notamment de l'arrêt prononcé le 19 juillet 2012 par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *K.M.C. contre Hongrie*⁴⁶. La compétition se poursuit donc sur d'autres terrains avec, en perspective, un match en déplacement à Strasbourg ?

Jonathan DE WILDE D'ESTMAEL
Maître de conférences à l'U.L.B.
Avocat au barreau de Namur

⁴² Arrêt commenté, point B.3.

⁴³ Voici quelques décisions dans lesquelles la Cour a déjà accepté de procéder à une telle comparaison : C.A., 10 juin 1998, n° 65/98 (travail intérimaire) ; C.A., 27 juin 1996, 38/96 (entre enseignants des différents réseaux) ; C.A., 16 novembre 2000, n° 116/2000 (cotisation de modération) ; C.A., 8 mai 2001, n° 64/2001 (accidents du travail). *Contra* : C.A., 22 décembre 1993, n° 88/93 (pension) ; C. trav. Bruxelles, 10 décembre 2003, *J.T.T.*, 2005, p. 185 (motivation du licenciement).

⁴⁴ S. GILSON, Fr. LAMBINET et Z. TRUSGNACH, Les obligations particulières de l'employeur public lors du licenciement des travailleurs contractuels, op. cit., p. 97.

⁴⁵ Point B.7., paragraphe 2.

⁴⁶ Sur cette question, voy. notamment Fr. LAMBINET et S. GILSON, « Le droit social belge du licenciement est-il conforme aux exigences du procès équitable posées par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *K.M.C. c. Hongrie* ? L'audition préalable au licenciement et la motivation du congé en question », in P. GOSSERIES et M. MORSA (sous la direction de), *Le droit du travail au XXI^e siècle, Liber amicorum Claude Wantiez*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 373-422 ; Trib. trav. Liège, div. Dinant, 26 juin 2015, R.G. n° 13/1485, inédit. *Contra* : A. CASTADOT, « Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public » (deuxième partie), *J.T.T.*, 2017, pp. 23-24 ; Trib. trav. fr. Bruxelles, 25 février 2016, R.G. n° 14/8647/A, inédit.