

décisions judiciaires est un pas qui n'a pas encore été franchi. Rien ne s'oppose toutefois à ce qu'un raisonnement similaire à ce qui se passe avec la déontologie journalistique soit exécuté pour cette problématique bien particulière.

Il est désormais évident que ces deux disciplines ne sont pas hermétiques l'une par rapport à l'autre. On peut alors se poser la question de savoir si le phénomène décrit ci-dessus a pour conséquence d'augmenter le terrain du droit public ou, au contraire, s'il n'a pas plutôt pour conséquence un élargissement constant des frontières du droit privé, par le fait même que le droit privé doit désormais traiter de questions qui lui échappaient, voire même, échappaient à tout droit³⁴. À première lecture, on pourrait considérer que le droit public étend son champ d'application dès lors qu'il tend à « s'incruster » dans une procédure privatiste. Cela étant, nous estimons qu'une telle question n'est peut-être pas tout à fait pertinente, celle-ci partant du postulat que droit public et droit privé s'affrontent et s'opposent. La grille de lecture que nous avons mise en exergue démontre que le droit public et le droit privé fonctionnent de concert afin de proposer des solutions juridiques cohérentes et adaptées. La *summa divisio* reste un concept pertinent à partir du moment où l'on accepte que la frontière qu'elle trace est poreuse et perméable.

Une autorité publique prend-elle une décision administrative lorsqu'elle décide de licencier un membre de son personnel contractuel ?

François BELLEFLAMME

Assistant à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Avocat au barreau de Bruxelles

Hadrien DASNOY

Assistant à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Avocat au barreau de Bruxelles

Conseiller juridique à l'Association de la Ville et des Communes de Bruxelles

1. Les relations contractuelles de l'autorité publique font coexister, dans des opérations complexes, deux types d'actes très différents : d'une part, des décisions unilatérales de cette autorité et, d'autre part, des contrats dans lesquels cette autorité se retrouve pratiquement sur un pied d'égalité avec ses cocontractants ou, en tout cas, tenue de respecter les droits subjectifs que ses cocontractants peuvent puiser dans ces contrats. Peut-être encore davantage que les marchés publics, les contrats de travail noués par l'autorité publique constituent dès lors un lieu privilégié pour étudier les influences croisées du droit public et du droit privé : on bascule, au gré des notifications, d'un type d'acte à l'autre, et le droit public et le droit du travail observent ainsi la même opération, mais chacun par un versant, avec ses habitudes et avec ses concepts propres. Nous avons essayé, dans cette contribution, de construire un véritable dialogue pour comprendre les points de vue opposés, s'il n'était pas possible de les concilier.

L'occasion de ce dialogue fut une série d'arrêts récents de nos trois juridictions suprêmes. La question qui leur était posée était de savoir si l'autorité publique devait respecter, à l'occasion du licenciement d'un membre de son personnel contractuel¹, la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle

³⁴ J.-P. MARCUENAUD, « Les droits fondamentaux : nouvelle frontière du droit privé européen ? », in *Les frontières du droit privé européen/The Boundaries of European Private Law*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 50. Sur cet étagement des frontières du droit privé qui semble affoler certains privatistes, voy. not. les développements du même auteur sur l'extrême fécondité de l'article 8 de la CEDH et de l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à ladite Convention aux pages 54 et suivantes de la même contribution.

¹ Nous devons laisser de côté, dans le cadre limité qui nous est imparti, la question des règles qui président sur l'autorité publique quand elle fait usage de son pouvoir disciplinaire sur les membres de son personnel contractuel. Il semble cependant, à première vue, que les deux questions se posent de manière similaire.

des actes administratifs et le principe général du droit *Audi alteram partem* ou d'audition préalable. À l'époque où les règles ont été consacrées en droit administratif, des obligations de motivation ou d'audition préalable étaient inexistantes ou embryonnaires en droit du travail, et la tentation était forte de faire appel aux règles de droit administratif. La doctrine et la jurisprudence s'étaient largement divisées sur le sujet, pour l'essentiel entre le Nord et le Sud du pays. Les néerlandophones considéraient plutôt que l'autorité publique qui licenciat agissait comme un employeur privé quelconque et devait être traitée comme telle, tandis que les francophones considéraient plutôt que l'autorité publique demeurait essentiellement une autorité administrative². Cette controverse a fait l'objet, au cours des trois dernières années, de divers arrêts qui sont sans doute décisifs, et qui permettent également de préciser la nature des actes qui interviennent dans le processus de licenciement.

Dans une première étape, nous présenterons ces arrêts dans leur contexte (Chapitre 1). Nous rappellerons de quelle manière le champ d'application des normes en cause est défini en droit public ; nous évoquerons la jurisprudence de la Cour constitutionnelle à propos des divers types de relations de travail ; et, enfin, nous nous arrêterons à l'enseignement de ces arrêts eux-mêmes. Nous verrons que des règles de motivation et d'audition préalable pèsent en effet dans une certaine mesure sur l'autorité publique qui licencie un membre de son personnel contractuel. Dans une deuxième étape, nous examinerons comment la méconnaissance de ces règles est sanctionnée aujourd'hui en droit du travail (Chapitre 2). Nous soulignerons qu'à ce stade, il n'est question que d'indemnités ; nous étudierons les fondements juridiques sur la base desquels ces

² W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ (collab. A. TACHON, F. KURZ et M. DEPREZ), *Compendium social – Droit du travail 2018-2019*, t. I, Wahlenlo, Kluwer, 2018, pp. 2325 et s. ; L. MARKEY et J. JACOMAIN, « Le droit du travail dans la fonction publique », in L. DEAR et E. PLASSCHAERT (coord.), *Le contrat de travail revisité à la lumière du XXI^e siècle*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 563 et s. ; V. VOYISTREK et S. DE SOMER, « Motivation formelle et licenciement des agents contractuels du secteur public : voyage en eaux troubles », *Rev. dr. commun.*, 2017, n° 1, p. 17 ; P. JOASSART et M. SOLAREUX, « L'application des principes généraux de droit administratif aux fonctionnaires et contractuels de la fonction publique », in S. BEN MESSAOUD et F. VASEUR (coord.), *Les principes généraux de droit administratif. Actualités et applications pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 968 ; V. VOYISTREK et S. DE SOMER, « Le licenciement des agents contractuels et le principe *Audi alteram partem* : la Cour constitutionnelle se fait entendre », *A.P.*, 2017, n° 3, p. 205 ; A. CASTAÑO, « Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public », *J.T.T.*, n° 1265, 2017 ; T. STEVENAARD et N. LAMARECHT, « Le licenciement d'un agent contractuel de la fonction publique n'est pas un acte administratif », *Chron. D.S.*, 2016, p. 397 ; P. JOASSART et N. BONBLED, « Les principes généraux de bonne administration en droit social », in P.-O. DE BROUX, B. LOMBAERT et F. TUKENS (dir.), *Actualité des principes généraux en droit administratif, social et fiscal*, Limal, Anthemis, 2015, p. 99 ; A. HACHEZ et P. VANNAVERAERE (coord.), *La rupture du contrat de travail : entre harmonisation et discrimination*, Limal, Anthemis, 2015, p. 79 ; F. LAMBINET et S. GILSON, « De la nécessité de l'audition préalable au congé à l'égard des contractuels de la fonction publique », *Chron. D.S.*, 2013, p. 339 ; T. STEVENAARD, « Le licenciement des agents contractuels de la fonction publique », in P. LEVERT et B. LOMBAERT (dir.), *Droit et contentieux de la fonction publique – 10 années d'actualité*, Paris, EFR, 2013, pp. 299 et s. ; T. STEVENAARD, « Le licenciement des agents contractuels des collectivités locales », *Rev. dr. commun.*, 2003, n° 4, p. 47.

indemnités sont octroyées ; et nous observerons les montants qui sont octroyés en pratique par les juridictions du travail. Enfin, dans une troisième étape, nous nous demanderons s'il n'est pas possible de concevoir des sanctions plus efficaces (Chapitre 3). À cet effet, nous développerons d'abord de manière détaillée les raisons pour lesquelles il est généralement considéré, en droit du travail, qu'aucune remise en cause du congé n'est envisageable. Nous examinerons ensuite ce qu'il en est quand le congé est donné par une autorité administrative.

Chapitre 1

Les règles de droit administratif de motivation et d'audition dans le cadre du licenciement d'un membre du personnel contractuel d'une autorité publique

Section 1

Les règles de motivation formelle et d'audition préalable et leur champ d'application

2. De longue date, il fut considéré en droit administratif qu'aucun acte administratif n'était régulier s'il ne reposait pas sur des motifs réels, pertinents et admissibles. Cette règle était fondée par la doctrine sur un principe général de droit de la motivation matérielle et même sur l'article 1131 du Code civil, qui énonce que l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet³. La loi du 29 juillet 1991 a transposé cette règle de validité interne en règle de validité externe en prescrivant, dans le cas des actes à portée individuelle, qu'ils fassent l'objet d'une motivation formelle, laquelle doit être adéquate et consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision.

Le principe *Audi alteram partem*⁴, de son côté, oblige l'autorité administrative à entendre un administré, et spécialement un de ses agents statutaires, avant toute

³ C. CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, p. 260 (Cyr Cambier parle de « cause », et non de « motif ») et J. LAUMORTE, « Les principes généraux du droit administratif dans la jurisprudence administrative », in B. BLERO (éd.), *Le Conseil d'État de Belgique, cinquante ans après sa création*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 636. N. Bonbled et P. Joassart se sont étonnés que la doctrine et la jurisprudence se focalisent sur l'application du principe d'audition préalable alors que le principe général des droits de la défense était également envisageable (et qu'il n'est pas, quant à lui, susceptible de dérogation comme peut l'être le principe d'audition préalable) (P. JOASSART et N. BONBLED, « Les principes généraux de bonne administration en droit social », *op. cit.*, p. 99). La question mérite certainement d'être étudiée. S'agissant pour l'essentiel de commenter les arrêts de la Cour de cassation et de la Cour constitutionnelle relatifs à l'applicabilité du principe d'audition préalable, et sachant qu'a priori, la question de l'applicabilité des divers principes généraux du droit administratif se posait de la même manière, nous ne traiterons cependant pas de cette question.

mesure grave, tout particulièrement si elle est fondée sur son comportement⁵. Le principe d'audition préalable ne doit pas être entendu comme une obligation purement formelle ; mais le travailleur doit être matériellement en mesure de faire valoir ses observations : il convient de lui indiquer clairement pour quel motif son licenciement est envisagé ; il convient qu'il ait accès au dossier sur lequel ces motifs sont fondés ; il convient qu'il dispose d'un délai raisonnable pour préparer sa défense ; il convient qu'il puisse se faire accompagner ; il convient qu'il puisse faire entendre des témoins ; etc. Le Conseil d'État juge parfois, en fonction des circonstances, que des observations écrites peuvent suffire à satisfaire au principe ; il est toutefois douteux que cela suffise dans des circonstances où il est envisagé de retirer un emploi⁶. Enfin, le travailleur doit comparaître même malade pourvu qu'il soit en « sorties autorisées » ; en revanche, un problème se pose si le travailleur ne peut pas sortir de chez lui ou si, même s'il peut sortir, son médecin atteste qu'il n'est pas en état de comparaître : dans de telles circonstances, un employeur conserve en principe le pouvoir de licencier, mais une procédure à l'endroit d'un agent statutaire serait en principe suspendue⁷.

3. S'agissant du champ d'application de ces normes, la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs dispose que « les actes des autorités administratives [...] doivent faire l'objet d'une motivation formelle », étant entendu que l'acte administratif est défini comme « l'acte juridique unilatéral de portée individuelle émanant d'une autorité administrative et qui a pour but de produire des effets juridiques à l'égard d'un ou de plusieurs administrés ou d'une autre autorité administrative », et que l'autorité administrative est définie comme « les autorités administratives au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État »⁸. De même, les juridictions ont développé la catégorie des principes généraux du droit administratif et des principes de bonne administration, tels que le principe d'impartialité, les principes des droits de la défense et d'audition préalable,

le principe du raisonnable ou encore le principe du délai raisonnable, et elles font application de ces principes pour contrôler l'action des autorités administratives ; c'est donc au regard du concept d'autorité administrative que le champ d'application de ces principes doit être défini⁹.

Il convient de rappeler que la notion d'autorité administrative est celle au regard de laquelle avaient été définies historiquement les attributions du Conseil d'État. L'article 14 des lois coordonnées du 12 janvier 1973 attribuait à la Section d'administration le pouvoir de statuer sur les recours en annulation formés contre les actes et règlements des diverses autorités administratives ou contre les décisions contentieuses administratives. En outre, la Constitution, à ses articles 160 et 161, définit essentiellement le Conseil d'État comme une juridiction administrative. L'interprétation de cette notion a donné lieu depuis des décennies à d'intenses controverses doctrinales et jurisprudentielles pour déterminer jusqu'où s'étendait la compétence du Conseil d'État, non seulement pour les actes des entités qui étaient organiquement inscrites dans l'orbite des pouvoirs publics, mais également pour les actes des « services publics fonctionnels ». On pourra se limiter à rappeler ici que si, dans le premier cas, le Conseil d'État est en principe toujours compétent, dans le second cas, il n'est en revanche compétent que pour connaître des actes qui expriment une certaine faculté de lier les tiers.

4. L'ensemble de ces règles est mis en œuvre comme un régime cohérent. D'une part, la nature propre des autorités administratives justifie qu'il leur soit imposé des contraintes particulières, certains types de contrôles, des exigences de motivation particulières, des principes généraux du droit administratif, etc. Déjà en 2001, la Cour constitutionnelle développait la conception de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs, que nous retrouverons ci-après au cœur de notre sujet. L'obligation de motivation formelle prévue par ces dispositions a pour objet d'informer l'administré, alors même qu'une décision n'est pas attaquée, des raisons pour lesquelles l'autorité administrative l'a prise, ce qui lui permet d'apprécier s'il y a lieu d'introduire les recours qui lui sont offerts. En imposant la motivation formelle, la loi n'a pas pour objet l'organisation et le mode de fonctionnement de l'administration, mais la protection de l'administré. Elle est de nature à renforcer le contrôle juridictionnel sur les actes administratifs, consacré par l'article 159 de la Constitution et organisé par l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État¹⁰. La Cour constitutionnelle a tenu le même

⁵ V. Vuylsteke et S. De Somer font remarquer que le champ d'application de ce principe a pu être étendu même à des mesures défavorables qui n'étaient pas fondées sur le comportement de l'administré (V. Vuylsteke et S. De Somer, « Le licenciement des agents contractuels et le principe *Audi alteram partem* : la Cour constitutionnelle se fait entendre », *op. cit.*, p. 205).

⁶ Voy. toutefois C.E. (8^e ch. réf.), 9 novembre 2004, *Cabolet*, n° 137.129.

⁷ P. JOASSART et N. BONALD, « Les principes généraux de bonne administration en droit social », *op. cit.*, p. 101 et L. MARKEY et J. JACQUAIN, « Le droit du travail dans la fonction publique », *op. cit.*, pp. 563 et s. Voy., cependant, une application plus sévère du principe en droit du travail, citée in V. VUYLSTEKE et S. DE SOMER, « Le licenciement des agents contractuels et le principe *Audi alteram partem* : la Cour constitutionnelle se fait entendre », *op. cit.*, p. 212.

⁸ X. DELGRANGE et B. LOMBAERT, « La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs : questions d'actualité », in P. JADOU et S. VAN DROOCHENBERGHECQ (dir.), *La motivation formelle des actes administratifs*, Bruxelles, la Charte, 2005, p. 36 ; M. PILCER, « L'obligation de motivation des décisions des ASBL exerçant une mission d'intérêt général ou de service public, son champ d'application et ses implications », *Non-marchand/Economie sociale*, 2008, Dossier n° 6, pp. 203 et s.

⁹ D. DÉOM, « Enseignement libre et autorité administrative : dis-moi oui, dis-moi non », *A.P.T.*, 2004, p. 99 ; C.E. (6^e ch. vac. réf.), 11 juillet 2008, *Hemmer*, n° 185.378.

¹⁰ C.C., 8 mai 2001, n° 55/2001, B.2 et B.4. Voy. également C.C., 18 octobre 2001, n° 128/2001. La Cour constitutionnelle a d'ailleurs pu se référer exactement à cet égard aux objectifs annoncés lors des travaux préparatoires de la loi (C.C., 18 mai 2011, n° 85/2011, B.3.1.).

raisonnement *a contrario*, plus récemment, à propos de la « boucle administrative » instaurée devant une juridiction administrative flamande, c'est-à-dire une procédure par laquelle cette juridiction recevait le pouvoir, en présence d'un acte administratif, non seulement de l'annuler, mais aussi d'offrir à l'autorité de réparer ou de faire réparer le vice qui affecte l'acte dans un délai que cette juridiction fixerait. La Cour a jugé qu'autoriser l'autorité à fournir devant la juridiction administrative la motivation d'un acte qui ne serait pas formellement motivé porterait atteinte au droit que la loi du 29 juillet 1991 garantissait à tout administré de prendre immédiatement connaissance des motifs qui justifient la décision, et que l'obligation de motivation formelle, qui doit permettre à l'administré d'apprécier s'il y a lieu d'introduire les recours dont il dispose, manquerait son objectif si cet administré ne parvenait à connaître les motifs qui justifient la décision qu'après qu'il a introduit un recours¹¹. De même, la Cour constitutionnelle juge qu'une autorité administrative doit en règle générale respecter les principes de bonne administration¹².

D'autre part, la Cour constitutionnelle a contrôlé, par une abondante jurisprudence, que les limites de la notion d'« autorité administrative » elle-même n'entraînent pas des discriminations dans la protection juridictionnelle dont bénéficiaient certaines catégories d'agents publics ; à plusieurs reprises, la Cour a déclaré inconstitutionnelle l'absence de recours au Conseil d'État pour des agents des services publics qui se trouvaient dans une situation comparable à celle des agents du pouvoir exécutif, mais qui relevaient, par exemple, d'organes du pouvoir législatif ou de juridictions. La Cour constitutionnelle a dû, dans ce cadre, vérifier si des discriminations n'apparaissent pas du point de vue de la protection juridictionnelle des administrés¹³. En raison de ces arrêts, le champ des attributions du Conseil d'État a été étendu et comprend aujourd'hui le pouvoir de statuer sur les recours formés contre les actes et règlements, non seulement des diverses autorités administratives, mais également des assemblées parlementaires, de leurs organes collatéraux ainsi que des juridictions¹⁴ ; dans le cadre de ce contrôle, le Conseil d'État a ensuite

mis en œuvre, notamment, la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs¹⁵, les droits de la défense¹⁶, le principe *Audi alteram partem*¹⁷, les principes de sécurité juridique et de proportionnalité¹⁸, les principes de bonne administration et en particulier le principe du délai raisonnable¹⁹, etc.

5. Or le Conseil d'État refuse de connaître des contrats, fussent-ils passés par des autorités administratives. On enseigne généralement que ce refus repose sur deux considérations. D'une part, un contrat n'est pas un acte unilatéral, mais un acte pluriilatéral dont, souvent, un ou plusieurs auteurs ne sont pas des autorités administratives. D'autre part, un contrat est un tissu de droits subjectifs et les articles 144 et 145 de la Constitution réservent au pouvoir judiciaire le pouvoir de statuer sur les contestations qui ont pour objet des droits subjectifs. Pour ces motifs, le Conseil d'État juge que seules les juridictions judiciaires peuvent connaître de la validité d'un contrat. Le Conseil d'État accepte éventuellement de détacher du contrat la décision par laquelle l'autorité administrative a décidé de le conclure, pour examiner la validité de cette décision séparément de celle du contrat, mais sans que l'annulation éventuelle de cette décision de contracter ne puisse remettre en cause l'existence du contrat. Encore convient-il d'ajouter immédiatement que le Conseil d'État ne peut se reconnaître compétent sur ce point, suivant la jurisprudence déjà évoquée, qu'à l'égard d'une autorité administrative organique, et non à l'égard d'une autorité administrative fonctionnelle. Par ailleurs, une fois le contrat conclu, le Conseil d'État considère que les décisions de l'autorité administrative ne constituent en principe que l'exécution de ce contrat et que le contrôle de ces décisions n'appartient en principe qu'aux juridictions judiciaires ; le Conseil d'État n'accepte que de manière exceptionnelle de connaître de la validité d'une décision de résilier le contrat, lorsque cette

¹¹ C.C., 8 mai 2014, n° 74/2014, B.9.5. Voy. également C.C., 16 juillet 2015, n° 103/2015, par lequel la Cour a censuré l'instauration d'un mécanisme similaire dans la procédure devant le Conseil d'État, et C.C., 29 octobre 2015, n° 152/2015, s'agissant d'autres juridictions administratives flamandes. La Cour a cependant aussi admis ultérieurement que les garanties qui découlent de la loi du 29 juillet 1991 n'étaient pas méconnues s'il était prévu que toute personne intéressée pourrait introduire un recours devant la juridiction administrative

¹² P. ex., l'impartialité (C.C., 29 octobre 2003, n° 141/2003 ; voy. également C.C., 17 janvier 2007, n° 14/2007).

¹³ Voy. not. les arrêts de la Cour constitutionnelle n° 31/1996, n° 6/2001, n° 46/2001, n° 54/2001, n° 3/2002, n° 54/2002, n° 63/2002, n° 17/2004, n° 89/2004, n° 186/2006, n° 27/2009, n° 106/2009, n° 136/2009, n° 79/2010, n° 36/2011 et n° 161/2011.

¹⁴ Art. 14, § 1^{er}, al. 1^{er} : « Si le contentieux n'est pas attribué par la loi à une autre juridiction, la Section statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à

peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements : 1° des diverses autorités administratives ; 2° des assemblées législatives ou de leurs organes, en ce compris les médiateurs institués auprès de ces assemblées, de la Cour des comptes et de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et des juridictions administratives ainsi que des organes du pouvoir judiciaire et du Conseil supérieur de la justice, relatifs aux marchés publics, aux membres de leur personnel, ainsi qu'au recrutement, à la désignation, à la nomination dans une fonction publique ou aux mesures ayant un caractère disciplinaire. »

¹⁵ C.E. (8^e ch.), 28 novembre 2011, *Daillet*, n° 216.507 ; C.E. (8^e ch.), 30 novembre 2005, *Devos*, n° 152.046 ; C.E. (11^e ch.), 8 janvier 2013, *Reverez*, n° 22.1954. Le Conseil d'État a d'abord hésité sur l'application de la loi du 29 juillet 1991 aux agents des assemblées ; l'interprétation littérale de cette loi ne pouvait pas être écartée d'emblée, même si elle posait nombre de questions tenant aux intentions du législateur et à la compatibilité de l'interprétation littérale avec les articles 10 et 11 de la Constitution (C.E. [8^e ch.], 27 novembre 2002, *Verheyden*, n° 112.975).

¹⁶ C.E. (8^e ch.), 20 juin 2011, *Martens*, n° 214.006, et C.E. (8^e ch. réf.), 14 décembre 2010, *Drugman*, n° 209.760.

¹⁷ C.E. (11^e ch.), 8 janvier 2013, *Reverez*, n° 22.1954 ; C.E. (8^e ch. réf.), 23 juin 2011, *Reverez*, n° 214.086 ; C.E. (8^e ch.), 16 décembre 2005, *Hanappe*, n° 152.869.

¹⁸ C.E. (11^e ch.), 19 mars 2012, *Reverez*, n° 218.540.

¹⁹ C.E. (8^e ch. réf.), 18 janvier 2011, *Reverez*, n° 210.491 ; C.E. (8^e ch. réf.), 23 juin 2011, *Reverez*, n° 214.086.

décision est l'expression non d'un pouvoir conféré en vertu du contrat, mais d'un pouvoir extérieur au contrat dont l'autorité administrative dispose en tout cas pour garantir le respect de l'intérêt général.

Il en va en particulier ainsi en ce qui concerne les contrats de travail, d'autant plus qu'en vertu de l'article 578, 1^o, du Code judiciaire, les contestations relatives au contrat de travail, à sa conclusion, à son exécution, au refus de le renouveler ou à la décision d'y mettre fin relèvent de la compétence du tribunal du travail²⁰. Le Conseil d'État ne peut bien entendu pas se prononcer sur la légalité d'un contrat de travail²¹. Le Conseil d'État a accepté de connaître de l'acte détachable que constitue la décision d'une autorité administrative de procéder au recrutement d'un membre du personnel par voie contractuelle²². Il est cependant incompétent de manière générale pour connaître des décisions des services publics fonctionnels en matière de contrats d'emploi. Le Conseil d'État est également incompétent pour connaître des décisions implicites ou explicites que l'autorité administrative aurait prise à propos des droits, du statut ou du salaire qu'elle devrait reconnaître aux membres de son personnel contractuel²³, ou à propos de la promotion d'un

²⁰ C.E. (8^e ch.), 9 mai 2008, *Ville d'Uttignies*, n° 182.814.

²¹ C.E. (8^e ch. réf.), 5 octobre 2006, *Adamopoulos*, n° 163.263.

²² C.E. (8^e ch.), 11 octobre 2000, *Moras*, n° 90.162 ; C.E. (8^e ch.), 7 novembre 2001, *Raepers*, n° 100.559 ; C.E. (8^e ch.), 6 mars 2006, *Michel*, n° 155.922 ; C.E. (8^e ch.), 3 avril 2006, *Baumann-Bellekens*, n° 157.291 ; C.E. (8^e ch. réf.), 12 mars 2007, *Vircké*, n° 168.788 ; C.E. (8^e ch.), 1^{er} février 2012, *Detock*, n° 217.647 ; C.E. (8^e ch.), 24 avril 2012, *Dumont*, n° 219.034 ; C.E. (8^e ch.), 21 mai 2012, *Harrison*, n° 219.405 ; C.E. (8^e ch. réf.), 29 juin 2012, *Dembour*, n° 220.130 ; C.E. (Ass. gén.), 4 mars 2016, *Goedeels*, n° 234.03 ; C.E. (8^e ch.), 3 octobre 2016, *Libert*, n° 235.940 ; C.E. (8^e ch.), 22 décembre 2017, *Cuvellier*, n° 240.300. Le Conseil d'État n'est pas compétent pour se prononcer sur le sort du contrat de travail en cas d'annulation, mais il juge qu'il ne peut *a priori* pas être exclu qu'à la suite d'un arrêt d'annulation, l'autorité, dont le consentement aurait par hypothèse été vicié, tire les conséquences de l'arrêt et décide de soumettre au tribunal la résolution du contrat (C.E. (8^e ch.), 3 avril 2006, *Baumann-Bellekens*, n° 157.291). Encore convient-il d'ajouter que, dans certains cas, à la lumière de dispositions particulières, le Conseil d'État put juger que même une désignation dans le cadre d'un contrat de travail ne relevait pas de sa compétence (C.E. [13^e ch.], 10 juillet 2008, *Bougard*, n° 185.337 ; C.E. (8^e ch.), 8 octobre 2015, *Wilfrus*, n° 232.485).

²³ C.E. (6^e ch.), 22 septembre 1999, *Brylka*, n° 82.355 ; C.E. (8^e ch. réf.), 3 février 2005, *Gailloy*, n° 140.179 ; C.E. (11^e ch.), 27 mars 2012, *Vroye*, n° 218.672 ; C.E. (8^e ch. réf.), 29 mars 2013, *Goedart*, n° 223.086 ; C.E. (8^e ch.), 17 juin 2013, *Brosteaux et crts*, n° 223.925 ; C.E. (6^e ch. réf.), 6 janvier 2016, *Cauwé*, n° 233.413 ; C.E. (8^e ch.), 27 avril 2017, *Thirion*, n° 238.032. Il en va de même en ce qui concerne les procédures disciplinaires (C.E. (8^e ch.), 2 mai 2010, *Mossamba*, n° 203.712) ou de suspension préventive (C.E. (8^e ch. réf.), 23 mai 2013, *Gaillanne*, n° 223.577). Dans le cas particulier des enseignants du réseau libre subventionné, qui sont employés par des A.S.B.L. d'initiative privée dans le cadre d'un contrat de travail, même si ce contrat de travail échappe au champ d'application de la loi du 3 juillet 1978, mais qui présente un service public fonctionnel, le Conseil d'État avait accepté, au milieu des années 1990, de connaître de décisions de conversion de grade, en dépit de ce caractère indéniablement contractuel de la relation de travail. Ces arrêts développaient une argumentation assez convaincante pour admettre la qualité d'autorité administrative dès qu'une personne morale de droit privé est chargée d'une mission d'intérêt général. La motivation de ces arrêts pouvait, en outre, recevoir une interprétation très large, en particulier dans tous les cas où les enseignants disposent d'un recours devant une chambre de recours organisée par la Communauté française (C.E. (4^e ch.), 4 juin 1997, *Joye et Gees*, n° 66.563) (Voy. également C.E., 24 mars 1989, n° 32.320 ; C.E. (4^e ch.), 5 juin 1996, *Joye et Gees*, n° 59.902 ; C.E. (4^e ch.), 1^{er} juillet 1997, *Geirnaert, Labarque et Chabot*, n° 67.239 ; C.E. (4^e ch.), 8 juillet 1997, *Oversteyns*,

collègue du requérant dans les liens d'un contrat de travail²⁴. La décision de rompre unilatéralement le contrat de travail ne constitue pas un acte détachable de celui-ci ; l'objet véritable d'un recours contre cette décision de rupture concerne la reconnaissance de droits subjectifs ; et le Conseil d'État est incompétent pour connaître d'un recours à son égard²⁵.

Section 2

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle relative aux relations de travail nouées par les autorités publiques

6. La Cour constitutionnelle avait déjà été conduite à juger par le passé des situations respectives des agents statutaires et des membres du personnel contractuel des services publics organiques ou fonctionnels ou encore de pures personnes privées. On peut imaginer à cet égard de comparer diverses catégories. Il y a les agents statutaires, qui sont en principe au service des personnes de droit public. Il y a les membres du personnel contractuel des personnes administratives (toutes les autorités administratives ne sont pas nécessairement des personnes de droit public, mais toutes sont en principe soumises à un

n° 67.690 ; C.E. [12^e ch.], 22 février 2000, *Oversteyns*, n° 85.523). Cependant, conformément aux principes qui ont été évoqués ci-dessus, la Cour de cassation a jugé que le Conseil d'État excédait ses attributions en se jugeant compétent pour connaître d'une décision de détachement d'un enseignant dans le réseau libre (Cass., 6 septembre 2002, *Katholieke Universiteit Leuven*, R.G., n° C.02.0177.N ; la Cour de cassation juge que le Conseil d'État est incompétent dès qu'un litige concerne l'exécution d'un contrat de travail [Cass., 18 décembre 1997, C.97.0248.N, disponible sur www.juridat.be ; Cass., 6 septembre 2002, C.02.0177.N, disponible sur www.juridat.be ; Cass., 28 octobre 2005, C.05.0109.I, disponible sur www.juridat.be]). Nous verrons plus loin que la Cour constitutionnelle a, de son côté, jugé cette situation admissible au regard des articles 10 et 11 de la Constitution. Le Conseil d'État se déclare dès lors à présent incompétent, également dans cette hypothèse (C.E. [Ass. gén.], 6 février 2001, *Missortan*, n° 93.104 ; C.E. [12^e ch.], 18 décembre 2001, *Dewos*, n° 101.932, et C.E. [12^e ch.], 17 septembre 2002, *Dewos*, n° 110.316) ; voy. également, sur cette question, J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 454-455 et les nombreuses références citées, et J. JACOMAIN, « Les membres subsidiaires du personnel de l'enseignement libre subventionné : le statut qui n'existe pas ? », R.C.J.B., 1999, pp. 774-775). Toute différence est évidemment la question de savoir si, dans un cas particulier, le travailleur qui se plaint relève du personnel statutaire ou du personnel contractuel.

²⁴ C.E. (8^e ch. réf.), 29 décembre 2004, *Morimont*, n° 138.898 ; voy. cependant C.E. (8^e ch.), 21 juin 2016, *Denis*, n° 235.161.

²⁵ C.E. (6^e ch.), 18 septembre 1996, *Cuppens*, n° 61.875 ; C.E., 11 octobre 1996, *Gilbert*, n° 62.522 ; C.E. (6^e ch.), 13 novembre 1996, *Gagneaux*, n° 63.046 ; C.E. (6^e ch.), 2 juillet 1997, *Poitevin*, n° 67.289 ; C.E. (8^e ch. réf.), 22 mai 2002, *Nkundwa*, n° 106.815 ; C.E. (Ass. gén.), 23 juin 2004, *Hendrix*, n° 132.915 ; C.E. (8^e ch. réf.), 2 septembre 2004, *Kalenga Kamiki*, n° 134.487 ; C.E. (8^e ch. réf.), 27 juin 2006, *Godfrinon*, n° 160.637 ; C.E. (8^e ch.), 30 novembre 2007, *Ponthieu*, n° 177.491 ; C.E. (8^e ch.), 7 décembre 2007, *Kabongo*, n° 177.660 ; C.E. (8^e ch.), 22 janvier 2008, *Michotte*, n° 178.821 ; C.E. (8^e ch. réf.), 16 janvier 2009, *Gangoux*, n° 189.521 ; C.E. (6^e ch. vac. réf.), 2 août 2012, *Ricciuti*, n° 220.402 ; C.E. (8^e ch. réf.), 6 mai 2014, *Goedeels*, n° 227.285 ; C.E. (8^e ch.), 13 janvier 2015, *Délaud*, n° 229.788 ; C.E. (8^e ch. réf.), 29 octobre 2015, *Boyse dit Dauriac*, n° 232.790 ; C.E. (Ass. gén.), 4 mars 2016, *Goedeels*, n° 234.035.

régime qui comprend la loi sur la motivation formelle des actes administratifs, les principes généraux du droit administratif et de bonne administration, et le contrôle du Conseil d'État). Il y a, enfin, les travailleurs contractuels en général. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle ne contient pas de comparaison systématique des régimes respectifs de ces différentes catégories, mais on peut, en revanche, en retirer quelques exemples.

7. Parfois, la Cour constitutionnelle a regardé les agents sous statut et les membres du personnel contractuel comme des catégories comparables. Un bon exemple est celui de la responsabilité civile des travailleurs. La Cour constitutionnelle a eu à constater, sur question préjudicielle, qu'en ce qui concerne la responsabilité civile résultant d'une faute légère occasionnelle, le législateur avait établi une différence de traitement entre les membres du personnel statutaire occupés par les pouvoirs publics, d'une part, et les travailleurs contractuels en général, d'autre part. Les premiers étaient davantage exposés au risque d'une action récursoire de l'employeur visant au remboursement du dédommagement payé par celui-ci à des tiers. Les articles 1382 et suivants et 1251, 3^o, du Code civil permettaient en effet aux pouvoirs publics d'initier une action récursoire contre le membre de leur personnel statutaire lorsqu'à la suite d'une faute légère occasionnelle commise par celui-ci dans le cadre de ses fonctions, lesdits pouvoirs avaient indemnisé la victime du dommage dont cet agent avait été déclaré responsable, tandis que l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 limite la responsabilité civile du travailleur, lié par un contrat de travail, aux seuls cas de dol, de faute lourde et de faute légère habituelle. Cette différence de traitement, qui n'avait d'ailleurs pas été défendue devant la Cour, n'a pas été jugée justifiée étant donné la similitude des relations de travail comparées, notamment sous l'angle de la subordination juridique²⁶.

Il en allait en particulier ainsi dans le domaine de l'enseignement. Comme on le sait, l'enseignement est structuré en trois réseaux, un réseau officiel directement organisé par la Communauté française, un réseau officiel organisé par les collectivités locales et subventionné par la Communauté française et un réseau libre organisé par des ASBL d'initiative privée et subventionné par la Communauté française. Les situations juridiques des membres du personnel de ces trois réseaux sont réglées par des dispositions très proches et ils sont en principe tous payés par la Communauté française ; cependant, les membres du

personnel des deux premiers réseaux sont nommés dans le cadre d'un régime statutaire, tandis que les membres du personnel du réseau libre sont recrutés dans le cadre d'un contrat de travail. À plusieurs reprises, la Cour constitutionnelle fut dès lors conduite à se prononcer en particulier sur des différences qui subsistaient entre ces divers régimes. Encore davantage que pour les membres du personnel des services publics en général, la similitude des situations rend certaines différences de traitement difficiles à justifier. La Cour constitutionnelle a ainsi eu l'occasion de constater que la limitation de responsabilité du personnel sous contrat de travail en ce qui concernait la faute légère occasionnelle présentait le même caractère discriminatoire entre agents statutaires de l'un des deux réseaux officiels et membres du personnel contractuel du réseau libre²⁷.

8. Parfois, la Cour constitutionnelle a regardé en particulier les membres du personnel contractuel des autorités publiques comme une catégorie comparable aux travailleurs sous contrat de travail en général. Il faut évoquer ici le problème qui s'est posé au moment de l'adoption de la loi du 26 décembre 2013 concernant l'introduction d'un statut unique entre ouvriers et employés. Cette loi était adoptée pour remédier à un constat d'inconstitutionnalité prononcé par la Cour constitutionnelle, notamment à propos de l'article 63 de la loi relatif au licenciement abusif, en ce qu'il ne trouvait à s'appliquer qu'aux ouvriers²⁸. La loi du 26 décembre 2013 prévoyait que cette disposition cesserait de s'appliquer, en ce qui concerne les employeurs qui relèvent du champ d'application de la loi du 5 décembre 1968, à partir de l'entrée en vigueur d'une convention collective de travail conclue au sein du Conseil national du travail et, en ce qui concerne les autres employeurs, à partir de l'entrée en vigueur d'un régime analogue. Dans le premier cas, la convention collective fut la CCT n° 109. Cependant, le secteur public relève non de la loi du 5 décembre 1968, mais du régime de négociation collective de la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités ; et un régime analogue n'y était pas introduit. Autrement dit, le droit du travail avait évolué et un licenciement y était dorénavant soumis à une véritable exigence de motivation²⁹. Saisie d'une question préjudicielle, la Cour constitutionnelle, non seulement constata la persistance dans le secteur public de l'inconstitutionnalité qu'elle avait déjà constatée, ce qui était prévisible, mais, encore, jugea que les juridictions

C.C., 18 décembre 1996, n° 77/96, B.3 et B.4. La loi fut d'ailleurs modifiée à la suite de cet arrêt (cf. art. 2 de la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques, M.B., 27 février 2003). Inversement, c'est l'absence de lien d'autorité qui justifie que la même limitation de responsabilité ne soit pas prévue pour les administrateurs (C.C., 4 mars 2008, n° 36/2008). Par ailleurs, la Cour n'a, en revanche, pas jugé que cette différence dans l'étendue de la responsabilité entre agents statutaires et travailleurs contractuels à l'époque emportait des effets disproportionnés du point de vue de la victime (C.C., 17 février 2009, n° 20/2009).

C.C., 9 février 2000, n° 19/2000 et C.C., 28 janvier 2003, n° 17/2003. Cependant, les enseignants du secteur public sont comparés dans le premier arrêt aux enseignants de l'enseignement « privé » et, dans le second arrêt, aux enseignants de l'enseignement « libre », alors que ces derniers ne sont en principe pas soumis à la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail ni, partant, à l'article 18 de ladite loi qui reprend cette disposition exonératoire de responsabilité.

C.C., 18 décembre 2014, n° 187/2014.

Voy., à propos de l'évolution parallèle des deux régimes, A. HACHEZ et P. VANHAYENBEKE, « La motivation du licenciement. Discrimination secteur privé versus secteur public », *op. cit.*, p. 79.

du travail devaient en attendant, pour combler cette lacune, « garantir sans discrimination les droits de tous les travailleurs du secteur public en cas de licenciement manifestement déraisonnable, en s'inspirant, le cas échéant, de la convention collective de travail n° 109 »³⁰. Autrement dit, la catégorie des travailleurs contractuels du secteur public et celle des travailleurs contractuels du secteur privé étaient jugées à ce point comparables que le régime de l'un devait être appliqué à l'autre par analogie.

9. Parfois, la Cour constitutionnelle a admis la distinction entre les travailleurs du secteur public en général et les travailleurs du secteur privé. Ainsi, le lien qui unit les pouvoirs publics et les membres de leur personnel (contractuels ou statutaires) justifie qu'une distinction soit faite, dans le cadre d'une convention internationale conclue en vue de prévenir la double imposition, entre les personnes qui sont employées par des personnes publiques et celles qui sont employées par des personnes privées³¹. Ainsi encore, il y a le régime applicable en matière d'accidents du travail. Sont soumis non à la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail, mais à une loi particulière du 3 juillet 1967³², non seulement les agents statutaires, mais également les membres du personnel sous contrat de travail d'une série de services publics organiques ou même seulement fonctionnels³³. La Cour a rappelé que « le législateur a rejeté l'idée d'une extension pure et simple du régime du secteur privé au secteur public en égard aux caractéristiques particulières propres à chaque secteur, en particulier, d'une part, le fait que la situation juridique des fonctionnaires est généralement de nature réglementaire, alors que l'emploi dans le secteur privé est de nature contractuelle, et, d'autre part, la circonstance que les fonctionnaires sont chargés de tâches d'intérêt général, ce qui n'est pas le cas des travailleurs du secteur privé » ; elle en a déduit : « Dès lors que les différences objectives entre les deux catégories de travailleurs justifient qu'ils soient soumis à des systèmes différents, il est admissible que la comparaison trait pour trait des deux systèmes fasse apparaître des différences de traitement, tantôt dans un sens, tantôt dans l'autre, sous la réserve que chaque règle doit être conforme à la logique du système auquel elle appartient »³⁴.

10. Mais, le plus souvent, il faut bien reconnaître que la Cour constitutionnelle a validé les différences de traitement entre les agents statutaires et les membres du personnel contractuel des autorités publiques. Par exemple, la

Cour a énoncé, à propos d'une disposition qui imposait que les sociétés de logement de service public fût recruté sous contrat de travail, que le principe d'égalité et de non-discrimination n'imposait pas qu'un statut juridique identique soit accordé à toute personne qui travaille au sein des services publics³⁵. Par ailleurs était clairement posée la question des spécificités du statut public qui ne pourraient pas être maintenues, nonobstant le souci de ne pas porter atteinte aux droits acquis : avis de la Section de législation, protection organisée par la loi du 19 septembre 1974 ; possibilité d'introduire un recours devant le Conseil d'État. Dans un autre exemple, à propos du régime de pension du personnel administratif et ouvrier des universités libres, sensiblement moins favorable que celui du personnel des universités de l'État, la Cour constitutionnelle a rappelé la différence de situation entre services publics organiques et personnes morales de droit privé qui assument une fonction de service public, et entre membres du personnel dans un rapport statutaire ou bien dans un rapport contractuel de droit privé. Elle a ajouté, en outre, que cette différence de situation devait être mise en relation avec la liberté d'enseignement, qui implique la liberté, pour le pouvoir organisateur, de choisir son personnel, ce qui justifie que le recrutement du personnel se fasse par contrat³⁶. Par exemple encore, la Cour constitutionnelle a admis les différences en matière de statut syndical. Il n'est pas discriminatoire que le mode de scrutin en vigueur dans les commissions paritaires de l'enseignement libre requière l'unanimité, alors que les commissions paritaires de l'enseignement officiel peuvent statuer à la majorité³⁷ : « Dans l'enseignement officiel subventionné, les pouvoirs organisateurs et les membres du personnel représentés dans les commissions paritaires appartiennent au secteur public et les décisions prises au sein de ces commissions constituent des compléments d'un statut de droit public. Dans l'enseignement libre subventionné, les pouvoirs organisateurs et les membres du personnel représentés dans les commissions paritaires – même si une part importante de leurs obligations et droits respectifs est fixée par le législateur décréteil – se trouvent dans une relation de travail de droit privé et les décisions prises au sein de ces commissions sont des compléments d'un régime de droit privé » (B.8.1) ; « La caractéristique d'un statut de droit public est d'être fixé unilatéralement, le cas échéant, après négociation ou concertation. La caractéristique d'une relation de travail de droit privé est d'être fixée dans un contrat en vertu duquel un travailleur s'engage contre rémunération à fournir un travail sous l'autorité de l'employeur, sans préjudice

³⁰ C.C., 30 juin 2016, n° 101/2016, B.7.3.

³¹ C.C., 30 juin 2011, n° 117/2001.

³² Loi du 3 juillet 1967 sur la réparation des dommages résultant des accidents du travail, des accidents survenus sur le chemin du travail et des maladies professionnelles dans le secteur public, M.B., 10 août 1967.

³³ P. ex., les membres du personnel des établissements d'enseignement subventionnés – art. 1^{er} de la loi.

³⁴ C.C., 8 mai 2001, n° 64/2001 ; voy. également C.C., 20 février 2002, n° 40/2002 et C.C., 8 mai 2013, n° 62/2013.

³⁵ C.C., 23 mars 2005, n° 64/2005, B.5.2 ; voy. également C.C., 11 juin 2008, n° 89/2008 (où la Cour admet néanmoins l'idée que les différences dans les règles de recrutement ne peuvent pas créer des différences de traitement injustifiables entre personnes de droit public).

³⁶ C.C., 1^{er} juin 2005, n° 97/2005, B.7 et B.8.

³⁷ C.C., 8 février 1996, n° 10/96.

des dispositions impératives fixées par le législateur compétent » (B.8.2). Pour des raisons similaires, la Cour constitutionnelle a admis que la protection des représentants du personnel diffère dans l'un et l'autre contexte³⁸.

Spécialement en ce qui concerne les recours ouverts en cas de licenciement, la Cour constitutionnelle a jugé que les situations respectives des agents sous statut et des employés sous contrat de travail n'étaient pas comparables. Au sujet du fait que la représentation par délégué syndical est possible devant les juridictions du travail, mais non devant le Conseil d'État, la Cour a jugé qu'en raison des différences entre les deux recours, qui portent sur la nature des droits en cause, sur l'objet du contentieux et sur la portée des décisions, le principe d'égalité n'imposait pas au législateur d'adopter des dispositions identiques³⁹. Au sujet du fait que les enseignants des réseaux officiels disposent d'un recours devant le Conseil d'État, alors que les enseignants du réseau libre introduisent leur recours devant les juridictions du travail, la Cour a constaté et admis la différence de traitement dans des termes identiques à ceux que nous venons de citer à propos de la différence de régimes de pension. Elle a également énoncé que l'article 144 de la Constitution attribue à la compétence exclusive des juridictions judiciaires les litiges qui ont pour objet des droits civils et qu'en tant qu'ils désignent, nomment et licencient les membres de leur personnel, les pouvoirs organisateurs de l'enseignement libre ne sont pas des autorités administratives et ne relèvent donc pas de la compétence du Conseil d'État, de telle sorte que la différence de traitement trouve sa justification dans la Constitution elle-même⁴⁰. La Cour constitutionnelle a même laissé entendre que la liberté d'enseignement impliquait, dans le cas d'un établissement d'enseignement libre, le pouvoir de licencier ; elle a également jugé que les différences entre les deux régimes n'étaient pas disproportionnées dès lors que, si le membre du personnel de l'enseignement libre dispose d'un recours devant le tribunal du travail, le membre du personnel de l'enseignement officiel est protégé par la loi du 29 juillet 1991 et les principes généraux du droit⁴¹.

11. De manière générale, il ne nous semble pas que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle permettrait de définir un régime de droit public qui répondrait *a priori* à une série de caractéristiques et qui serait soumis à une série de règles ; au contraire, la Cour se prononce à chaque fois sur le respect du principe d'égalité au regard du seul objet de la norme détectée à son contrôle.

Section 3

Les exigences d'audition préalable et de motivation formelle dans le cadre du licenciement d'un employé contractuel d'une autorité publique

12. C'est dans ce contexte de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle que doivent être replacés les arrêts par lesquels il a été statué récemment sur l'application des règles de motivation formelle et d'audition préalable dans un cas de licenciement d'un travailleur contractuel par une personne de droit public. Ainsi que nous l'avons déjà dit, une controverse s'était développée sur la question de savoir si la décision de licenciement adoptée par une autorité publique devait être prise dans le respect des règles d'audition préalable et de motivation formelle. Dès lors qu'une telle décision n'était pas considérée comme un acte administratif au regard des lois coordonnées sur le Conseil d'État, pouvait-on considérer qu'elle l'était au regard des autres règles citées ?

13. En 2015, la Cour de cassation eut à statuer sur un pourvoi dirigé contre un arrêt rendu par la Cour du travail de Gand, à propos de la demande de dommages et intérêts introduite par un travailleur licencié par la Ville d'Ostende. Réformant le jugement de première instance, la Cour du travail de Gand avait octroyé 2.500 euros à titre de dommages et intérêts pour la méconnaissance de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et pour la méconnaissance des principes généraux de bonne administration, en particulier le principe d'audition préalable. La Ville d'Ostende avait saisi la Cour de cassation.

L'avocat général Vanderlinden fut d'avis que l'arrêt attaqué devait être cassé. Dans son raisonnement, il calqua l'application des principes en cause sur les règles qui régissent les attributions du Conseil d'État. Lorsque l'autorité décide de conclure un contrat de travail, elle prend une décision formelle à cet effet qui peut être détachée du contrat, qui est soumise au contrôle du Conseil d'État et qui doit être conforme aux exigences de la loi du 29 juillet 1991. Au-delà de l'étape de la conclusion du contrat, l'autorité quitterait la sphère du droit public pour entrer dans celle du droit des contrats à l'instar de tout autre employeur. Dans ce nouveau contexte, la loi du 29 juillet 1991 ne trouverait pas à s'appliquer. L'avocat général Vanderlinden se référerait à cet égard aux travaux préparatoires de la loi du 29 juillet 1991, qui avaient assoupli les nouvelles exigences de motivation formelle qui étaient instaurées au contexte des relations hiérarchiques des relations unilatérales et impératives, des relations d'autorité entre autorité administrative et administré. Le législateur n'avait pas l'intention de régir les relations contractuelles. Dans le cadre des relations contractuelles, ce sont les stipulations du contrat elles-mêmes qui

³⁸ C.C., 19 janvier 2005, n° 9/2005.

³⁹ C.C., 20 avril 2005, n° 74/2005, B.6.2 et B.6.3 ; voy. également C.C., 30 juin 2005, n° 115/2005.

⁴⁰ C.C., 17 juin 1999, n° 66/99, B.3 et B.4 ; voy. également C.C., 29 mars 2000, n° 34/2000, B.5.5 et B.5.6 ; C.C., 8 mai 2002, n° 87/2002, B.4.

⁴¹ C.C., 22 mars 2012, n° 49/2012.

protègent les deux parties. Le congé est un droit contractuel indépendant de la nature privée ou publique de l'employeur. De même, puisque l'autorité qui conclut un contrat de travail quitte sa position d'autorité pour devenir une partie au contrat, il n'y a plus de justification à soumettre son action aux principes de bonne administration.

La Cour de cassation fit sien ce raisonnement⁴² : « Ainsi que le révèlent les travaux préparatoires de la loi, il ne résulte pas de ces dispositions [les articles 1^{er} et 2 de la loi du 29 juillet 1991] qu'une autorité administrative qui informe un travailleur qu'elle met fin au contrat de travail existant entre eux est tenue de motiver expressément ce licenciement. [...] Les règles relatives à la cessation des contrats de travail à durée indéterminée prévue par ces dispositions légales [les articles 32, 37 et 39 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail] n'obligent pas un employeur à entendre un travailleur avant de procéder à son licenciement. Il ne peut être dérogé en vertu d'un 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 »⁴³.

14. Le Conseil d'État tint à son tour le même raisonnement. Une intercommunale avait licencié un membre de son personnel contractuel, mais la décision de licenciement avait été annulée par les autorités de tutelle au motif, notamment, que le travailleur avait été licencié en raison de son comportement sans avoir été entendu au préalable, en méconnaissance du principe général *Audi alteram partem*. L'intercommunale demandait l'annulation de cette décision de tutelle devant le Conseil d'État. Son deuxième moyen était pris de la violation des articles 10, 11 et 24 de la Constitution, des principes d'égalité et de non-discrimination, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des articles 37 et 39 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail et des principes généraux de bonne administration. Elle soutenait, en substance, que la mesure

⁴² Cass., 12 octobre 2015, *Ville d'Ostende*, R.C. n° S.13.0026.N, concl. Av. gén. VANDERLINDEN, disponible sur www.juridat.be.

⁴³ En ce qui concerne l'exigence de motivation formelle, certains auteurs se sont demandé si les autorités publiques en étaient exonérées seulement dans le cadre du courrier de licenciement, ou également dans le cadre de la décision préalable de licenciement (S. GILSON, F. LAMAINET et Z. TRUSCHNACH, *Les obligations particulières de l'employeur public lors du licenciement des travailleurs contractuels. Les méandres de la doctrine et de la jurisprudence à la croisée des droits administratif et social*, Limal, Anthems, 2016, pp. 67 et s. ; L. MARKER et J. JACOMAIN, « Le droit du travail dans la fonction publique », *op. cit.*, pp. 563 et s.). En principe, la loi du 29 juillet 1991 régit la rédaction de l'acte administratif et non sa notification (X. DETORANCE et B. LOMBART, « La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs : questions d'actualité », *op. cit.*, pp. 66-68). En revanche, la Cour de cassation évoque l'information du travailleur qui, en droit du travail, fait partie du congé. Nous reviendrons sur cette discordance qui découle, nous semble-t-il, de ce que les deux disciplines du droit administratif et du droit du travail ne parlent pas de la même chose.

de licenciement n'était pas un acte administratif, mais un acte de droit privé, qu'un employeur n'était pas une autorité administrative au sens de la loi du 29 juillet 1991, et que la loi du 3 juillet 1978 n'imposait pas l'audition préalable du travailleur licencié. Elle ajoutait que raisonner autrement serait source d'inégalité entre travailleurs contractuels du secteur public et du secteur privé. Le Conseil d'État accueillit ce moyen en se référant purement et simplement à l'arrêt de la Cour de cassation⁴⁴ : « Considérant que l'applicabilité de la loi du 29 juillet 1991, précitée, et des principes généraux de bonne administration au licenciement d'un agent contractuel occupé par un employeur du secteur public a longtemps fait l'objet d'une controverse ; que la Cour de cassation y a cependant mis un terme par un arrêt du 12 octobre 2015 (S.13.0026.N/1) ; que la Cour y affirme que ni la loi du 29 juillet 1991 précitée, ni les principes généraux de bonne administration et plus particulièrement celui de l'audition préalable, ne s'appliquent au licenciement d'un agent contractuel occupé par un employeur du secteur public ; qu'elle précise enfin qu'un principe général de bonne administration ne saurait faire obstacle à l'application des dispositions de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, qui n'imposent pas à l'employeur d'entendre le travailleur préalablement à son licenciement ; que c'est donc à tort que la partie adverse a estimé que le principe *Audi alteram partem* imposait, en l'espèce, à la requérante d'entendre l'intervenant avant de procéder à son licenciement ; que le moyen est dès lors fondé. »

15. Comme on le sait, l'histoire ne s'arrêta cependant pas là. La Cour constitutionnelle eut depuis lors à se prononcer à trois reprises sur cette problématique, toujours sur question préjudicielle d'une juridiction du travail.

Dans la première affaire, il lui était demandé si les articles 32 et 37 de la loi du 3 juillet 1978, interprétés comme faisant obstacle au droit du travailleur employé par une autorité publique⁴⁵ à être entendu préalablement à son licenciement, violaient les articles 10 et 11 de la Constitution, alors que ce droit est garanti aux agents statutaires ; et si, interprétés en sens contraire, ils violaient les articles 10 et 11 de la Constitution⁴⁶. La Cour jugea d'abord que les deux catégories citées étaient bien comparables, s'agissant de déterminer les formes dans lesquelles elles pouvaient être privées de leur

⁴⁴ C.E. (8^e ch.), 27 septembre 2016, *srl IEC*, n° 235.871. En s'alignant sur l'interprétation de la Cour de cassation, le Conseil d'État revenait ainsi sur la position qu'il avait adoptée antérieurement (C.E. [8^e ch.], 10 février 2004, *CPAS de Houyet*, n° 127.986).

⁴⁵ La question ne reprenait clairement ni le concept d'autorité administrative – utilisé par la Cour de cassation et définissant le champ d'application du principe *Audi alteram partem* – ni celui de personne publique – qui est, en principe, requis pour nommer du personnel dans un lien statutaire.

⁴⁶ L'article 32 de la loi du 3 juillet 1978 prévoit que les contrats de travail prennent fin, sans préjudice des modes généraux d'extinction des obligations, par l'expiration du terme, par l'achèvement du travail en vue duquel le contrat a été conclu, par la volonté de l'une des parties, par la mort du travailleur ou par la force majeure. L'article 37 régle, en outre, la résiliation du contrat moyennant préavis.

emploi. Faisant référence de manière implicite à sa jurisprudence antérieure, elle rappela que les spécificités que présente le statut par rapport au contrat de travail peuvent s'analyser selon le cas comme des avantages (stabilité d'emploi, régime de pension) ou des désavantages (loi du changement, devoir de discrétion et de neutralité, régime en matière de cumul ou d'incompatibilité). Ces spécificités ne doivent toutefois être prises en considération que par rapport à l'objet et à la finalité des dispositions en cause. Le principe *Audi alteram partem* « 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 et entière connaissance de cause lorsqu'elle prend une mesure grave liée au comportement ou à la personne de son destinataire ». La différence objective entre la relation de travail statutaire et la relation de travail contractuelle ne peut dès lors justifier, pour les agents d'une autorité publique, une différence de traitement dans l'exercice du droit garanti par ce principe⁴⁷. La Cour ajouta qu'inversement, dans l'interprétation contraire, les articles 32 et 37 ne violent pas les articles 10 et 11 dès lors qu'ils ne créent plus de différence de traitement⁴⁸.

Il est à noter que la notion utilisée d'« autorité publique » évitait les incertitudes dont sont affectées les notions d'« autorité administrative » ou de « personne de droit public », évoquées plus haut ; cependant, cette notion n'est pas franchement moins ambiguë. Nous relèverons seulement que c'est la notion retenue pour définir le champ d'application des régimes de négociation collective du secteur public⁴⁹. La loi du 19 décembre 1974, en particulier, prévoit à son article premier que le régime qu'elle institue peut être étendu au personnel, pour l'essentiel des services publics organiques : administrations et autres services de l'État, y compris les services qui assistent le pouvoir judiciaire, ainsi que les personnes morales de droit public dépendant de l'État ;

administrations et autres services des gouvernements des Communautés et des Régions, en ce compris les personnes morales de droit public qui en dépendent et les établissements d'enseignement ; établissements d'enseignement subventionnés créés par la Commission communautaire française ; provinces, communes et autres organismes provinciaux et locaux et établissements publics subordonnés aux communes.

Dans une deuxième affaire, les mêmes questions étaient posées à la Cour constitutionnelle à propos de l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978, relatif au licenciement pour motif grave. Cette disposition posait une difficulté particulière en ce qu'elle énonçait que « [l]e congé pour motif grave ne peut plus être donné sans préavis ou avant l'expiration du terme, lorsque le fait qui l'aurait justifié est connu de la partie qui donne congé, depuis trois jours ouvrables au moins ». Sans surprise, la Cour constitutionnelle y apporta la même réponse⁵⁰. Elle ajouta seulement que l'obligation d'entendre le travailleur avant de le licencier n'était pas incompatible avec le délai de trois jours imparti pour donner congé pour motif grave, considérant la jurisprudence de la Cour de cassation suivant laquelle le délai pour licencier ne prenait cours dans un tel cas qu'à partir de l'audition⁵¹.

La doctrine s'est demandé comment concilier les arrêts de la Cour de cassation et ceux de la Cour constitutionnelle⁵² : la première a autorisé pour indiquer l'interprétation qui s'impose, mais la seconde a déclaré cette interprétation contraire à la Constitution. Cette hésitation nous paraît cependant très théorique. D'une part, l'un des corollaires du principe d'égalité est que le juge est toujours tenu de retenir d'un texte de droit l'interprétation conforme aux normes supérieures⁵³. D'autre part, l'arrêt par lequel la Cour constitutionnelle se prononce sur une question préjudicielle est revêtu d'une

⁵⁰ C.C., 22 février 2018, n° 22/2018.

⁵¹ Il convient dès lors de considérer que l'autorité publique ne peut acquiescer à une certitude suffisante quant à l'existence d'un motif grave qu'après avoir entendu le membre du personnel concerné à ce sujet (V. VUVISTEKE et S. DE SOMER, « La Cour constitutionnelle se prononce sur l'application du principe *Audi alteram partem* en cas de licenciement pour motif grave », *A.R.*, 2018, n° 1-2, p. 88 ; L. MARKEV et J. JACOMAIN, « Le droit du travail dans la fonction publique », *op. cit.*, pp. 589-590). Cette analyse semblait déjà être celle des juridictions du travail avant les arrêts des juridictions supérieures qui sont commentés ici (V. VUVISTEKE et S. DE SOMER, « Le licenciement des agents contractuels et le principe *Audi alteram partem* : la Cour constitutionnelle se fait entendre », *op. cit.*, p. 213). On peut également suggérer, lorsque l'autorité compétente est un organe collégial de convoquer le membre du personnel à la réunion où il sera informé du dossier, qui sera également le point de départ du délai de trois jours imparti pour licencier pour motif grave (P. JOUSSAERT et N. BONBLET, « Les principes généraux de bonne administration en droit social », *op. cit.*, p. 105). Tout en évitant, autant que possible, de prêter le flanc à la critique de se livrer à des manœuvres dilatoires...

⁵² V. VUVISTEKE et S. DE SOMER, « Le licenciement des agents contractuels et le principe *Audi alteram partem* : la Cour constitutionnelle se fait entendre », *op. cit.*, p. 205 ; L. MARKEV et J. JACOMAIN, « Le droit du travail dans la fonction publique », *op. cit.*, pp. 590 et s.

⁵³ R. ENGEC, « Le principe de légalité à l'épreuve des principes de bonne administration », note sous Cass., 4 septembre 1995, *R.C.J.B.*, 1998, p. 5.

⁴⁷ C.C., 6 juillet 2017, n° 86/2017.

⁴⁸ La Cour n'avait pas été interrogée sur la différence de traitement qui apparaît, dans ce cas, entre les travailleurs contractuels licenciés par une personne publique et les travailleurs contractuels licenciés par une personne privée. Il est cependant permis de penser qu'elle ne recommanderait pas, comme conforme à la Constitution, une interprétation qui pourrait être considérée comme contraire à la Constitution si elle était regardée sous un autre angle (voy., sur cette question, avant l'arrêt de la Cour constitutionnelle : F. LAMBINET et S. GILSON, « De la nécessité de l'audition préalable au congé à l'égard des contractuels de la fonction publique », *op. cit.*, p. 345).

⁴⁹ Loi du 23 avril 2010 portant exécution temporaire de l'organisation des relations entre les autorités publiques et les syndicats du personnel militaire, *M.B.*, 7 mai 2010 ; loi du 25 avril 2007 organisant les relations entre les autorités publiques et les organisations syndicales des greffiers de l'Ordre judiciaire, les référendaires près la Cour de cassation, et les référendaires et juristes de parquet près les cours et tribunaux, *M.B.*, 2 juillet 2007 ; loi du 17 mars 2004 organisant les relations entre les autorités publiques et les organisations syndicales du personnel des services extérieurs de la Sécurité de l'État, *M.B.*, 2 avril 2004 ; loi du 11 juillet 1978 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats du personnel militaire, *M.B.*, 18 août 1978 ; loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités, *M.B.*, 24 décembre 1974.

autorité renforcée de chose jugée ; tout juge qui serait ultérieurement saisi de la même question de droit à propos des mêmes dispositions devrait en principe se conformer à la solution donnée par la Cour dans son arrêt⁵⁴. Il s'en déduit que, si un juge considérait, à l'avenir, et à la suite de la Cour de cassation, qu'il doit interpréter les articles 32 et 37 de la loi du 3 juillet 1978 comme s'opposant à l'application du principe d'audition préalable, il devrait dans le même mouvement écarter ces deux dispositions en ce qu'elles contiendraient une telle interdiction. Du reste, il nous semble que depuis l'arrêt de la Cour constitutionnelle, les juges du travail se sont rangés à son enseignement. Et quoi qu'il en soit, il convient bien entendu de conseiller aux autorités publiques de toujours procéder à une audition à l'avenir.

S'agissant d'appliquer par analogie le principe général qui protège les agents statutaires, pour prévenir toute discrimination, ce principe général devrait être mis en œuvre par les juridictions du travail dans des termes similaires à ceux par lesquels il est déjà consacré dans la jurisprudence du Conseil d'État, et il nous semble que tel est effectivement le cas⁵⁵.

Dans une troisième affaire, il fut demandé à la Cour si la loi du 29 juillet 1991, interprétée en ce sens qu'elle ne s'appliquerait pas au licenciement des « contractuels de la fonction publique »⁵⁶, violait les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'elle ne permettrait pas au travailleur occupé sous contrat de travail de connaître les motifs ayant présidé à la décision de licenciement qui s'impose à lui, alors que le travailleur statuaire lié à un même employeur peut, quant à lui, exiger de pouvoir prendre connaissance des raisons à l'origine de la rupture de la relation statutaire. À nouveau, la Cour jugea les catégories en cause comparables, s'agissant dans les deux cas de déterminer les conditions dans lesquelles ces personnes peuvent être valablement privées de leur emploi. Elle constatait que l'interprétation qui lui était soumise créait une différence de traitement et elle rappelait une nouvelle fois que les spécificités du statut créent tantôt des avantages, tantôt des désavantages, étant entendu que ces spécificités doivent être en rapport avec l'objet et la finalité des dispositions en cause. À cet égard, la Cour concluait, au contraire de ce qu'elle avait jugé à propos du

principe *Audi alteram partem*, que la diversité des situations justifie les différences de traitement : en substance, l'agent statuaire auquel son emploi est retiré peut introduire un recours devant le Conseil d'État dans un délai de soixante jours et doit donc connaître les motifs de la décision dans ce délai, tandis que le travailleur contractuel dispose d'un délai d'un an après la cessation du contrat pour introduire un recours devant le tribunal du travail, ce qui lui permet de demander à l'employeur de lui communiquer les motifs de son licenciement⁵⁷. La Cour rappelait à cet égard ce qu'elle avait déjà jugé par son arrêt n° 101/2016 du 30 juin 2016, que nous avons déjà évoqué ci-avant. Autrement dit, compte tenu de la carence persistante du législateur, la Cour constitutionnelle répétait qu'il appartient au juge du fond de prévenir toute discrimination en appliquant une convention collective par analogie.

Cet arrêt en sens contraire des deux premiers a pu être prévu⁵⁸, nous semble-t-il, pour trois raisons au moins. D'abord, le champ d'application de la loi du 29 juillet 1991 est défini par une loi écrite, tandis que le champ d'application d'un principe général du droit administratif peut être défini en définitive par le juge qui découvre la norme. Ensuite, l'application de la loi du 29 juillet 1991 au problème qui nous occupe avait toujours été plus contestée, spécialement au nord du pays. Enfin, c'est un fait qu'entre-temps, les exigences de motivation d'un licenciement étaient devenues plus sévères en droit du travail général, non seulement pour les motifs que nous avons déjà évoqués, mais également sous la pression du droit international⁵⁹, et que la comparaison entre les agents statutaires et les membres du personnel contractuel était certainement moins choquante au regard des règles de motivation que ce qu'elle était au regard des règles d'audition préalable⁶⁰.

⁵⁴ C.C., 5 juillet 2018, n° 84/2018.

⁵⁵ Il faut souligner la clarté de la jurisprudence de V. Vuysteke et S. De Somer qui avaient prévu le sens de cet arrêt (V. Vuysteke et S. De Somer, « Le licenciement des agents contractuels et le principe *Audi alteram partem* : la Cour constitutionnelle se fait entendre », *op. cit.*, p. 215). Voy. également R. Donohoe, « L'absence d'application de la loi du 29 juillet 1991 aux travailleurs APE ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution », *Solamews*, octobre 2018, p. 5.

⁵⁶ Art. 7 de la Convention n° 158 de l'OIT du 22 juin 1982 ; art. 30 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; art. 24 de la Charte sociale européenne révisée ; Cour eur. D.H., K.M.C. v. Hungary, 10 juillet 2012, *Chron. D.S.*, 2013, p. 399.

⁵⁷ Pour une comparaison systématique des deux régimes : L. Marker et J. Jacquemais, « Le droit du travail dans la fonction publique », *op. cit.*, pp. 563 et s. En ce qui concerne la motivation, les différences apparaissent, en effet, très limitées, sous la seule réserve de la possibilité, dans le cadre du droit du travail, de compléter les motifs du licenciement après celui-ci et jusque devant le juge. En ce qui concerne l'audition préalable, c'est un fait qu'elle ne restait imposée avec certitude que dans le cadre des principes généraux du droit administratif. V. Vuysteke et S. De Somer relèvent toutefois que certaines juridictions du travail ont pu juger qu'il y aurait une obligation d'audition préalable également dans le cadre de la loi du 3 juillet 1978, fondée sur le principe d'exécution de bonne foi des conventions ou sur le contrôle du caractère raisonnable des motifs du licenciement (V. Vuysteke et S. De Somer, « Le licenciement des agents contractuels et le principe *Audi alteram partem* : la Cour constitutionnelle se fait entendre », *op. cit.*, pp. 208-209 ; voy. aussi L. Marker et J. Jacquemais, « Le droit du travail dans la fonction publique », *op. cit.*, pp. 581-582).

⁵⁴ Plus précisément, si, dans un litige, une norme de niveau législatif est suspectée des mêmes inconstitutionnalités que celles sur lesquelles la Cour constitutionnelle a déjà été interrogée à l'occasion d'une précédente procédure préjudicielle, le juge n'a que le choix d'appliquer la solution donnée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt ou de l'interroger à nouveau s'il subsiste un doute (M.-F. Ricaux et B. Renaud, *La Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 186 ; J. de Wilde et Estmael, « L'audition préalable au licenciement dans le secteur public : un parout ? », *J.L.M.B.*, 2017, n° 36, p. 1704).

⁵⁵ L. Marker et J. Jacquemais, « Le droit du travail dans la fonction publique », *op. cit.*, pp. 563 et s. Voy. cependant, une application plus sévère du principe en droit du travail, citée in V. Vuysteke et S. De Somer, « Le licenciement des agents contractuels et le principe *Audi alteram partem* : la Cour constitutionnelle se fait entendre », *op. cit.*, p. 212.

⁵⁶ La juridiction du travail utilisait un nouveau vocabulaire, aux contours moins bien définis, et qui rend délicate une comparaison rigoureuse avec les arrêts précédents.

Nous ajouterons cependant deux commentaires. D'une part, un lien est généralement établi, en droit administratif, entre les exigences d'audition préalable et de motivation formelle. L'autorité administrative doit pouvoir démontrer qu'elle a réellement tenu compte, au moment de prendre sa décision, des observations formulées par l'administré dans le cadre de son audition. Il y a donc un des corollaires du principe d'audition préalable qui n'est pas repris au terme des arrêts de la Cour constitutionnelle. D'autre part, les considérations décisives de la Cour constitutionnelle dans son arrêt sur la motivation formelle valent pour les actions au fond devant le tribunal du travail, mais non pour les actions en référé, qui doivent être introduites en urgence et ne souffrent pas de retard.

Chapitre 2

La sanction des irrégularités qui entachent le licenciement, devant les juridictions du travail

16. La violation de l'obligation de motivation formelle des actes administratifs ou du principe général d'audition préalable a pour conséquence, en droit administratif, l'annulation de la décision prise en contrariété avec ces obligations. En vertu de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, un acte administratif peut, entre autres, être annulé en raison de la violation des « formes substantielles ». Les formes substantielles sont les formes qui soit touchent à l'ordre public, soit sont organisées, au moins en partie, au profit des administrés⁶¹. Il est admis que tant l'obligation de motivation formelle des actes administratifs que le principe d'audition préalable sont des formes substantielles⁶². L'obligation de motivation formelle poursuit en effet trois objectifs : permettre au citoyen de connaître les motifs qui sous-tendent la décision le concernant ; obliger l'administration à justifier sa décision et à exposer son raisonnement ; faciliter le contrôle juridictionnel des motifs des actes administratifs⁶³. De même, le principe d'audition préalable, en tant qu'il est appliqué à une mesure prise par l'administration en raison du comportement personnel de l'administré, vise, d'une part, à permettre à l'autorité d'acquiescer une connaissance exacte de la situation qu'elle est appelée à examiner et, d'autre part, à permettre à l'administré de faire valoir ses moyens de défense

dans ce cadre⁶⁴. Selon les termes récurrents de la Cour du travail de Bruxelles, « [l']audition préalable a pour but de permettre à l'autorité de prendre sa décision en connaissance de cause, de manière réfléchie et impartiale. Elle doit également offrir à l'agent une chance d'implémenter la décision envisagée. L'obligation de motivation poursuit également l'objectif de permettre à l'autorité de prendre sa décision en connaissance de cause, de manière réfléchie et impartiale. En effet, la rédaction consciencieuse d'une motivation exige de son auteur qu'il confronte la décision qu'il a l'intention de prendre aux pièces du dossier et qu'il la soumette aux exigences de rigueur et d'impartialité du raisonnement⁶⁵ ». Eu égard à leurs objectifs, il ne fait aucun doute que tant l'obligation de motivation formelle des actes administratifs que le principe d'audition préalable favorisent, au moins partiellement, les intérêts des administrés.

Transposé en droit du travail, le raisonnement administrativiste impliquerait par conséquent de considérer le licenciement – ou, plus précisément, le congé – comme atteint de nullité. Le travailleur pourrait par conséquent, le congé étant nul, poursuivre l'exécution forcée de son contrat de travail devant les tribunaux, afin d'obtenir sa réintégration, à l'instar d'un agent statutaire ayant obtenu l'annulation de sa révocation devant le Conseil d'État⁶⁶. Une telle manière de procéder se heurte cependant à un obstacle de taille : en droit du travail, le congé, soit la rupture unilatérale du contrat de travail par une partie, n'est en principe soumis à aucune exigence de forme ; dès l'instant où il est donné, il est définitif et irrévocable⁶⁷. Il n'est dès lors pas possible de poursuivre l'exécution forcée du contrat de travail une fois le congé donné⁶⁸ : « le congé est efficace même si le licenciement est irrégulier⁶⁹ ». En d'autres termes, la réintégration du travailleur, envisageable en droit administratif à l'égard d'un agent statutaire illégalement mis à pied, n'est en l'état pas envisagée en droit du travail à l'égard d'un travailleur contractuel, fût-il du secteur public⁷⁰.

⁶⁴ D. DE JONGHE et P.-F. HENKARO, « L'actualité des principes généraux de droit administratif et de bonne administration en droit administratif : questions choisies », in P.-O. DE BROUX, B. LOMBAERT et F. TULKENS (dir.), *Actualité des principes généraux en droit administratif, social et fiscal*, op. cit., p. 30.

⁶⁵ C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 8 janvier 2013, J.T.T., 2013, p. 228, note C.W. ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 14 février 2012, R.G., n° 2010/AB/1084, disponible sur www.stradale.be ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 13 décembre 2011, Chron. D.S., 2013, p. 392 ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 25 mai 2011, J.T.T., 2011, p. 473.

⁶⁶ L. DEAR et O. DEPRINCE, « Incidences de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs sur le licenciement du personnel contractuel du secteur public », J.T.T., 2005, p. 178.

⁶⁷ W. VAN ECKHOUDT et V. NEUPREZ (collab. A. TACHON, F. KURZ et M. DERREZ), *Compendium social – Droit du travail 2017-2018*, t. I, op. cit., pp. 2227-2229.

⁶⁸ Cass., 16 octobre 1969, R.C.J.B., 1970, p. 527, note M. JAMOULE ; Cass., 31 octobre 1975, Pas., 1976, I, p. 278 ; Cass., 30 septembre 1991, Pas., 1992, I, p. 89.

⁶⁹ Trib. trav. Liège (9^e ch.), 13 janvier 2006, J.T.T., 2007, p. 251.

⁷⁰ T. SNEVENARO, « Le licenciement des agents contractuels des collectivités locales », op. cit., p. 51 ; C. trav. Bruxelles (3^e ch.), 30 mai 2006, Chron. D.S., 2007, p. 522. Nous reviendrons cependant sur cette question plus bas.

⁶¹ X. DEGRANCE et B. LOMBAERT, « La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs : questions d'actualité », op. cit., p. 65.

⁶² P. CORFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 387 et 87.

⁶³ X. DEGRANCE et B. LOMBAERT, « La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs : questions d'actualité », op. cit., pp. 4-5.

Section 1

La sanction classique : des indemnités

17. Malgré quelques voix doctrinales dissidentes⁷¹, la jurisprudence n'a jusqu'ici jamais déclaré le congé nul ni ordonné la réintégration du travailleur en cas de violation du principe d'audition préalable ou de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs⁷². La conséquence à attacher à la violation, par une autorité administrative, de ses obligations de motivation formelle et/ou d'audition préalable dans le cadre du licenciement d'un de ses agents contractuels diffère selon que le congé a été donné avec préavis, ou moyennant le paiement d'une indemnité compensatoire de préavis. Lorsque le congé est donné avec un préavis, la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs entraîne la nullité du préavis, mais pas du congé⁷³. En conséquence, seul subsiste un congé pur et immédiat, sans préavis⁷⁴. Le travailleur licencié peut dès lors immédiatement cesser de travailler et réclamer le paiement d'une indemnité compensatoire de préavis⁷⁵. Par contre, la violation du principe d'audition préalable ne peut elle-même conduire à la nullité du préavis⁷⁶ : la tenue d'une audition préalable n'a en effet aucun lien avec le respect ou non des formalités liées à la notification d'un préavis⁷⁷. Cependant, dans la majorité des cas ayant été portés devant les cours et tribunaux, le licenciement n'est pas donné avec préavis et est, par conséquent, accompagné du paiement

d'une indemnité compensatoire de préavis. À défaut de réintégration possible, la seule sanction pour la violation du principe d'audition préalable ou de l'obligation de motivation formelle consiste alors en l'octroi d'une indemnisation par équivalent du dommage subi par le travailleur licencié. Dans ce contexte, le dommage dont la réparation est demandée consiste soit dans la perte d'une chance de conserver son emploi, soit dans le préjudice résultant d'un licenciement abusif.

18. La méconnaissance du principe d'audition préalable peut en effet entraîner, en général, dans le chef du travailleur, un préjudice consistant en la perte d'une chance de conserver son emploi⁷⁸. C'est un préjudice matériel, de nature économique⁷⁹. En effet, outre le dommage qu'il subit du chef de la perte de son emploi même, couvert par l'indemnité compensatoire de préavis, le travailleur peut estimer avoir perdu une chance d'éviter son licenciement, dans la mesure où il n'a pas pu s'expliquer sur son comportement, contester les faits mis à sa charge et se défendre. Il arrive également que le travailleur remercié argue simultanément que la violation de l'obligation de motivation formelle du licenciement a aussi contribué à la perte d'une chance de conserver son emploi. Dans ce cadre, une certaine jurisprudence estime que l'obligation de motivation formelle du licenciement peut contraindre l'employeur qui se prépare à licencier un travailleur à délibérer sérieusement, de manière impartiale, des motifs du licenciement envisagé, ce qui pourrait par conséquent l'amener, après un examen attentif, à revoir sa décision⁸⁰.

19. Le travailleur remercié estime aussi régulièrement qu'en l'absence d'audition préalable ou de motivation formelle adéquate, son licenciement est abusif. En effet, « l'absence de motivation et l'absence d'audition préalable peuvent rendre les circonstances de la rupture fautive et donner lieu au paiement de dommages et intérêts si le travailleur prouve l'existence d'un dommage particulier⁸¹ ». Il s'agit alors, le plus souvent, de réparer le préjudice moral subi, le licenciement, à défaut des deux garanties formelles connues, s'étant alors déroulé dans des circonstances difficiles ou humiliantes⁸², voire ayant eu des

⁷¹ En ce qui concerne la motivation formelle : L. DEAR et O. DERNINCE, « Incidences de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs sur le licenciement du personnel contractuel du secteur public », *op. cit.*, p. 178 ; en ce qui concerne l'audition préalable : O. DERNINCE, « Audition préalable et motivation du licenciement : un état de la question, quelques réflexions », in M. DUMONT (dir.), *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, Liège, Anthemis, 2008, pp. 145-146.
⁷² C. trav. Liège (8^e ch.), 9 novembre 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 73, note ; Trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 1^{er} décembre 2005, R.G. n° 54.887/03, disponible sur www.terralabris.be. À noter que, dans un des tout premiers jugements à ce sujet, le Tribunal du travail de Bruxelles postulait initialement la nullité du congé donné en violation de l'obligation de motivation formelle. Il s'est rétracté ensuite, considérant que le congé n'en était pas moins existant (Trib. trav. Bruxelles, 12 janvier 2000, R.G. n° 96.195/95, disponible sur www.juridat.be). S. Gilson relève également une même hésitation à pousser le raisonnement à son terme dans le chef de l'auditorat du travail du Hainaut, qui, pourtant, dans son avis rendu préalablement à une décision du Tribunal du travail de Charleroi, « estimait, quant à lui, [...] que le non-respect de l'obligation de motivation emportait [...] la nullité du congé ». Toutefois, l'auditorat s'est refusé à en déduire une quelconque possibilité de réintégration.
⁷³ S. Gilson, « Les obligations particulières des employeurs publics lors du licenciement de leurs travailleurs contractuels », obs. sous Trib. trav. Charleroi (3^e ch.), 18 juin 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 174.
⁷⁴ I. VANDEN POEL, « *Motivering van het ontslag van een contractant in overheidssdienst : een bres in het Belgische ontslagrecht ?* », *T.S.R.*, 2011, n° 2, p. 148.
⁷⁵ L. DEAR, « L'audition préalable et la motivation du congé », in C.-E. CLESSE et S. GILSON (coord.), *Le licenciement abusif – Notions, évolutions, questions spéciales*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 111. C. trav. Mons (2^e ch.), 21 novembre 2012, *Chron. D.S.*, 2013, p. 381, note L. DEAR ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 27 novembre 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 167 ; C. trav. Liège (8^e ch.), 9 novembre 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 73, note.
⁷⁶ P. JOASSART et N. BONHAÏED, « Les principes généraux de bonne administration en droit social », *op. cit.*, p. 108.
⁷⁷ Trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 1^{er} décembre 2005, R.G. n° 54.887/03, disponible sur www.terralabris.be.

⁷⁸ Voy. parmi les décisions les plus récentes : C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 5 décembre 2017, R.G. n° 2015/AB/518, disponible sur www.terralabris.be ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 14 juillet 2014, disponible sur www.juridat.be ; C. trav. Mons (2^e ch.), 21 novembre 2012, *Chron. D.S.*, 2013, p. 381, note L. DEAR.
⁷⁹ C. trav. Mons (1^{re} ch.), 26 janvier 2018, R.G. n° 2016/AM/404, disponible sur www.terralabris.be.
⁸⁰ C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 14 février 2012, R.G. n° 2010/AB/1084, disponible sur www.stradalex.be ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 13 décembre 2011, *Chron. D.S.*, 2013, p. 392 ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 25 mai 2011, *J.T.T.*, 2011, p. 473 ; C. trav. Gand (2^e ch.), 10 novembre 2008, *Chron. D.S.*, 2013, p. 396, obs. J. JACQMAIN ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 26 novembre 2007, *Chron. D.S.*, 2003, p. 458, obs. J. JACQMAIN.
⁸¹ C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 6 août 2013, R.G. n° 2011/AB/750 disponible sur www.juridat.be.
⁸² Trib. trav. Liège (9^e ch.), 13 janvier 2006, *J.T.T.*, 2007, p. 251 ; Trib. trav. Namur (2^e ch.), 8 novembre 2010, *Rev. dr. commun.*, 2011, n° 2, p. 15. Quand ce n'est pas le licenciement en lui-même qui est humiliant : Trib. trav. Bruxelles (1^{re} ch.), 30 octobre 2000, *J.T.T.*, 2001, p. 52, note.

répercussions sur la vie du travailleur⁸³. Si, en général, le travailleur fonde son argumentation sur le licenciement abusif ou sur la perte de chance, rien ne l'empêche de cumuler les deux fondements, étant respectivement de nature contractuelle⁸⁴ et extracontractuelle⁸⁵, afin de réclamer, d'une part, la réparation de son dommage moral issu du licenciement abusif, et, d'autre part, de son dommage matériel, résultant de la perte d'une chance de conserver son emploi. L'arrêt du 14 juillet 2014 de la Cour du travail de Bruxelles est très parlant à cet égard⁸⁶. La Cour a considéré que le travailleur avait perdu une chance de conserver son emploi, tant parce qu'il n'avait pas été entendu que parce que le licenciement n'avait pas été motivé en la forme. Mais la Cour a continué et estimé de même que le fait de ne pas avoir été entendu, et le fondement du licenciement sur un faux motif, « ont porté atteinte à l'intégrité professionnelle de FK, lui ont causé [sic] un sentiment d'injustice, ce qui constitue un dommage de nature morale ». Poursuivant, la Cour a chiffré le dommage à 2.500 euros pour le dommage matériel, et à autant pour le dommage moral. Se refusant à séparer les types de dommages et les montants, la Cour a octroyé un total de 5.000 euros pour l'ensemble de son préjudice.

20. Qu'il soit question d'un licenciement abusif ou d'une perte de chance de conserver son emploi, il appartient au plaignant de démontrer un comportement fautif de l'employeur public dans le cadre du licenciement. Souvent, il suffit de constater que le licenciement n'a tout simplement pas été motivé en la forme et que le travailleur n'a pas été entendu préalablement à son licenciement. Ainsi, nombreux sont les cas de licenciement totalement dénués de motivation⁸⁷ ou dans lesquels le travailleur n'a pas été entendu au préalable⁸⁸, voire les deux⁸⁹.

- ⁸³ Trib. trav. Mons (9^e ch.), 30 janvier 2009, R.G. n° 06/10.939/A, disponible sur www.juridat.be.
- ⁸⁴ Cass., 19 septembre 1983, R.C.J.B., 1986, p. 282, note J.-L. FAGNART.
- ⁸⁵ Cass. (1^{re} ch.), 5 juin 2008, R.C.J.B., 2013, p. 594, note N. ESTIENNE.
- ⁸⁶ C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 14 juillet 2014, R.G. n° 2013/AB/520, disponible sur www.juridat.be; voy. aussi C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 8 janvier 2013, J.T.T., 2013, p. 228, note C.W. et C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 22 décembre 2010, R.G. n° 2009/AB/52.389, disponible sur www.terralabors.be.
- ⁸⁷ C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 22 décembre 2010, R.G. n° 2009/AB/52.389, disponible sur www.terralabors.be ; C. trav. Mons (2^e ch.), 13 septembre 2011, Chron. D.S., 2013, p. 390, note L. DEAR ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 13 décembre 2011, Chron. D.S., 2013, p. 392.
- ⁸⁸ Trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 1^{er} décembre 2005, R.G. n° 54.887/03, disponible sur www.terralabors.be ; C. trav. Bruxelles (3^e ch.), 30 mai 2006, Chron. D.S., 2007, p. 522 ; Trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 30 novembre 2006, Chron. D.S., 2008, p. 268, note ; Trib. trav. Charleroi (3^e ch.), 18 juin 2007, J.T.T., 2008, p. 172, obs. S. GILSON ; Trib. trav. Gand (2^e ch.), 10 novembre 2008, Chron. D.S., 2013, p. 396, obs. J. JACQMAN ; Trib. trav. Mons (9^e ch.), 30 janvier 2009, R.G. n° 06/10.939/A, disponible sur www.juridat.be ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 8 janvier 2013, J.T.T., 2013, p. 228, note C.W. ; C. trav. Mons (1^{re} ch.), 26 janvier 2018, R.G. n° 2016/AM/404, disponible sur www.terralabors.be.
- ⁸⁹ C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 26 novembre 2002, Chron. D.S., 2003, p. 458, obs. J. JACQMAN ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 10 décembre 2003, J.T.T., 2005, p. 185 ; Trib. trav. Mons (4^e ch.), 25 septembre 2006, R.G. n° 9.056/03/M et Trib. trav. Mons (4^e ch.), 27 février 2006, R.G. n° 9.056/03/M, disponibles sur www.terralabors.be ; C. trav. Mons (2^e ch.), 6 septembre 2010, R.G. n° 2009/AM/21.642, disponible sur www.stradalex.com ; C. trav. Bruxelles

Ensuite, il arrive aussi souvent que la motivation formelle ne rencontre pas le prescrit de la loi : on se rappellera qu'aux termes de la loi, « [l]a motivation exigée consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision. Elle doit être adéquate⁹⁰. » Les cours et tribunaux ont dès lors censuré les licenciements fondés sur une motivation formelle dépourvue de référence à la base légale en vertu de laquelle l'autorité a agi⁹¹. Au contraire, la mention des articles de loi invoqués suffit⁹². La description des considérations de faits doit, elle, permettre de pleinement comprendre les raisons qui ont amené l'autorité publique à prendre la décision de congédier le travailleur. La simple mention de faits ne suffit pas comme telle⁹³ : il faudra examiner le caractère adéquat, suffisant, satisfaisant de ceux-ci. Le juge devra se livrer à une analyse au cas par cas, tant la notion de motivation adéquate est imprécise⁹⁴. À titre d'illustration ont, par exemple, été jugés adéquates les motivations suivantes : une restructuration⁹⁵, avoir insulté, menacé de frapper et tenté de blesser un collègue⁹⁶, une maladie ininterrompue depuis plus de six mois⁹⁷. À l'inverse ont été considérées inadéquates les considérations suivantes : l'entrée en service d'agents statutaires au même poste alors que l'agent licencié était un contractuel⁹⁸, le fait que le travailleur ne convienne pas au travail demandé⁹⁹, l'invocation d'un faux motif¹⁰⁰.

Enfin, il se présente des cas où, quoiqu'une audition a formellement eu lieu, celle-ci n'est pas considérée suffisante. C'est qu'il ne suffit pas que l'agent sous la menace d'un licenciement soit entendu : il est nécessaire que l'audition préalable ait été effective¹⁰¹. Par exemple, il a été jugé qu'il n'était pas possible qu'une audition de quarante-cinq minutes ait suffi pour exposer à l'agent les motifs pour lesquels son licenciement était envisagé, de l'entendre en ses moyens de défense, de délibérer et de prendre la décision, de faire

- (4^e ch.) 25 mai 2011, J.T.T., 2011, p. 473 ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 7 mai 2013, R.G. n° 2011/AB/856, disponible sur www.terralabors.be.
- ⁹⁰ Art. 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, M.B., 12 septembre 1991.
- ⁹¹ C. trav. Mons (2^e ch.), 13 septembre 2011, Chron. D.S., 2013, p. 390, note ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 27 novembre 2007, J.T.T., 2008, p. 167 ; Trib. trav. Bruxelles, 12 janvier 2000, R.G. n° 96/195/95, disponible sur www.terralabors.be.
- ⁹² C. trav. Mons (2^e ch.), 20 avril 2015, R.G. n° 2013/AM/70, disponible sur www.terralabors.be ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 6 août 2013, R.G. n° 2011/AB/750, disponible sur www.juridat.be.
- ⁹³ Trib. trav. Gand (2^e ch.), 10 novembre 2008, Chron. D.S., 2013, p. 396, obs. J. JACQMAN.
- ⁹⁴ X. DEGRAEVE et B. LOMAEERT, « La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs : questions d'actualité », *op. cit.*, p. 46.
- ⁹⁵ C. trav. Liège (8^e ch.), 9 novembre 2007, J.T.T., 2008, p. 73, note.
- ⁹⁶ Trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 1^{er} décembre 2005, R.G. n° 54.887/03, disponible sur www.terralabors.be.
- ⁹⁷ C. trav. Mons (2^e ch.), 20 avril 2015, R.G. n° 2013/AM/70, disponible sur www.terralabors.be.
- ⁹⁸ C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 27 novembre 2007, J.T.T., 2008, p. 167.
- ⁹⁹ Trib. trav. Mons (9^e ch.), 30 janvier 2009, R.G. n° 06/10.939/A, disponible sur www.juridat.be.
- ¹⁰⁰ C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 14 juillet 2014, R.G. n° 2013/AB/520, disponible sur www.juridat.be.
- ¹⁰¹ C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 8 janvier 2013, J.T.T., 2013, p. 228, note C.W.

rédiger la lettre de licenciement et d'établir un décompte de sortie¹⁰². Pour qu'une audition soit effective, l'agent doit « être informé de ce qui lui est reproché, [...] doit pouvoir être accompagné du défenseur de son choix »¹⁰³. De même, il faut qu'il « ait pu faire part de ses moyens, soit verbalement, soit par écrit, sur les faits reprochés et la sanction envisagée¹⁰⁴ ». Enfin, le principe *Audi alteram partem* implique également de pouvoir consulter son dossier et de bénéficier d'un délai raisonnable pour préparer sa défense¹⁰⁵. Dès lors, il n'est pas étonnant qu'une audition annoncée la veille, sans explication du motif, sous forme d'une visite des supérieurs de l'agent, et portant sur des faits remontant à plus de trois ans, n'ait pu constituer une audition effective¹⁰⁶. De même, il a été jugé que le principe *Audi alteram partem* n'avait pas été respecté dans le cas où un simple entretien avait eu lieu, lors duquel l'agent avait reçu son dossier, sans ses annexes, et sans être dans la possibilité d'y répondre dans l'immédiat vu l'imprécision des faits qui lui étaient imputés¹⁰⁷. La tenue d'un autre entretien le lendemain, avec pour seul objectif d'informer l'agent de son licenciement imminent, n'y a rien changé.

21. Le simple constat de la violation de l'obligation de motivation formelle du licenciement et/ou d'audition préalable à celui-ci par le travailleur congédié n'est pas encore synonyme de condamnation dans le chef de l'employeur. Il importe en effet de démontrer qu'il y a un dommage, ou que le dommage est en lien causal avec la ou les fautes commises. Or l'appréciation du caractère prouvé du dommage et/ou du lien causal entre le dommage et la ou les fautes semble variable.

D'une part, en effet, il arrive régulièrement que le juge considère que le demandeur échoue dans sa démonstration, bien qu'il n'y ait aucun doute sur le fait que le licenciement n'était pas formellement motivé et/ou n'avait pas été précédé d'une audition du travailleur. Par exemple, dans son arrêt du 26 novembre 2002, la Cour du travail de Bruxelles a ainsi refusé d'octroyer l'indemnisation réclamée par la travailleuse licenciée, car elle ne démontrait pas que la décision de licenciement, quoique non formellement motivée,

n'était pas sérieuse ou reposait sur des motifs erronés¹⁰⁸. Elle n'avait pas plus contesté les rapports sur lesquels était basé son licenciement. Enfin, si, certes, elle n'avait pas été entendue au cours d'une audition, elle avait pu faire valoir ses desiderata autrement, et il y avait été donné suite par son employeur. Une audition n'aurait pas augmenté ses chances de conserver son emploi. Le licenciement était donc, selon la Cour, formellement illégal, mais exempt de critiques sur le fond : les fautes n'avaient pas entraîné de dommage. Le Tribunal du travail de Gand a suivi un raisonnement semblable dans une décision du 10 novembre 2008 : quoique non formellement motivé, le licenciement reposait sur des motifs avérés et une audition n'aurait pas pu influer sur la position de l'employeur et augmenter les chances du travailleur de conserver son emploi : l'opinion de l'employeur était déjà faite et son dossier bien étagé¹⁰⁹. Il est toutefois intéressant d'observer que le Tribunal a ici estimé que la travailleuse avait bien subi un dommage du fait de son licenciement qui n'était pas couvert par l'indemnité de préavis, mais que celui-ci n'était pas en lien causal avec les fautes commises par l'employeur. Plus généralement, on observe, en ce qui concerne l'audition préalable, que, souvent, le plaignant n'arrive pas à démontrer l'existence d'un préjudice en relation causale avec la faute commise : son audition n'aurait rien changé à la survenance, dans les faits, du préjudice¹¹⁰. Quant à la motivation du licenciement, il apparaît souvent qu'elle est connue du travailleur, quand bien même elle n'aurait pas été formellement communiquée avant le congé¹¹¹. De plus, en ce qui concerne uniquement l'audition préalable, il arrive simplement qu'elle ne soit pas pertinente, car le licenciement n'est pas lié au comportement du travailleur¹¹², ou parce qu'elle n'est matériellement pas envisageable¹¹³.

D'autre part, même dans les cas où la preuve du dommage et du lien causal entre faute(s) et dommage est fournie, l'argumentaire des cours et tribunaux à l'appui d'une telle conclusion apparaît fragile¹¹⁴. Certes, divers arguments et circonstances sont parfois convoqués afin de justifier le montant

¹⁰² C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 13 décembre 2011, *Chron. D.S.*, 2013, p. 392.

¹⁰³ P. JOASSART et N. BONLEU, « Les principes généraux de bonne administration en droit social », *op. cit.*, p. 101.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.* Pour de nombreuses références à la jurisprudence du Conseil d'État, voy. P. GORFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, *op. cit.*, p. 81.

¹⁰⁶ C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 5 décembre 2017, R.G. n° 2015/AB/518, disponible sur www.terralabors.be ; pour un autre cas d'entretien imprononcé, sans possibilité de connaissance des faits, de préparation de la défense ou de recours à un avocat, voy. Trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 10 mai 2007, R.G. n° 2235/06, disponible sur www.terralabors.be.

¹⁰⁷ C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 22 décembre 2010, R.G. n° 2009/AB/52.389, disponible sur www.terralabors.be.

¹⁰⁸ C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 26 novembre 2002, *Chron. D.S.*, 2003, p. 458, obs. J. JACOMAIN. Voy. aussi C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 7 mai 2013, R.G. n° 2011/AB/856, disponible sur www.terralabors.be.

¹⁰⁹ Trib. trav. Gand (2^e ch.), 10 novembre 2008, *Chron. D.S.*, 2013, p. 396, obs. J. JACOMAIN. *Adde* : C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 14 février 2012, R.G. n° 2010/AB/1084, disponible sur www.stradalex.be. Voy. également, en ce qui concerne l'audition préalable : Trib. trav. Mons (4^e ch.), 25 septembre 2006, R.G. n° 9056/03/M et Trib. trav. Mons (4^e ch.), 27 février 2006, R.G. n° 9056/03/M, disponibles sur www.terralabors.be ; C. trav. Mons (2^e ch.), 20 avril 2015, R.G. n° 2013/AM/70, disponible sur www.terralabors.be ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 28 février 2017, R.G. n° 2014/AB/1128, disponible sur www.terralabors.be.

¹¹⁰ P. ex., C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 25 avril 2018, R.G. n° 2015/AB/1035, disponible sur www.socialweb.be ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 12 septembre 2012, R.G. n° 2008/AB/51416, disponible sur www.terralabors.be.

¹¹¹ P. ex., C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 9 juin 2015, R.G. n° 2013/AB/772, disponible sur www.terralabors.be.

¹¹² P. ex., C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 6 août 2013, R.G. n° 2011/AB/750, disponible sur www.juridat.be.

¹¹³ P. ex., C. trav. Liège (13^e ch.), 26 avril 2011, R.G. n° 2009/AN/8850, disponible sur www.juridat.be.

¹¹⁴ En témoigne le fait que de « maigres » chances de conserver son emploi suffisent à démontrer l'existence d'un préjudice (C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 10 décembre 2003, *J.T.T.*, 2005, p. 185), quand des chances « infimes » n'y

alloué : motifs imprécis de licenciement dominant l'impression que le travailleur a commis une faute et réduisant sensiblement ses chances de retrouver du travail auprès d'une autre autorité publique¹¹⁵ ; traces administratives engendrées, ainsi que la perte de la maison du travailleur et le dérangements subséquent de la carrière politique locale en raison du déménagement¹¹⁶ ; efforts fournis par le travailleur¹¹⁷ ; circonstances humiliantes du licenciement¹¹⁸, griefs non vérifiés¹¹⁹. Dans la majorité des cas toutefois, aucun élément factuel de la cause n'est (expressément) relié au montant du préjudice et une somme forfaitaire est accordée sans qu'il soit possible de savoir ce qui a justifié le niveau de l'indemnisation, si ce n'est la considération abstraite que l'absence d'audition préalable à un licenciement induit d'office une perte de chance de conserver son emploi valant une somme fixe¹²⁰ ou que ne pas avoir été entendu est par définition source d'humiliation et d'injustice, et engendre un dommage dont le montant est également fixe¹²¹, quand le juge ne concède pas lui-même l'impossibilité d'établir un lien entre les données de la cause et l'indemnisation accordée¹²². De même, il ressort aussi de plusieurs décisions qu'à défaut de motivation formelle, il n'a pas pu y avoir de délibération sérieuse, ce qui induit nécessairement une perte de chance, la chance étant là encore évaluée abstraitement¹²³.

22. Au bout de la chaîne, une fois le licenciement abusif et/ou la perte de chance démontrés, il appartient encore au juge de chiffrer le montant de l'indemnité qui sera octroyée. Or cette opération semble, au vu de la juris-

suffisent pas (C. trav. Bruxelles [4^e ch.], 14 février 2012, R.G. n° 2010/AB/1084, disponible sur www.stradalex.be).

¹¹⁵ C. trav. Bruxelles (3^e ch.), 30 mai 2006, *Chron. D.S.*, 2007, p. 522.

¹¹⁶ Trib. trav. Mons (9^e ch.), 30 janvier 2009, R.G. n° 06/10.939/A, disponible sur www.juridat.be.

¹¹⁷ C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 10 décembre 2003, *J.T.T.*, 2005, p. 185.

¹¹⁸ Trib. trav. Liège (9^e ch.), 13 janvier 2006, *J.T.T.*, 2007, p. 251 ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 10 décembre 2003, *J.T.T.*, 2005, p. 185.

¹¹⁹ Trib. trav. Bruxelles (1^{re} ch.), 30 octobre 2000, *J.T.T.*, 2001, p. 52, note.

¹²⁰ Trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 30 novembre 2006, *Chron. D.S.*, 2008, p. 268, note ; C. trav. Mons (2^e ch.), 6 septembre 2010, R.G. n° 2009/AM/21.642, disponible sur www.stradalex.com ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 25 mai 2011, *J.T.T.*, 2011, p. 473 ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 13 décembre 2011, *Chron. D.S.*, 2013, p. 392 ; C. trav. Bruxelles (6^e ch.), 23 avril 2012, *J.T.T.*, 2012, p. 284 ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 8 janvier 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 228, note C.W. ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 5 décembre 2017, R.G. n° 2015/AB/518, disponible sur www.terralabors.be ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 14 juillet 2014, R.G. n° 2013/AB/520, disponible sur www.juridat.be ; Trib. trav. Liège (div. Neufchâteau, 3^e ch.), 16 janvier 2017, R.G. n° 15/577/A, disponible sur www.terralabors.be.

¹²¹ C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 22 décembre 2010, R.G. n° 2009/AB/52.389, disponible sur www.terralabors.be.

¹²² C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 19 août 2016, *Chron. D.S.*, 2016, p. 382 ; C. trav. Mons (1^{re} ch.), 26 janvier 2013, R.G. n° 2016/AM/404, disponible sur www.terralabors.be. Voy. également C. trav. Liège (9^e ch.), 20 juin 2011, *Chron. D.S.*, 2013, p. 371, dans lequel la Cour concède que « la quantification de la réparation d'un sentiment pénible, bien délicate à réaliser, est plus symbolique et théorique que concrète ».

¹²³ C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 25 mai 2011, *J.T.T.*, 2011, p. 473 ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 13 décembre 2011, *Chron. D.S.*, 2013, p. 392 ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 8 janvier 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 228, note C.W. ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 14 juillet 2014, R.G. n° 2013/AB/520, disponible sur www.juridat.be.

prudence, déboucher sur l'allocation, *ex aequo et bono*, de montants modérés. En effet, dans la grande majorité des cas dans lesquels une indemnité est allouée, celle-ci reste relativement réduite. Le montant de 2.500 euros semble, à ce titre, constituer une moyenne. Ce montant est tantôt retenu à titre de réparation du dommage subi en raison de l'absence d'audition préalable ou de motivation formelle du licenciement¹²⁴, l'absence des deux entraînant l'octroi d'une somme de 5.000 euros¹²⁵, tantôt à titre de réparation du dommage subi en raison de l'absence d'audition préalable et de motivation formelle du licenciement¹²⁶, en quel cas la violation d'un seul des deux principes entraîne l'octroi d'un montant de 1.250 euros¹²⁷. Certaines décisions se sont quelque peu écartées de cette moyenne, ne dépassant pas les 5.000 euros¹²⁸, sauf dans un cas particulier¹²⁹. Au vu des montants accordés par les juridictions du travail, après une procédure contentieuse parfois longue de plusieurs années, on peut se demander si introduire une action judiciaire uniquement en vue d'obtenir réparation du dommage subi en raison de l'absence d'audition préalable ou de motivation (formelle) du licenciement est réellement judicieux.

Ces montants sont généralement plus élevés lorsque sont en cause des décisions de licenciement de membres du personnel contractuel de l'enseignement libre subventionné. Si les établissements d'enseignement libre ne sont pas considérés, sous l'angle de leurs relations avec leur personnel, comme des

¹²⁴ C. trav. Mons (2^e ch.), 6 septembre 2010, R.G. n° 2009/AM/21.642, disponible sur www.stradalex.com ; C. trav. Mons (1^{re} ch.), 26 janvier 2018, R.G. n° 2016/AM/404, disponible sur www.terralabors.be ; C. trav. Liège (9^e ch.), 20 juin 2011, *Chron. D.S.*, 2013, p. 371.

¹²⁵ Trib. trav. Mons (9^e ch.), 30 janvier 2009, R.G. n° 06/10.939/A, disponible sur www.juridat.be ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 13 décembre 2011, *Chron. D.S.*, 2013, p. 392 ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 14 juillet 2014, R.G. n° 2013/AB/520, disponible sur www.juridat.be ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 8 janvier 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 228, note C.W. ; C. trav. Bruxelles (6^e ch.), 23 avril 2012, *J.T.T.*, 2012, p. 284.

¹²⁶ C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 10 décembre 2003, *J.T.T.*, 2005, p. 185 ; Trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 10 mai 2007, R.G. n° 2235/06, disponible sur www.terralabors.be ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 22 décembre 2010, R.G. n° 2009/AB/52.389, disponible sur www.terralabors.be.

¹²⁷ Trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 30 novembre 2006, *Chron. D.S.*, 2008, p. 268, note ; C. trav. Bruxelles (2^e ch.), 18 décembre 2008, *J.T.T.*, 2009, p. 153.

¹²⁸ On relève ainsi : 3.750 euros pour la violation des deux principes (Trib. trav. Bruxelles [1^{re} ch.], 30 octobre 2000, *J.T.T.*, 2001, p. 52, note) ; 2.000 euros dans le même cas (C. trav. Bruxelles [4^e ch.], 25 mai 2011, *J.T.T.*, 2011, p. 473) ; 3.500 euros en raison de l'absence d'une audition préalable (C. trav. Bruxelles [4^e ch.], 19 août 2016, *Chron. D.S.*, 2016, p. 382) ; 3.000 euros dans le même cas et selon un raisonnement similaire (Trib. trav. Liège [div. Neufchâteau, 3^e ch.], 16 janvier 2017, R.G. n° 15/577/A, disponible sur www.terralabors.be) ; 5.000 euros en raison de l'absence d'une audition préalable opérante (C. trav. Bruxelles [4^e ch.], 5 décembre 2017, R.G. n° 2015/AB/518, disponible sur www.terralabors.be).

¹²⁹ C. trav. Mons (2^e ch.), 10 janvier 2011, *Chron. D.S.*, 2013, p. 119 (somm.). Dans le cas d'espèce, la Cour a confirmé un jugement accordant la somme de 12.500 euros à une travailleuse en raison de l'absence d'audition préalable de celle-ci. La hauteur du montant s'explique probablement par le fait que la travailleuse avait été licenciée un mois après la fin de son congé de maternité et parce que le règlement de travail imposait à l'employeur de procéder à une audition préalablement à l'adoption d'une telle mesure à l'égard d'un agent. Ces circonstances ont rendu le licenciement particulièrement inacceptable.

autorités administratives, le « statut » qui y est applicable¹³⁰ prévoit expressément des obligations de motivation et d'audition préalable dans des cas tels que des licenciements. La méconnaissance de ces obligations est sanctionnée par les juridictions du travail, aussi bien pour un licenciement disciplinaire¹³¹ que pour un licenciement sans caractère disciplinaire¹³², en fonction, notamment, de la perte d'une chance d'être engagé à titre définitif. Les décisions dont nous avons pu prendre connaissance, qui concluent à des indemnisations qui varient de quelques milliers d'euros à 150.000 euros, laissent penser qu'il existe également un très grand aléa à cet égard. Ces montants doivent cependant être remis dans le contexte du régime de travail des travailleurs en cause. À cette occasion, les juridictions du travail mettent en œuvre non la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, mais bien le « statut » de l'enseignant. Les dommages et intérêts ne sont pas limités en principe,

¹³⁰ Si l'intitulé du décret du 1^{er} février 1993 (M.B., 17 février 1993) fixant le statut des membres du personnel subsidiaires de l'enseignement libre subventionné annonce qu'il fixe le « statut » des membres du personnel subsidiaires de l'enseignement libre subventionné, ces termes sont trompeurs. Sans doute, ce décret énonce des règles générales et abstraites qui sont appelées à régir la carrière des personnels visés. Il n'organise cependant pas une relation de travail « statutaire », c'est-à-dire une relation de travail constituée par des décisions unilatérales. Au contraire, le décret évoque, dès ses premiers articles, le « contrat d'engagement » « découlant du présent décret » (le caractère contractuel est prévu de manière expresse à l'article 31 du décret du 1^{er} février 1993 [M.B., 17 février 1993] ; voir également les articles 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail ; P.-P. VAN GENUCHTEN, « L'école comme service public : quelle(s) distinction(s) entre les réseaux quant aux statuts des enseignants », in H. DUMONT et M. COLLIN (dir.), *Le décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement*, Bruxelles, FUSL, 1999, pp. 397 et s. ; C. trav. Liège (9^e ch.), 15 janvier 2001, R.G. n° 28.603/99, disponible sur www.juridat.be ; C. trav. Liège (6^e ch.), 16 octobre 2009, R.G. n° 34.396/06, disponible sur www.juridat.be (à tout le moins pour les membres du personnel qui sont effectivement engagés dans le cadre du statut et pour lesquels des subventions sont versées par la Communauté française – C. trav. Mons, 6 mai 2002, R.D., 2002, liv. 104, p. 404).

¹³¹ C. trav. Liège (12^e ch.), 12 décembre 2013, R.G. n° 2013/AN/64, disponible sur www.juridat.be ; R. DONOGNE, « Statut disciplinaire et droits de la défense », *Scolanews*, 2006, n° 3, p. 2. Le Tribunal civil de Bruxelles a octroyé 200.000 francs d'indemnité à l'enseignant qui avait été privé d'une chance de convalescence en raison de l'incertitude de la Communauté française à mettre en place la chambre de recours prévue par les textes (Civ. Bruxelles, 16 mai 1997, *J.T.T.*, 1998, p. 124, note). Voir, également Trib. trav. Charleroi, 12 avril 1999, *Chron.* D.S., 1999, p. 454 (un million de francs d'indemnité).

¹³² Cass., 22 mai 2000, R.G. n° S.98.0154.F, disponible sur www.juridat.be ; C. trav. Mons (2^e ch.), 7 avril 2003, R.G. n° 16047, disponible sur www.juridat.be (perte d'un emploi de directeur par application de la théorie de l'acte équipollent à rupture ; les dommages sont évalués à 151.800 euros par référence à la jurisprudence en matière de contrats de travail « ordinaires ») ; C. trav. Liège (9^e ch.), 22 janvier 2007, R.G. n° 30523/01, disponible sur www.juridat.be (perte d'une chance de conserver un emploi de directeur évaluée ex æquo et bono à 5.000 euros) ; C. trav. Mons (3^e ch.), 7 février 2006, R.G. n° 18.868, disponible sur www.juridat.be ; C. trav. Liège (13^e ch.), 5 septembre 2006, R.G. n° 2310/03, disponible sur www.juridat.be (une indemnité de rupture de six mois de rémunération pour la rupture d'un contrat à durée déterminée ; une indemnité d'un an de rémunération dans la mesure où elle dépasse l'indemnité précédente, pour réparer la non-désignation l'année suivante ; une indemnité de 20.000 euros ex æquo et bono pour réparer la perte d'une chance d'être ultérieurement désigné à titre définitif) ; C. trav. Liège (div. Liège, 6^e ch.), 23 octobre 2015, R.G. n° 2014/AL/492, disponible sur www.juridat.be (référence à un arrêt inédit qui a octroyé 55.000 euros d'indemnité pour un licenciement irrégulier dans le cadre d'un prétendu abandon de poste à un enseignant, qui était définitif pour à peu près un demi-horaire et temporaire pour le reste de son horaire) ; R. DONOGNE, « La motivation d'un licenciement dans le libre : plus qu'une formalité », *Scolanews*, 2013, n° 2, p. 7.

comme dans le cadre de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, à l'indemnité forfaitaire compensatoire de préavis, calculée par référence aux délais de préavis qui sont ici très brefs. Il appartient aux juridictions du travail de rechercher le dommage *réel* subi par le travailleur, pour en ordonner la réparation intégrale. Dans ce cadre, les juridictions doivent avoir égard au fait qu'après une période d'engagement temporaire, pendant laquelle surviennent des licenciements, les travailleurs bénéficient dans le cadre d'un engagement à durée indéterminée d'une très grande stabilité d'emploi.

Section 2

Les hésitations de la jurisprudence des juridictions du travail à propos des obligations de motivation et d'audition

23. La position des juges du travail a nécessairement dû évoluer à la suite de l'arrêt du 12 octobre 2015 de la Cour de cassation¹³³, par lequel la Cour a considéré que la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ne s'appliquait pas au licenciement d'un agent contractuel des pouvoirs publics, et que la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail n'obligeait pas les employeurs à entendre un travailleur avant de le licencier¹³⁴. Si certains ont vu dans cet arrêt la fin de la controverse sur le sujet¹³⁵, et que la jurisprudence a dans l'ensemble semble suivre l'enseignement de la Cour de cassation¹³⁶, certaines décisions, tout en semblant admettre le raisonnement de la Cour¹³⁷, ont suivi une voie plus créative en ce qui concerne tant l'éventuelle nécessité d'une audition préalable au licenciement d'un agent contractuel du secteur public que d'une obligation de motivation formelle.

Dans un arrêt du 19 août 2016, la Cour du travail de Bruxelles a ainsi accordé 3.500 euros de dommages et intérêts à un agent contractuel licencié en raison de l'absence d'audition préalable¹³⁸. La Cour ne s'est cependant nullement basée sur le principe *audi alteram partem*, mais bien directement sur l'interdiction de l'abus de droit pour octroyer cette somme. Se référant

¹³³ Cass. (3^e ch.), 12 octobre 2015, R.G. n° S.13.0026.N, disponible sur www.juridat.be.

¹³⁴ Le Conseil d'État s'est rallié à la position de la Cour de cassation. Voy. C.E. (8^e ch.), 27 septembre 2016, n° 235.871, *scrl* ECG.

¹³⁵ G. LEWAIRE, « La motivation du licenciement des travailleurs "contractuels" occupés dans les services publics », obs. sous Cass. (3^e ch.), 12 octobre 2015, *J.T.T.*, 2016, p. 30.

¹³⁶ P. JOASSART et M. SOUBREUX, « L'application des principes généraux de droit administratif aux fonctionnaires et contractuels de la fonction publique », *op. cit.*, pp. 980-981.

¹³⁷ On perçoit la persistance d'une opinion frondeuse dans le chef de certaines juridictions. Voy. ainsi C. trav. Bruxelles (6^e ch. extraord.), 23 décembre 2016, R.G. n° 2014/AB/261, disponible sur www.entraboul.be, dans lequel la Cour résout le litige en cause en évitant soigneusement de se pencher sur la question de l'audition préalable (et de la motivation formelle).

¹³⁸ C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 19 août 2016, *Chron.* D.S., 2016, p. 382.

d'abord à la jurisprudence de la Cour de cassation, la cour du travail n'en rappelle pas moins ensuite que tout employeur doit exercer raisonnablement son pouvoir de rupture, sans abus. Et la Cour de constater que l'employeur ne l'a pas exercé raisonnablement : le licenciement était basé sur des rapports dont l'objectivité était sérieusement remise en doute. Ce type de raisonnement n'est pas neuf : il a déjà été appliqué¹³⁹, même longtemps avant la naissance de la controverse actuelle¹⁴⁰.

La Cour du travail de Mons a, elle aussi, laissé entendre, dès novembre 2015, qu'elle n'exclut pas de suivre un tel raisonnement, sans pour autant arriver à une condamnation¹⁴¹. Dans un arrêt du 28 mars 2017 toutefois, la Cour, en suivant la même logique, a abouti à la condamnation de l'employeur qui avait licencié une puéricultrice sur la base de déclarations unilatérales graves et non vérifiées, et qui n'avaient pas été abordées durant la brève audition dont celle-ci avait pu bénéficier¹⁴².

Quant à la Cour du travail de Liège, elle a récemment suivi la même voie, en précisant que « l'obligation d'audition préalable [...] peut découler du principe d'exécution de bonne foi des contrats [...] et de l'abus de droit, interprété à la lumière des dispositions internationales dont l'article 7 de la convention n° 158 de l'OIT du 22 juin 1982 [...] »¹⁴³. Cette mention fait sans doute écho à la jurisprudence du Tribunal du travail de Liège, qui, dans plusieurs décisions audacieuses¹⁴⁴, a effectivement estimé que le principe de l'interdiction de l'abus de droit, interprété à la lumière de l'article 7 de la Convention n° 158 de l'OIT du 22 juin 1982, de l'article 30 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée, pouvait impliquer une obligation d'audition préalable, à tout le moins dans certaines circonstances¹⁴⁵. La doctrine a cependant critiqué le recours

à de tels instruments essentiellement au motif que la Belgique ne les a pas ratifiés ou a formulé une réserve vis-à-vis de la disposition concernée¹⁴⁶.

Cela étant, le détour par ce raisonnement n'est, à l'heure actuelle, plus nécessaire. En effet, la Cour constitutionnelle a jugé, par un arrêt du 6 juillet 2017, qu'il était contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution d'interpréter les articles 32 et 37 de la loi du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail comme « faisant obstacle au droit d'un travailleur employé par une autorité publique à être entendu préalablement à son licenciement pour des motifs liés à sa personne ou à son comportement [...] »¹⁴⁷. La Cour a d'ailleurs répété ce raisonnement dans le cas d'un licenciement pour motif grave¹⁴⁸, pourant bien plus contraignant en raison du délai ne pouvant dépasser trois jours entre la connaissance du fait justifiant le congé pour motif grave et sa communication au travailleur¹⁴⁹. Il s'en déduit que la Cour constitutionnelle a réinstauré l'obligation d'audition préalable dans le secteur public¹⁵⁰, s'opposant ainsi frontalement à la Cour de cassation. À l'heure actuelle, les Cours du travail de Bruxelles¹⁵¹ et de Mons¹⁵² ont, en conséquence de cette jurisprudence, repris la position qui était la leur avant l'arrêt du 12 octobre 2015 de la Cour de cassation.

24. La controverse autour de l'application de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs n'a plus lieu d'être. Par un arrêt du 5 juillet 2018¹⁵³, la Cour constitutionnelle a rejoint la position adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt du 12 octobre 2015, et a donc entériné définitivement tout argument en faveur de l'application de la loi du 29 juillet 1991 au licenciement des agents contractuels du secteur public¹⁵⁴. La Cour a

¹³⁹ C. trav. Liège (1^{re} ch.), 26 avril 2011, R.G. n° 2009/AN/8.850, disponible sur www.juridat.be (implicitement et *a contrario*) ; Trib. trav. Bruxelles (2^{de} ch.), 30 octobre 2007, R.G. n° 18.041/06, disponible sur www.juridat.be.

¹⁴⁰ Trib. trav. Charleroi, 23 novembre 1992, *Chron. D.S.*, 1993, p. 87 ; voy. également la jurisprudence nombreuse (mais ancienne) citée à cet égard dans Trib. trav. Bruxelles (3^{re} ch.), 1^{er} décembre 2005, R.G. n° 54.887/03, disponible sur www.terralabris.be.

¹⁴¹ C. trav. Mons (3^{re} ch.), 24 novembre 2015, R.G. n° 2014/AM/213 et C. trav. Mons (3^{re} ch.), 8 décembre 2015, R.G. n° 2014/AM/422, disponibles sur www.juridat.be. *Adde* : C. trav. Mons (3^{re} ch.), 5 juillet 2017, R.G. n° 2016/AM/201, disponible sur www.juridat.be.

¹⁴² C. trav. Mons (3^{re} ch.), 28 mars 2017, R.G. n° 2016/AM/92, disponible sur www.juridat.be.

¹⁴³ C. trav. Liège (3^{re} ch.), 20 février 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1046.

¹⁴⁴ Mais, là aussi, non sans précédent : Trib. trav. Bruxelles, 20 février 1992, *Chron. D.S.*, 1993, p. 86.

¹⁴⁵ Trib. trav. Liège (div. Neufchâteau, 3^{re} ch.), 16 janvier 2017, R.G. n° 15/5771A et Trib. trav. Liège (div. Dinant, 2^{de} ch.), 21 novembre 2016, R.G. n° 15/1020A, disponibles sur www.terralabris.be ; ainsi que Trib. trav. Liège (div. Dinant, 2^{de} ch.), 15 février 2016, R.G. n° 15/2881A ; Trib. trav. Dinant (2^{de} ch.), 20 octobre 2014, R.G. n° 14/7761A et Trib. trav. Dinant (2^{de} ch.), 20 janvier 2014, R.G. n° 12/15471A, cités par A. CASTADOT, « Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public (2^e partie) », *op. cit.*, p. 24.

¹⁴⁶ V. VUYSTREKE et S. DE SOMER, « Le licenciement des agents contractuels et le principe *Audi alteram partem* : la Cour constitutionnelle se fait entendre », *op. cit.*, p. 208 ; à noter cependant que, selon le juge Pinto De Albuquerque, l'article 6 de la CEDH impose également une audition préalable au licenciement. J. PINTO DE ALBUQUERQUE, opinion concordante sous Cour eur. D.H., arrêt K.M.C. c. Hongrie, 10 juillet 2012. Au sujet de cet arrêt, voy. *infra*.

¹⁴⁷ C.C., 6 juillet 2017, n° 86/2017.

¹⁴⁸ C.C., 22 février 2018, n° 22/2018.

¹⁴⁹ Art. 35 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, M.B., 22 août 1978.

¹⁵⁰ I. VAN HIEU, « Overheid is verplicht werknemer te horen voor ontslag om dringende reden », *Juristenkrant*, n° 367, 2018, p. 3.

¹⁵¹ C. trav. Bruxelles (4^{re} ch.), 25 avril 2018, R.G. n° 2015/AB/1035, disponible sur www.sociaalweb.be ; C. trav. Bruxelles (4^{re} ch.), 5 décembre 2017, R.G. n° 2015/AB/518, disponible sur www.terralabris.be. On notera, par contre, que la Cour du travail de Bruxelles, chambre néerlandophone, se refuse à tirer la moindre conséquence de l'arrêt du 6 juillet 2017 de la Cour constitutionnelle (C. trav. Bruxelles (3^{re} ch.), 30 mars 2018, R.G. n° 2016/AB/1166, inédit), à l'instar, vraisemblablement, de la majorité des juridictions néerlandophones, positionnée en ce sens depuis le début de la controverse (à ce dernier égard, voy. P. JOASSART et M. SOLBREUX, « L'application des principes généraux de droit administratif aux fonctionnaires et contractuels de la fonction publique », *op. cit.*, pp. 973-975).

¹⁵² C. trav. Mons (1^{re} ch.), 26 janvier 2018, R.G. n° 2016/AM/404, disponible sur www.terralabris.be.

¹⁵³ C.C., 5 juillet 2018, n° 84/2018.

¹⁵⁴ H. DASNIOY, « Le licenciement d'un agent contractuel du secteur public ne doit pas être formellement motivé », *Les Pages*, 2018, n° 38.

en effet jugé que l'interprétation selon laquelle la loi du 29 juillet 1991 ne s'applique pas au licenciement de ces derniers est conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution.

Cela n'a pas empêché qu'une réflexion se poursuive au sujet du besoin ressenti de s'assurer de l'existence d'un régime de motivation, cette fois *substantielle*, du licenciement des contractuels du secteur public. À ce sujet, D. Cuypers relevait, déjà en 2007, que « *de motiveringswet stelt zodoende geen overbreven eisen aan de zorgvuldigheid van de overheidswerkgever*¹⁵⁵ ».

Il faut rappeler à cet égard que la motivation *formelle* relève de la *légalité externe* de l'acte administratif : elle implique la communication, dans l'acte, des motifs de droit et de fait ayant justifié la décision, là où la motivation *substantielle* relève de la *légalité interne* et consiste en l'existence de motifs exacts et admissibles à la décision, *qu'ils soient communiqués dans l'acte ou par après*¹⁵⁶. En pratique, le contrôle formel au regard de la loi du 29 juillet 1991 glissait souvent vers le contrôle de la pertinence des motifs : il est en effet bien difficile « de faire le départ entre la forme et le fond¹⁵⁷ ». C'est que le contrôle de la motivation du licenciement d'un agent contractuel du secteur public par les juges du travail, certes justifié jusqu'en 2015 par l'application de la loi du 29 juillet 1991, se faisait bien par le truchement de l'abus de droit et par l'évaluation, certes marginale, de l'existence de raisons réelles et suffisantes justifiant la décision de licenciement.

La question de la motivation est devenue particulièrement sensible depuis l'abrogation de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail. En vertu de cette disposition était considéré comme licenciement abusif le licenciement d'un ouvrier engagé pour une durée indéterminée effectué pour des motifs qui n'ont aucun lien avec l'aptitude ou la conduite de l'ouvrier ou qui ne sont pas fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service. Cette disposition a cessé de produire ses effets dans le secteur privé à la suite de l'entrée en vigueur de la CCT n° 109¹⁵⁸ qui a introduit un nouveau régime de motivation, *a posteriori* et sur demande du travailleur, du licenciement dans le secteur privé, à la suite de l'adoption de la loi du 26 décembre 2013 concernant l'introduction d'un statut unique entre ouvriers et employés en ce qui concerne les délais de préavis et le jour de carence ainsi que de mesures d'accompagnement, qui visait à résorber les

différences de traitement discriminatoires entre le statut d'ouvrier et celui d'employé relevées à plusieurs reprises par la Cour constitutionnelle¹⁵⁹. Résolue toutefois en vigueur pour le secteur public, son application a été jugée discriminatoire par la Cour constitutionnelle dès 2014¹⁶⁰. La Cour a en effet estimé que maintenir un tel système de protection contre le licenciement abusif pour les ouvriers sans que les employés puissent également profiter d'une telle protection était contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution.

Cependant, en raison de l'entrée en vigueur de la CCT n° 109, la problématique a glissé de la discrimination entre ouvriers et employés à la discrimination entre le secteur privé et le secteur public : le secteur privé disposait désormais d'un régime de motivation du licenciement, alors que la seule disposition concernant le secteur public était inconstitutionnelle. Cette lacune n'a pas échappé à la Cour constitutionnelle, qui, dans un arrêt du 30 juin 2016, a estimé que, « dans l'attente de l'intervention du législateur, il appartient aux juridictions, en application du droit commun des obligations, de garantir sans discrimination les droits de tous les travailleurs du secteur public en cas de licenciement manifestement déraisonnable, en s'inspirant, le cas échéant, de la convention collective de travail n° 109¹⁶¹ ». Cette obligation semble d'autant plus manifeste que le législateur lui-même a annoncé qu'un texte de loi viendra combler cette lacune dans l'article 38 de la loi du 26 décembre 2013 : « l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, [...] cesse de s'appliquer : [...] 2° en ce qui concerne les employeurs qui ne relèvent pas du champ d'application de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires et leurs travailleurs, à partir de l'entrée en vigueur d'un régime analogue à celui prévu par la convention collective de travail visée au 1° (soit la C.C.T. n° 109) ».

L'appel lancé par la Cour constitutionnelle a fini par être entendu. Dans un intéressant arrêt du 22 janvier 2018 en effet, la Cour du travail de Liège a examiné si le comportement de l'autorité publique qui avait licencié un agent contractuel avait été abusif, entre autres au regard des critères de l'article 8 de la CCT n° 109, soit si le licenciement était « basé sur des motifs qui n'ont aucun lien avec l'aptitude ou la conduite du travailleur ou qui ne sont pas fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service », *quod non* en l'espèce¹⁶².

Ce faisant, la Cour du travail de Liège a validé la solution précédemment retenue par le Tribunal du travail de Liège qui a conclu, en suivant

¹⁵⁵ D. CUYPERS, « Over ontslagmotieven, motiveringswet en rechtsmisbruik », comm. sous C. trav. Bruxelles (3^e ch.) 30 mai 2006, *Cron.*, D.S., 2007, p. 513.

¹⁵⁶ S. GILSON, « L'absence de motivation formelle du congé, une règle en sus ? – L'exemple du licenciement des contractuels de la fonction publique », *Orientations*, 2006, n° 4, p. 10.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ Convention collective de travail n° 109 du 12 février 2014 concernant la motivation du licenciement, rendue obligatoire par l'arrêté royal du 9 mars 2014, M.B., 20 mars 2014.

¹⁵⁹ C.C., 7 juillet 2011, n° 125/2011 ; C.C., 21 juin 2001, n° 84/2001 ; C.C., 8 juillet 1993, n° 56/93.

¹⁶⁰ C.C., 18 décembre 2014, n° 187/2014.

¹⁶¹ C.C., 30 juin 2016, n° 101/2016.

¹⁶² C. trav. Liège (div. Liège, 3^e ch.), 22 janvier 2018, J.L.M.B., 2018, p. 669, obs. R. LINGUELET.

le même raisonnement, à la condamnation de l'employeur public¹⁶³. Mieux, le Tribunal s'est également basé sur les dispositions de la CCT n° 109 pour chiffrer le montant du préjudice, c'est-à-dire, dans ce cas, l'équivalent de treize semaines de rémunération (sur un maximum possible de dix-sept semaines), soit près de 7.500 euros.

25. Si les interventions de la Cour de cassation et de la Cour constitutionnelle dans le débat étaient nécessaires, « le licenciement des agents contractuels du secteur public [n'en] verse [pas moins] dans l'incertitude juridique¹⁶⁴ » : en ce qui concerne l'audition préalable, les hautes juridictions s'opposent frontalement. Quant à la motivation du licenciement, l'application de la loi du 29 juillet 1991 étant définitivement écartée, les juges du travail ne peuvent se reposer que sur un arrêt de la Cour constitutionnelle, qui propose une solution qui relève de la routine juridique. Il importe, dès lors, d'examiner quelques autres angles d'attaque de la problématique.

26. Il subsiste toujours la possibilité de rechercher, d'une part, la responsabilité de l'État législateur, en raison de son omission d'adopter un régime général de motivation des licenciements applicable aux contractuels du secteur public¹⁶⁵. Il est en effet certain qu'à l'heure actuelle, le législateur reste en défaut de combler la lacune mise au jour par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 30 juin 2016. Or l'omission de combler une lacune constatée par la Cour constitutionnelle peut constituer le fondement d'une telle action en responsabilité¹⁶⁶. Cependant, la Cour constitutionnelle n'a pas donné, dans son arrêt du 30 juin 2016, un délai au législateur belge pour exécuter l'article 38 de la loi du 26 décembre 2013. Par conséquent, le juge civil devrait évaluer si le législateur a manqué à son devoir de diligence en n'intervenant pas dans un délai raisonnable¹⁶⁷. Il est loin d'être établi que le juge civil s'avancerait en ce sens. Qui plus est, le plaignant devrait démontrer que son licenciement n'aurait pas eu lieu ou qu'il aurait été licencié dans de meilleures conditions si une législation en matière de motivation du licenciement avait existé¹⁶⁸. Cette preuve paraît difficile à apporter, et quand bien même serait-elle apportée, qu'on n'imagine pas le juge accorder au plaignant une indemnisation conséquente.

¹⁶³ Trib. trav. Liège (div. Arlon, 2^e ch.), 28 février 2017, R.G. n° 16/142/A, disponible sur www.terralibris.be.

¹⁶⁴ R. LINGULET, « La navigation en eaux troubles du licenciement des agents contractuels », obs. sous C. trav. Liège (3^e ch.), 22 janvier 2018, J.L.M.B. 2018, p. 675.

¹⁶⁵ A. HACHEZ et P. VANNAVERBEKE, « Le licenciement des agents contractuels du secteur public doit-il être motivé ? », B.S.J., n° 613, 2018, p. 3.

¹⁶⁶ P. VAN OMMEGASCHEN, « La responsabilité extracontractuelle de l'état appliquée au pouvoir législatif », A.P., 2012, n° 1, pp. 19-20.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p.24.

¹⁶⁸ E. TIMBERMONT et A. MECHELVNCK, « Geen ontslagmotiveering voor arbeidscontractanten – Schending van het gelijkheidsbeginsel en van het recht op eerlijk proces ? », N.J.W., 2017, p. 832.

27. Selon certains, il semble également pouvoir être déduit de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) une obligation de motiver le licenciement d'un agent contractuel du secteur public¹⁶⁹. Selon la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *K.M.C. c. Hongrie*¹⁷⁰ en effet, « la connaissance des motifs du licenciement est une condition nécessaire pour pouvoir exercer de manière effective le droit d'accès à un tribunal découlant de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁷¹ ». Il est possible¹⁷² que la Belgique se voie condamner par la Cour européenne des droits de l'homme si un agent contractuel du secteur public s'adressait à elle à la suite de son recours infructueux devant les juridictions nationales. Une telle condamnation fournirait d'ailleurs un argument supplémentaire pour que d'autres travailleurs introduisent une action en responsabilité contre l'État législateur, en raison de son inaction. Cela étant, on aperçoit mal l'intérêt pratique pour un travailleur de mener l'une ou l'autre des procédures à son terme, eu égard à leur coût et leur longueur, en comparaison du maigre bénéfice escompté. Enfin, invoquer directement la violation de l'article 6 de la CEDH devant les juridictions du travail pour engager la responsabilité de l'employeur public est envisageable¹⁷³. Toutefois, « lorsque la Cour européenne des droits de l'Homme met en exergue, à l'occasion du constat de la violation d'une disposition de la Convention, un manquement à une obligation positive, aucun effet direct ne peut être reconnu dans ce cadre à cette disposition¹⁷⁴ ». Cette thèse paraît donc fragile et ne pas fournir une réelle réponse à l'absence de régime légal de motivation.

¹⁶⁹ F. LAMBINET et S. GILSON, « Le droit 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 (dir.), *Le droit du travail au XXI^e siècle – Liber amicorum Claude Wautiez*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 393 ; E. TIMBERMONT et A. MECHELVNCK, « Geen ontslagmotiveering voor arbeidscontractanten – Schending van het gelijkheidsbeginsel en van het recht op eerlijk proces ? », *op. cit.*, pp. 829-830. *Contra* : T. SNEVENARD et N. LAMBECHT, « Le licenciement d'un agent contractuel de la fonction publique n'est pas un acte administratif », *op. cit.*, p. 412.

¹⁷⁰ Cour eur. DH, arrêt *K.M.C. c. Hongrie*, 10 juillet 2012.

¹⁷¹ V. VOULSTRAE et S. DE SOMER, « Motivation formelle et licenciement des agents contractuels du secteur public : voyage en eaux troubles », *op. cit.*, p. 26. Le Tribunal de l'Union européenne, statuant sur pourvoi contre un arrêt du Tribunal de la fonction publique européenne, ne dit pas autre chose, lorsqu'il considère qu'il est nécessaire « de fournir à l'intéressé qui a fait l'objet d'une décision portant atteinte à sa situation juridique une indication suffisante pour apprécier le bien-fondé de la décision et l'opportunité d'introduire un recours juridictionnel tendant à en contester la légalité et, d'autre part, de permettre au juge d'exercer son contrôle ». Trib. arrêt *Fondation européenne pour la formation c. Pia Landgren*, 8 septembre 2009, T-404/06P, EU : T : 2009:313, § 159.

¹⁷² Comp. R. VALKENEERS, « *Roma locuta, sed causa non finita* : de formele motiveringswet en de beginselen van behoorlijk bestuur (dan toch) wel van toepassing op arbeidsovereenkomsten in de publieke sector ? », *Chron. D.S.*, 2016, pp. 361-362 et en particulier la note 65.

¹⁷³ E. TIMBERMONT et A. MECHELVNCK, « Geen ontslagmotiveering voor arbeidscontractanten – Schending van het gelijkheidsbeginsel en van het recht op eerlijk proces ? », *op. cit.*, pp. 832-833.

¹⁷⁴ A. CASTAÑO, « Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public », *op. cit.*, p. 23.

28. Au fil du temps, de nombreux régimes particuliers ont vu le jour en droit du travail afin de donner une protection particulière contre le licenciement à diverses catégories de travailleurs. Outre la protection, accordée par le législateur, dont bénéficient certaines catégories transversales de travailleurs¹⁷⁵, la sécurité de l'emploi des travailleurs peut être accrue par le biais d'une clause de stabilité d'emploi, insérée dans une convention collective de travail négociée au niveau sectoriel ou au niveau de l'entreprise, voire même via une disposition expresse dans leur contrat de travail¹⁷⁶. Une clause de stabilité d'emploi « consiste à limiter le droit de l'employeur de licencier son travailleur, soit pendant une période déterminée, soit pour des motifs déterminés, ou bien encore à subordonner le droit de licencier de l'employeur au respect d'une procédure préalable¹⁷⁷ ». Une telle clause pourrait donc imposer un ou plusieurs avertissements du travailleur – expliquant donc *a posteriori* les raisons pour lesquelles le licenciement a pu être envisagé¹⁷⁸ – et/ou une audition¹⁷⁹, préalablement à son licenciement¹⁸⁰. Au-delà d'une clause de stabilité d'emploi au sens strict, l'instauration d'une véritable obligation d'audition préalable au licenciement ou de motivation de celui-ci par la voie conventionnelle pourrait donc être imaginée. Les employeurs publics pourraient ainsi prévoir de telles garanties dans les contrats de travail, voire dans leurs règlements de travail¹⁸¹. L'insertion de ces protections est cependant, dans ce cas, entièrement subordonnée à la volonté de ce faire de chacun d'eux. Il est également théoriquement imaginable que soit négociée l'introduction de telles garanties au niveau sectoriel ou intersectoriel¹⁸². Dans le secteur privé, on en trouve un exemple

¹⁷⁵ On citera, p. ex., les représentants du personnel au sein du conseil d'entreprise et/ou du comité pour la

prévention et la protection au travail, qui ne peuvent être licenciés que moyennant le respect d'une procédure très stricte impliquant l'approbation d'un juge (loi du 19 mars 1991 portant un régime de licenciement particulier pour les délégués du personnel aux conseils d'entreprise et aux comités de sécurité, d'hygiène et de bien-être des lieux de travail, ainsi que pour les candidats désignés du personnel, M.B., 29 mars 1991), ainsi que les femmes enceintes ou en repos de maternité, qui ne peuvent être congédiées en raison de leur grossesse (art. 40 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail, M.B., 30 mars 1971).

¹⁷⁶ A. FRANKART, « Aménagement conventionnel du droit de licencier : la clause de stabilité d'emploi », in S. GILSON (coord.), *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 200.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ Une telle procédure n'entraîne pas à proprement parler la motivation formelle du licenciement, mais n'atteint-elle pas pour autant, au moins en partie, le même objectif ?

¹⁷⁹ En fonction des modalités de l'audition, le même commentaire qu'à la note précédente peut être fait, *mutatis mutandis*.

¹⁸⁰ A. FRANKART, « Aménagement conventionnel du droit de licencier : la clause de stabilité d'emploi », *op. cit.*, p. 203.

¹⁸¹ L'instauration d'une véritable obligation d'audition préalable par la voie d'un règlement de travail s'est déjà vue en jurisprudence : voy. C. trav. Mons (2^e ch.), 10 janvier 2011, *Chron.* D.S., 2013, p. 119 (somm.).

¹⁸² P. ex., au niveau sectoriel, au Comité B pour les services publics fédéraux, communautaires ou régionaux, ou au Comité C pour les services publics provinciaux et locaux, et, au niveau intersectoriel, au comité A commun à l'ensemble des services publics. À ce sujet, voy. R. JANVIER, I. DE WILDE et P. HUMAULT, « Les relations collectives de travail : théoriquement unilatérales, pratiquement inapplicables ? », in R. JANVIER (éd.), *Le droit social de la fonction publique*, Bruxelles, la Charte, 2015, p. 285-288.

dans le secteur des assurances, avec un régime dans lequel le travailleur reçoit un avertissement écrit préalable lorsque l'employeur envisage de le licencier¹⁸³. Cet avertissement indique les motifs de comportement du travailleur justifiant cette intention. Un entretien a ensuite lieu pour convenir de pistes d'amélioration, et un délai raisonnable est fixé pour permettre au travailleur de corriger son comportement. À défaut d'amélioration notable endéans le délai prévu, le travailleur est licencié. Un éventuel aménagement conventionnel comparable d'une obligation de motivation (formelle) du licenciement ou d'audition préalable à un niveau (inter)sectoriel n'apparaît toutefois pas possible à l'heure actuelle. Certes, une concertation sociale obligatoire entre les employeurs publics et les syndicats représentatifs des agents du secteur public existe depuis 1974, notamment lorsqu'il s'agit de modifier le statut administratif et pécuniaire de ceux-ci¹⁸⁴. Pour autant, cette concertation n'aboutit, selon les cas, qu'à un protocole d'accord (ou de désaccord)¹⁸⁵, voire à un simple avis motivé¹⁸⁶. Dans les deux cas, l'outil visé n'a pas de valeur juridique, et seul le protocole d'accord implique un véritable engagement politique¹⁸⁷.

Chapitre 3

La validité du congé en cas de violation des règles de motivation et d'audition préalable par une autorité publique

29. Le tableau qui résulte des deux premières sections est pour le moins contrasté. D'une part, les membres du personnel contractuel des autorités publiques jouissent de garanties globalement comparables aux membres du personnel statutaire en termes de motivation et surtout d'audition préalable. Mais, d'autre part, ces règles ne sont pas sanctionnées en l'état par un véritable espoir de réintégration, mais seulement par des dommages et intérêts d'un montant aléatoire et le plus souvent modique.

Une telle différence dans la protection juridictionnelle est sans doute conforme à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, eu égard aux arrets rappelés ci-avant, mais il faut être bien conscient des conséquences qu'elle

¹⁸³ Art. 40bis de la Convention collective de travail conclue le 6 décembre 2010, conclue au sein de la commission paritaire des assurances, relative à la sécurité d'emploi. Pour un autre exemple comparable, voy. art. 2 de la Convention collective de travail du 2 juillet 2007, conclue au sein de la commission paritaire pour les banques, portant dispositions relatives à l'emploi dans le secteur bancaire.

¹⁸⁴ Art. 2, § 1^{er}, 1^{er} a) et b), de la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de cette autorité, M.B., 24 décembre 1974.

¹⁸⁵ Art. 9 de la loi du 19 décembre 1974 préc.

¹⁸⁶ Art. 11, al. 3, de la loi du 19 décembre 1974 préc.

¹⁸⁷ R. JANVIER, I. DE WILDE et P. HUMAULT, « Les relations collectives de travail : théoriquement unilatérales, pratiquement inapplicables ? », *op. cit.*, p. 284.

emporte. D'abord, cette différence ne saurait rester sans conséquence sur le fond du droit. Un membre du personnel statutaire auquel il est demandé de se défendre dans des conditions qui méconnaissent à l'évidence le principe général des droits de la défense, par exemple parce qu'il lui serait adressé des griefs vagues et non étayés, peut s'abstenir purement et simplement de répondre, tant que ses droits n'ont pas été respectés. Si l'autorité s'entête, le Conseil d'État aura le pouvoir de mettre à néant l'ensemble de la procédure. En revanche, un membre du personnel contractuel à qui il est demandé de se justifier dans les mêmes conditions sera tenu de s'expliquer malgré tout, dans la mesure de ses possibilités, en tablant sur la bonne foi supposée de son employeur, pour éviter une décision de licenciement qui ne lui donnerait jamais droit qu'à cette indemnisation aléatoire. Autrement dit, si la différence de protection juridictionnelle a été admise dans son principe par la Cour constitutionnelle, elle vide d'une bonne partie de son contenu la jurisprudence au terme de laquelle les deux catégories jouissent de garanties comparables sur le fond. Ensuite, et de manière plus générale, cette situation laisse les membres du personnel contractuel des autorités publiques, à tout le moins lorsqu'ils ont besoin de leur emploi, très exposés à la volonté de leur supérieur hiérarchique, lequel ne supporte pas, à la différence des employeurs privés, les conséquences économiques d'un licenciement. À l'heure où la relation de travail de nature contractuelle est de plus en plus répandue au sein des autorités publiques, il n'est pas certain que cette relation de dépendance soit dans l'intérêt des autorités publiques elles-mêmes.

Nous examinerons des lors ici quelles autres voies peuvent être envisagées pour sanctionner plus efficacement la méconnaissance de règles telles que la motivation et l'audition préalable. Nous présenterons d'abord l'analyse traditionnelle en droit du travail qui conclut au caractère irrévocable du congé. Nous évoquerons ensuite les pistes législatives. Nous réfléchirons enfin au lien qui unit la décision de l'autorité publique au congé.

Section 1

Le caractère irrévocable du congé en droit du travail

30. Il s'agit ici d'examiner de manière plus approfondie le principe généralement admis du caractère définitif du congé et, par conséquent, de l'impossibilité de réintégration d'un travailleur licencié à tort. On appelle « congé », en droit du travail, la rupture unilatérale du contrat de travail par une partie, identifiée par la Cour de cassation comme l'acte par lequel une partie notifie à l'autre qu'elle entend que le contrat d'emploi prenne fin. Il n'est soumis à aucune règle de forme et il peut être écrit, verbal ou implicite. Il s'agit d'un acte « réceptif », c'est-à-dire que, pour produire ses effets, il doit être notifié au cocontractant. Une fois que le congé a sorti ses effets, il est considéré comme irrévocable. C'est de cette

caractéristique qu'il est habituellement déduit, en droit du travail, l'impossibilité pour le tribunal du travail d'ordonner la réintégration d'un travailleur licencié à tort¹⁸⁸. Nous devons observer sur quelles justifications cette analyse repose.

31. Dans sa note « Droit et pouvoir de résiliation unilatérale dans le louage de services », M. Jamouille constatait que toute partie à un contrat de travail dispose d'un « pouvoir absolu, [...] de résilier la convention, par une simple manifestation de volonté¹⁸⁹ ». Celle-ci décelait deux arguments consécutifs justifiant un tel constat. Dans un premier temps, l'article 1780 du Code civil prévoit qu'« [o]n ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée¹⁹⁰ ». Cet article, expression particulière de la liberté individuelle de toute personne, fonde par conséquent un droit au licenciement ou à la démission, selon les cas¹⁹¹. Dans un second temps, il est admis depuis longtemps par une jurisprudence constante que, par extension, « la rupture, même injustifiée, est tenue pour acquise¹⁹² ». Du droit de rupture du contrat, on passe à un véritable pouvoir général et absolu de rupture du contrat, que le congé soit légal ou non. Ce passage s'explique par le fait que les obligations découlant du contrat de travail sont des obligations de faire : en vertu de l'article 1142 du Code civil, « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur ». C'est qu'en effet, l'exécution forcée d'une obligation de faire, implicite, *in fine*, si le cocontractant refuse totalement d'obtempérer, l'exercice d'une contrainte physique, « à laquelle le droit répugne en principe¹⁹³ ». La jurisprudence de la Cour de cassation est parfaitement claire à cet égard¹⁹⁴. Dès lors, exiger l'exécution forcée du contrat de travail ne produit pas un résultat différent de l'exercice d'un pouvoir de résiliation unilatérale¹⁹⁵, qui constitue, lui, la solution définitive au conflit offrant la plus grande sécurité juridique¹⁹⁶.

¹⁸⁸ W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ (collab. A. TACHON, F. KUNEZ et M. DERNÉZ), *Compendium social – Droit du travail*, 2018-2019, t. I, op. cit., pp. 2309 et s. ; T. STREVENARD, « Le licenciement des agents contractuels des collectivités locales », op. cit., pp. 54 et s.

¹⁸⁹ M. JAMOUILLE, « Droit et pouvoir de résiliation unilatérale dans le louage de services », note sous Cass., 16 octobre 1969, R.C.J.B., 1970, p. 540.
¹⁹⁰ Aujourd'hui répliqué dans l'article 7 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, M.B., 22 août 1978, *ibid.*, pp. 532-533.

¹⁹¹ R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports syndicalisés*, Paris, Sirey, 1914, p. 351, cité par M. JAMOUILLE, « Droit et pouvoir de résiliation unilatérale dans le louage de services », op. cit., p. 540. Pour la jurisprudence, voy. p. 542, note 57.
¹⁹² P. VAN OMMESLAEGHE, « Examen de jurisprudence – 1968-1973 », R.C.J.B., 1975, p. 423, cité par V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 872.

¹⁹³ P. VAN OMMESLAEGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II « Les obligations », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 842-843. Deux éléments complémentaires assaillent cette thèse : d'une part, l'article 1385bis du Code judiciaire interdit le recours à l'astreinte dans les actions en exécution du contrat de travail ; d'autre part, les juges du travail se considèrent en général sans pouvoir pour « ordonner provisoirement l'exécution forcée d'un contrat de travail que l'employeur a décidé [...] de rompre [...] » (V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, op. cit., p. 872).

¹⁹⁴ M. JAMOUILLE, « Droit et pouvoir de résiliation unilatérale dans le louage de services », op. cit., p. 541.
¹⁹⁵ M. JAMOUILLE, « Droit et pouvoir de résiliation unilatérale dans le louage de services », op. cit., p. 541.

Il faut néanmoins approfondir la question : ce serait donc la liberté qui serait la base du droit, et donc du pouvoir, de résiliation unilatérale. Dans le cas de l'employeur, son pouvoir de résiliation unilatérale serait fondé sur la liberté de commerce et d'industrie¹⁹⁷, ou, plus précisément, sur la liberté d'entreprise¹⁹⁸. La liberté d'entreprise est un droit fondamental, consacré par l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁹⁹, et en droit interne, par les articles II.3 et II.4 du Code de droit économique²⁰⁰. Pour J. Clesse, la liberté d'entreprise ne suffit pas à elle seule à justifier l'existence du pouvoir de résiliation unilatérale, dans la mesure où celui-ci peut « mettre fin au contrat de travail conclu pour une durée ou une entreprise déterminée ; il peut également être exercé à l'encontre d'une disposition légale restreignant ou prohibant le droit de licenciement²⁰¹ ». Selon lui, c'est en fait le « droit de propriété [...] de l'employeur sur les moyens de production » qui justifie l'existence du pouvoir de résiliation unilatérale, dans la mesure où l'employeur peut refuser du jour au lendemain au travailleur l'accès à son entreprise²⁰².

Cependant, nous estimons que cette liberté d'entreprise ne peut fonder le droit et le pouvoir de résiliation unilatérale des employeurs publics. En effet, ceux-ci ne peuvent, en principe, se prévaloir de droits fondamentaux, dans la mesure où ce sont des personnes morales de droit public²⁰³. Les motifs sur lesquels cette exclusion repose méritent d'être soulignés. Notamment, les droits de l'homme et les libertés fondamentales ont pour vocation de protéger l'adversaire contre l'autorité, et non l'inverse (en l'espèce, l'employeur public et son travailleur contractuel). Notamment encore les personnes publiques ne déterminent pas leurs buts en toute liberté, comme c'est le cas des personnes

privées, mais elles ne peuvent agir que dans le respect des finalités qui leur sont assignées par la loi ou, à défaut, pour la réalisation de l'intérêt général²⁰⁴. Cet argument fait écho au motif pour lequel, nous l'avons vu, la Cour constitutionnelle a imposé la formalité d'audition préalable à l'autorité publique qui licencie un membre de son personnel. Par ailleurs, les dispositions de la Convention européenne et en particulier l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la CEDH, qui consacrent le droit de propriété comme droit fondamental, s'appliquent aux personnes morales de droit public, qui peuvent en bénéficier ; seulement, les personnes morales ne peuvent saisir la Cour européenne que s'il s'agit d'« organisations non gouvernementales », c'est-à-dire qu'elles bénéficient d'une certaine autonomie et qu'elles n'exercent pas de prérogatives de puissance publique²⁰⁵.

32. Quoi qu'il en soit, les arguments qui sont fondés sur les libertés fondamentales et sur le droit de propriété ne justifient néanmoins, selon nous, que le passage d'un droit à un pouvoir de résiliation unilatérale, mais ne définissent pas pourquoi l'employeur dispose à l'origine d'un droit de résiliation unilatérale²⁰⁶. C'est un constat pratique, *a posteriori*.

Au-delà des objections évoquées à leur égard, les deux arguments évoqués ci-dessus nous paraissent surtout être des *justifications* du pouvoir de résiliation unilatérale, pas sa *source*²⁰⁷. Ce pouvoir trouve en fait son origine, selon la doctrine civiliste la plus autorisée²⁰⁸, dans un principe général de droit d'ordre public, selon lequel « toute partie à un contrat à prestations successives conclu pour une durée indéterminée a le droit de résilier ce contrat²⁰⁹ ». A. Renard a cependant brillamment démontré que c'est en réalité l'inverse : le principe général de droit en question a historiquement été fondé par la doctrine sur l'article 1780 du Code civil. Ce dernier consacre le pouvoir de résiliation unilatérale, au moyen d'une « induction amplifiante », qui a étendu

¹⁹⁷ B. PATERNOSTRE, *Le droit de la rupture du contrat de travail*, Bruxelles, De Boeck, 1990, p. 71.

¹⁹⁸ La liberté de commerce et d'industrie est classiquement divisée entre liberté d'entreprendre et libre concurrence. C'est ici la liberté d'entreprendre, soit la liberté de « diriger son entreprise à son gré », qui est concernée. M. VANDERSTRAETEN, « La liberté d'entreprendre dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'État », in T. LÉONARD (coord.), *Actualités en droit économique – La liberté d'entreprendre ou le retour en force d'un fondamental du droit économique*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 9.

¹⁹⁹ T. LÉONARD, « L'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union : une nouvelle verdure pour la liberté d'entreprendre ? », in T. LÉONARD (coord.), *Actualités en droit économique – La liberté d'entreprendre ou le retour en force d'un fondamental du droit économique*, op. cit., p. 93.

²⁰⁰ La valeur exacte de la liberté d'entreprendre en droit interne n'est pas assurée : consacrée par la loi, elle se manifeste cependant dans des textes de rang supra-législatif, dont la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. À cet égard, voy. M. VANDERSTRAETEN, « La liberté d'entreprendre dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'État », op. cit., pp. 10-13.

²⁰¹ J. CLESSE, *Congé et contrat de travail*, Liège, Coll. scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1992, p. 20.

²⁰² *Ibid.*, p. 21.

²⁰³ F. BELLEFLAMME, P.-O. DE BROUX et M. EL BENHOUIM, « Ill. 2. Les personnes morales de droit privé et de droit public », in S. VANDROOGHENROECK (dir.), *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 63-68. La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle concernant, entre autres, la liberté d'association, conforte cette analyse. Voy. p. ex., C.C., 21 avril 2016, n° 53/2016, B.50 et C.C., 8 mai 2014, n° 73/2014, B.24.1.

²⁰⁴

« S'il est vrai que les autorités concernées doivent servir l'intérêt général alors que les particuliers peuvent se laisser guider par leur intérêt personnel, l'État, les communautés et les régions débiteurs, dans leurs relations extraccontractuelles, n'en peuvent pas moins être comparés avec les particuliers » (C.C., arrêt n° 64/2002 du 28 mars 2002 et les très nombreuses espèces citées, ainsi que la note informative et introductive à l'arrêt n° 68/2015).

²⁰⁵

F. BELLEFLAMME, P.-O. DE BROUX et M. EL BENHOUIM, « Ill. 2. Les personnes morales de droit privé et de droit public », op. cit., p. 70 et la note 38 au sujet de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en ce sens.

²⁰⁶

Le droit de propriété n'est pas absolu, et conclure un contrat de travail implique nécessairement une limitation de ce droit. Par ailleurs, la référence au droit de propriété est intrinsèquement liée à la situation – dépassée – au XIX^e siècle, où l'usine était véritablement la « propriété » du patron. Sur tout ceci, voy. K. SALOMER, *De rechtspostie van de ontslagmacht naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2004, pp. 335-336.

²⁰⁷

« Ce pouvoir est traditionnellement justifié par [...] » F. KEFER, « La motivation du licenciement en droit belge », *Rev. dr. ULg*, 2011, p. 435.

²⁰⁸

P. VAN OMMESLANDT, *Traité de droit civil belge*, op. cit., pp. 1001-1002 et les nombreuses références doctrinales à la note 2617.

²⁰⁹

Ibid., p. 1001.

de façon injustifiée un pouvoir reconnu au seul travailleur à l'ensemble des débiteurs²¹⁰. Le pouvoir de résiliation unilatérale d'une partie au contrat de travail ne peut en effet être comparé avec celui de tout autre débiteur d'un contrat civil à durée indéterminée²¹¹. C'est de fait une pratique connue depuis le XVIII^e siècle²¹² : Diderot proposait, au sujet des domestiques, qu'ils puissent quitter leur maître à tout moment s'ils sont engagés à durée indéterminée²¹³. À l'adoption du Code civil, la doctrine va trouver un fondement rationnel à cette pratique dans l'article 1780 du Code civil, qui interdit que le travailleur – mais pas l'employeur – s'engage à vie²¹⁴. Dès lors, si les parties concluent un contrat de travail à durée indéterminée, la seule interprétation possible²¹⁵ est qu'elles ont eu la volonté de ménager au travailleur un pouvoir de résiliation unilatérale²¹⁶. Ce faisant, même l'article 1134 du Code civil est respecté. Ce pouvoir est enfin étendu à l'employeur, dont la durée des obligations n'est, par hypothèse, pas plus définie que celle du travailleur : il faut donc les aligner par réciprocité²¹⁷. Ce n'est par conséquent qu'au prix d'une distorsion conceptuelle que le pouvoir de résiliation unilatérale a acquis le visage qu'on lui connaît en Belgique aujourd'hui, à la suite d'une triple intervention de la Cour de cassation²¹⁸, qui a directement déduit un tel pouvoir dans le chef des deux parties au contrat de l'interdiction du travail à vie visée à l'article 1780 du Code civil, passant outre l'élégant raisonnement basé sur l'interprétation du contrat de la doctrine classique²¹⁹.

210 A BENARD « La prohibition de l'engagement à vie et la construction du droit de résiliation de l'employeur »

« dans le contrat de travail à durée indéterminée – Esquisse d'une généalogie », *R.D.S.*, 2008, p. 397.

K. SALOMEZ. *De rechtspositie van de ontslagmacht naar Belgisch arbeidsrecht*, op. cit., p. 331.

A. RENARD, « La prohibition de l'engagement à vie et la construction du droit de résiliation de l'employeur dans le contrat de travail à durée indéterminée – Esquisse d'une généalogie », *op. cit.*, p. 355.

213 G. SANCIONES-JACQUENOTTE et V. LOUCKX (collab. I. BOUJOUKLEV et C.-E. CLESSE), *Droit et pouvoir de rupture*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 11.

214 A. RENARD « La prohibition d'

A. RENARD, « La prohibition de l'engagement à vie et la construction du droit de désistation de l'employeur dans le contrat de travail à durée indéterminée – Esquisse d'une généalogie », *op. cit.*, pp. 349-353. Il est logique que l'interdiction de l'engagement à vie ne concerne que le travailleur : sa prohibition permet de garantir au travailleur de garder sa liberté la plus fondamentale : celle de travailler pour se constituer son propre patrimoine, qui est la clé de voûte de sa liberté : « [...] l'homme [...] étant le maître et le propriétaire [...], de tout son travail, a toujours en soi le grand fondement de la propriété » J. Locke, *Traité du gouvernement civil* [traduction de D. Mazel], 2^e éd., Paris, Flammarion, 1992, p. 176). L'employeur n'est, par définition, pas concerné par cette nécessité.

Du moins, l'interprétation imposée par l'article 1157 du Code civil pour éviter la nullité absolue sur pied de l'article 1780 du Code civil.

A. RENARD, « La prohibition de l'engagement à vie et la construction du droit de résiliation de l'employeur dans le contrat de travail à durée indéterminée – Esquisse d'une généalogie », *op. cit.*, p. 336.

217
Ibid., p. 358.

218
Cass., 16 octobre 1969, R.C.I.B., 1970, p. 527, note M. JAMOUILLE ; Cass., 31 octobre 1975, *Pas.*, 1976, I, p. 278
Cass., 30 septembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 89.

219 Sur tout ceci : A. RENARD, « La prohibition de l'engagement à vie et la construction du droit de résiliation de l'emploi dans le contrat de travail à durée indéterminée – Esquisse d'une généalogie », *op. cit.*, pp. 359-381.

Quoi qu'il en soit, à l'heure actuelle, en Belgique, il ne peut être contesté que le pouvoir de résiliation unilatérale est une règle d'ordre public qui peut seulement être restreinte conventionnellement, mais jamais abolie²²⁰. Consacrée par la loi²²¹, l'expression de la volonté d'une des parties de mettre fin au contrat est la méthode « la plus fréquente et la plus intangible » pour ce faire²²². Cette faculté des parties au contrat est tellement établie qu'elle fait partie du « cénacle des droits touchant aux intérêts essentiels de notre système socio-économique²²³ ». Même Kr. Salomez, qui remet fortement en cause le pouvoir de résiliation unilatérale dans sa thèse, est forcé d'admettre que « [...] *het een fundamenteel principe betreft dat bijdraagt tot het moreel en institutioneel gerantelele watarop de maatschappelijke organisatie* »²²⁴.

Section 2

La place du législateur

33. Tout en restant dans un premier temps dans le cadre intellectuel de ce pouvoir de résiliation unilatérale, il convient toutefois de souligner qu'il est aussi un choix politique²²⁵ : une étude de droit comparé démontre que ce pouvoir n'est pas aussi étendu dans d'autres pays, et que l'annulation du licenciement et l'exécution forcée d'un contrat de travail ne sont pas inenvisageables²²⁶. Comme nous l'avons déjà évoqué ci-avant, en droit du travail, il est admis de manière générale que le législateur peut toujours intervenir, par exemple pour accorder une stabilité d'emploi jusqu'à leur pension à des contractuels d'employeurs publics ou apparentés. Les statuts des membres du personnel de l'enseignement libre²²⁷ ou des membres du personnel académique des universités libres en sont des exemples en droit belge²²⁸. La différence avec les véritables agents statutaires semble alors floue, de telle sorte que la question s'impose : le débat doit-il porter sur la stabilité contractuelle ou sur le fonctionnement et l'existence même d'un statut ?

220 G. SANGRONES-JACQUEMOTTE et V. LOUCKX (collab. I. BOUIOUKUEV et C.-E. CLESSE), *Droit et pouvoir de rupture*, op. cit., pp. 15-18.

221
Art. 32, 3°, de la loi du 3 juillet 1978 préc.

222 I. VANDEN POEL, « Motivering van het ontslag van een contractant in overheidsdienst : een bres in het Belgische ontslagrecht ? », *op. cit.*, p. 121.

G. SANGRONES-JACQUEMOTTE et V. LOUCKX (collab. I. BOUIROUKIEV et C.-E. CLESSE), *Droit et pouvoir de rupture*, *op. cit.*, p. 20.

K. SALOMEZ, *De rechtspositie van de ontslagnacht naar Belgisch arbeidsrecht*, op. cit., p. 336

225
ibid., p. 337.

226
Ibid., pp. 339-412.

Décret du 1^{er} février 1993 fixant le statut des membres du personnel subsidisés de l'enseignement libre subventionné, lequel prévoit un moment donné un engagement à titre définitif auquel il ne peut être mis fin que dans des conditions très strictes, M.B., 17 février 1993.

Art. 41 de la loi sur le financement et le contrôle des institutions universitaires du 27 juillet 1971, M.B., 17 septembre 1971.

Dans le cadre des exemples que nous venons de citer, il convient de relever que les établissements d'enseignement libre sont soumis à une forme de tutelle des services de la Communauté française, assortie de la menace de se voir retirer leurs subsides. Notamment, il a été prévu que, « lorsque la décision du pouvoir organisateur d'un établissement d'enseignement libre subventionné, mettant fin totalement ou partiellement à la charge d'un membre du personnel engagé à titre définitif, a été déclarée contraire aux prescriptions du décret fixant le statut des membres du personnel subsidés de l'enseignement libre subventionné, par un jugement ou un arrêt définitif d'une juridiction du travail, la subvention-traitement correspondant à la charge ou à la partie de la charge qui lui a été retirée est versée à ce membre du personnel et aucune subvention-traitement n'est accordée au pouvoir organisateur pour le ou les membres du personnel auxquels la charge a été indûment attribuée »²²⁹. Autrement dit, lorsqu'un enseignant a perdu son emploi, il peut d'abord s'adresser aux juridictions du travail pour faire constater le caractère irrégulier de son licenciement et solliciter, par exemple, une indemnité de licenciement. Une fois cette demande jugée de manière définitive, il peut ensuite postuler, soit dans le cadre d'une réouverture des débats (mais se pose alors le problème de la présence à la cause de la Communauté française), soit au besoin dans le cadre d'une nouvelle instance devant les juridictions du travail, que la subvention-traitement correspondant à son emploi lui soit directement versée, non seulement pour l'avenir, mais également *avec effet rétroactif à la date à laquelle il a été privé de cet emploi*. L'enseignant peut donc bénéficier simultanément d'une indemnité pour la perte de son emploi et du maintien de sa subvention-traitement. Ce mécanisme revêt à la fois un caractère indemnitaire à l'égard de l'enseignant, pour réparer la perte de la stabilité particulière qui est censée être attachée à son emploi, et un caractère sanctionnateur à l'égard du pouvoir organisateur, afin d'inciter celui-ci à réintégrer l'enseignant. Il en sera ainsi jusqu'à ce que cet enseignant ait été réintégré, jusqu'à ce qu'il ait repris une fonction identique ou donnant droit à la même subvention-traitement, jusqu'à ce qu'il ait refusé un emploi dans une fonction identique ou jusqu'à ce qu'il se soit trouvé dans les conditions de cessation définitive de ses fonctions. Cette disposition a précisément pour objectif de pallier l'absence de recours en annulation pour les membres du personnel de l'enseignement libre, dans un souci d'égalité²³⁰.

²²⁹ Paragraphe 3 ajouté à l'article 36 de la loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement par l'article 105 du décret du 1^{er} février 1993 (M.B. 17 février 1993). Une disposition similaire a été insérée au paragraphe 2 de l'article 36 en ce qui concerne les mesures de réduction de traitement ultérieurement rapportées.

²³⁰ P.-P. VAN GENUCHTEN, *op. cit.*, pp. 406 et s., spéc. pp. 411 et s. Voy., à titre d'exemple, R. DONOGNE, « Le statut du "libre" ne viole pas la Constitution : un intéressant arrêt de la Cour du travail de Bruxelles », *Scolanews*, janvier 2007, n° 1 ; C. trav. Liège, div. Liège (6^e ch.), 23 octobre 2015, R.G. n° 2014/AL/492, disponible sur

Section 3

La validité de la décision de l'autorité administrative : condition de fond du congé ?

34. Il nous semble cependant qu'il y a lieu de se demander s'il ne convient pas d'aller plus loin, déjà en l'état et sans réforme législative. Il convient de repartir, à cet effet, de la valeur du congé. Encore une fois, c'est un fait que le congé n'est en principe soumis en droit du travail à aucune règle de forme, tant dans son expression que dans sa notification ; il est définitif et irrévocable. En cela, son régime ne se distingue peut-être pas du régime de l'acte juridique unilatéral en droit commun des obligations²³¹. Cependant, il ne peut pour autant en être déduit que le congé échapperait à toute règle de droit ; il reste soumis à des conditions de validité de fond similaires à celles du contrat, notamment un consentement, une capacité, un objet et une cause²³².

Les décisions sur la cause sont rares, mais on pourrait imaginer que le juge du travail exerce par ce biais un contrôle marginal sur les motifs matériels du congé. Il est en revanche bien établi par de nombreuses décisions que le congé présuppose un consentement, c'est-à-dire une expression de volonté valable, même dans le cas de personnes privées. Il faut que l'auteur du congé ait effectivement l'intention de rompre le contrat. Il peut être constaté que le congé est nul s'il est entaché d'un vice de consentement. Le cas échéant, le congé n'a pu entraîner la rupture du contrat. Cependant, dès lors qu'il s'agit d'appliquer les catégories du droit civil, il apparaît que ces deux conditions ne sont affectées que d'une nullité relative et il n'est dès lors pas évident que

²³¹ www.juridat.be (la Cour a en particulier jugé, aux termes d'un arrêt très fouillé, que la demande fondée sur l'article 105 du décret du 1^{er} février 1993 (M.B. 17 février 1993) n'était pas une action née du contrat de travail, et qui aurait dû être soumise pour ce motif au délai de prescription prévu à l'article 15 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail et à l'article 8 du décret du 1^{er} février 1993, mais bien une action extraccontractuelle, soumise au délai de prescription prévu à l'article 2262bis du Code civil – voy. également, à cet égard, R. DONOGNE, « L'article 105, § 3, du statut du libre : un mécanisme novateur qui peut coûter cher à un employeur », *Scolanews*, novembre 2015, n° 9). Une disposition similaire a été insérée à l'article 28, § 2, de la loi du 29 mai 1959 en Communauté flamande, légèrement différente pour tenir compte de l'existence et des pouvoirs de la Chambre de recours. Voy. le commentaire de R. VERSTEGEN, « Waarborgen voor de vastheid van betrekking in het vrij onderwijs. De decretale regeling doorgelicht », *T.O.R.B.*, 2001-2002, n°s 5-6, pp. 440 et s.

²³² P. VAN OMMEGAEGHE, *Droit des obligations*, t. II « Sources des obligations (deuxième partie) », Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 1048 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 19 et s. ; P. WÉRY, « Les vices de consentement et l'acte juridique unilatéral », *R.G.D.C.*, 2004, p. 214 ; J.-F. GERMAIN, « L'acte juridique unilatéral et l'engagement par manifestation unilatérale de volonté », *Obligations, Traité théorique et pratique*, octobre 2015, www.jurade.be.

²³³ Sur ces conditions, également à propos des paragraphes qui suivent, voy. W. VAN ECKENOUTTE et V. NEUPREZ (collab. A. TACHON, F. KURZ et M. DEKEZ), *Compendium social – Droit du travail 2018-2019*, *op. cit.*, pp. 2309 et s. ; T. STRIEWARD, « Le licenciement des agents contractuels de la fonction publique », *op. cit.*, pp. 343 et s.

le travailleur licencié puisse invoquer l'absence d'une condition de validité qui protège essentiellement l'employeur²³³.

Le problème de la capacité de l'organe qui a décidé le licenciement a également donné lieu à de nombreuses décisions. La doctrine de droit du travail analyse comme un problème de capacité le fait que le congé ait été donné par un représentant de l'employeur qui n'était pas valablement mandaté. Il est admis que le travailleur peut contester la compétence de l'auteur du congé lorsque celle-ci résulte de la loi. Le cas échéant, l'employeur est considéré comme n'ayant jamais exprimé la volonté de rompre le contrat et celui-ci n'est pas rompu²³⁴. Il faut seulement que le travailleur ne se comporte pas lui-même comme si le contrat était rompu, qu'il émette des réserves dans un délai raisonnablement court²³⁵, qu'il continue à se présenter au travail ou qu'il mette son employeur en demeure de lui fournir du travail. Seulement, la gravité de cette sanction est atténuée par le fait que l'employeur peut ratifier par la suite le congé donné sans mandat, en tout cas en ce qui concerne les personnes privées.

Il faut encore prendre en considération au-delà de ces quatre conditions de validité l'ensemble du régime de nullité des contrats, en ce compris les nullités qui sanctionnent la méconnaissance de toute disposition légale particulière essentielle à la validité de la formation du contrat, et même si la nullité n'est pas comminée *expressis verbis* par le juge. On parle alors de nullités virtuelles, qui résultent d'une appréciation du juge tenant compte de la nature de la règle et de son but, mais aussi du milieu de fait dans lequel la nullité est amenée à opérer ainsi que des intérêts en jeu²³⁶. On n'aperçoit pas pourquoi ces causes de nullité ne trouveraient pas à s'appliquer également à l'acte juridique unilatéral, sachant que le régime juridique de celui-ci doit être transposé de celui des contrats²³⁷.

35. Par ailleurs, il faut rappeler que l'article 159 de la Constitution dispose que « [l]es cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois ». Cette disposition énonce une obligation pour le juge et elle est d'ordre public. C'est un fait que l'autorité a le pouvoir de résilier tout contrat, même en dehors

²³³ P. VAN OMMESELAEGHE, *Droit des obligations*, t. II « Sources des obligations (deuxième partie) », *op. cit.*, pp. 1048 et 5.

²³⁴ T. Stevenard évoque non pas même une nullité du congé, mais une absence d'effet fondée sur l'article 1998 du Code civil (T. SIEVENARD, « Le licenciement des agents contractuels de la fonction publique », *op. cit.*, p. 347).

²³⁵ Il est prudent de le faire dans un délai de quelques jours.

²³⁶ P. VAN OMMESELAEGHE, *Droit des obligations*, t. II « Sources des obligations (deuxième partie) », *op. cit.*, p. 948 ; Bruxelles (2^e ch.), 23 septembre 2016, R.G. n° 2011/AR/619, inédit, pour une application au droit des marchés publics.

²³⁷ *Ibid.*, p. 1047.

des prévisions de celui-ci, lorsque les nécessités du service l'imposent, et que, le cas échéant, l'usage d'un tel pouvoir fait obstacle à l'exécution en nature. Seulement, la Cour de cassation ne l'a admis que pour le cas où l'autorité décide *en forme régulière* de ne point satisfaire à un engagement pris²³⁸. Il peut donc advenir que la décision de licenciement soit irrégulière. Ceci nous conduit à nous demander si le juge judiciaire doit écarter la décision de résilier le contrat, lorsqu'elle n'a pas été prise de manière régulière. Il nous semble que la mise en œuvre de cette disposition dans le contexte qui nous intéresse appelle deux questions.

D'abord, peut-on considérer que l'article 159 de la Constitution trouve à s'appliquer à la décision de licencier le membre du personnel contractuel d'une autorité publique ? La question a rarement été posée comme telle aux juridictions du travail, mais lorsqu'elle l'a été, ces juridictions y ont plutôt répondu de manière négative. Il nous semble cependant que cette question est toujours pendante. De manière générale, le champ d'application de l'article 159 de la Constitution, adopté à une autre époque que les lois coordonnées sur le Conseil d'État, et dans un autre contexte, n'est pas lié à la notion de décision administrative, qui définit la compétence du Conseil d'État. La Cour de cassation a admis que l'article 159 soit appliqué à un règlement d'ordre intérieur²³⁹ ou à un avis²⁴⁰, lesquels ne sont en principe pas considérés comme des actes susceptibles de recours par le Conseil d'État. Restent à examiner les deux motifs, déjà évoqués, pour lesquels le Conseil d'État juge irrecevable un recours en annulation dirigé contre la décision de résiliation d'un contrat. D'une part, un contrat doit être considéré comme un tissu de droits subjectifs et les articles 144 et 145 de la Constitution font interdiction au Conseil d'État de connaître des contestations qui ont pour objet des droits subjectifs. Cette limite ne s'impose évidemment pas au tribunal du travail. D'autre part, la décision de licenciement est bien unilatérale et n'est pas un contrat en elle-même, mais nous avons vu, en revanche, que, du point de vue de la procédure devant le Conseil d'État, elle est absorbée par le contrat, au point qu'elle ne peut même pas être considérée comme un acte détachable. Une telle nature bilatérale fait-elle obstacle à la mise en œuvre de l'article 159 ? D. Renders écrit que l'article 159 ne s'applique qu'aux actes unilatéraux, et non aux contrats, sous réserve de la théorie de l'acte détachable²⁴¹. J. Theunis, de son côté, écrit que l'application de l'article 159 ne dépend pas de la nature unilatérale ou contractuelle de l'acte juridique, mais d'une analyse de sa nature ; ainsi, lorsque l'examen d'un contrat de gestion

²³⁸ M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, pp. 298 et 5.

²³⁹ Cass., 7 février 1975, www.juridat.be.

²⁴⁰ Cass., 2 juin 2015, n° P14.1532.N ; Cass., 7 juin 2016, n° P15.0253.N.

²⁴¹ D. Renders *et al.*, *Droit administratif*, t. III « Le contrôle de l'administration », Bruxelles, Larcier, 2010, p. 400.

révèle des dispositions de nature réglementaire, l'article 159 de la Constitution peut leur être appliqué²⁴². Il évoque également les accords de coopération et les conventions collectives de travail²⁴³. S'agissant de la décision administrative de conclure un contrat, lorsqu'une juridiction judiciaire décide de l'écarter et, pour ce motif, d'annuler le contrat, la circonstance que le Conseil d'État considère cette décision de conclure le contrat comme un acte détachable ne tient aucune place dans le raisonnement de la juridiction judiciaire²⁴⁴. Dans des conclusions précédant un arrêt de 2014, l'avocat général Genicot avait estimé à la fois que « [l]e juge qui constate un licenciement illégal en raison d'un manquement à l'obligation de motivation pourra procéder à son écartement, sur la base de l'article 159, de la Constitution » et que « cet écartement sera dès lors pour les motifs exposés ci-dessus "tempéré par le pouvoir de résiliation unilatéral propre au droit du travail dont bénéficie tant l'employeur privé que l'employeur public" »²⁴⁵. J. Theunis écrit encore par ailleurs que lorsqu'une décision est le fait non d'une autorité administrative, mais d'une pure personne privée, le juge judiciaire peut évidemment en connaître également et l'écarter, sans même être limité par les conditions de l'article 159²⁴⁶. On peut penser qu'il serait illogique de considérer que le tribunal du travail ne pourrait pas connaître de la validité de la décision de licenciement, parce que cette décision serait un acte mixte issu de la rencontre de deux volontés, publique et privée, alors que le juge judiciaire peut contrôler chacune de ces deux expressions de volonté, prises séparément, et qu'il peut également contrôler la validité d'un acte bilatéral, lorsqu'il est issu de la rencontre de deux volontés privées²⁴⁷.

Ensuite, si l'article 159 de la Constitution peut être appliqué à une décision de licenciement, faut-il admettre que le juge doit seulement s'abstenir de lui conférer des effets, tout en respectant les effets que cette décision a déjà pu sortir, ou bien faut-il considérer que le juge doit trancher le litige qui lui est soumis comme si l'acte administratif n'avait jamais été adopté ? Il nous semble que seule la seconde façon de voir les choses est acceptable

²⁴² J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid*, Brugge, die Keure, 2011, p. 238. Il faut cependant admettre que, dans un tel cas, un recours en annulation devant le Conseil d'État est également recevable.

²⁴³ *Ibid.*, p. 234. Il faut cependant admettre que le Conseil d'État lui-même écarte parfois la forme bilatérale d'un acte pour en découvrir la nature réglementaire, soit comme objet de recours, soit comme moyen d'annulation (D. Déom, « Le contrat de gestion démasqué. Variations sur les vrais et faux contrats, les droits subjectifs et la compétence du Conseil d'État », *A.P.T.*, 2010, p. 403, note sous C.E., 13 octobre 2008, R.T.B.F., n° 187.032 et D. De Roy, « Les contrats de gestion des entreprises publiques ne sont pas... des contrats », *J.T.*, 2009, p. 140, obs. sous C.E., 13 octobre 2008, R.T.B.F., n° 187.032).

²⁴⁴ Voy. le point sur cette question : M. SALMON, « Suspension et nullité des marchés publics et concession – Stop ou encore ? », in A. VANDENBURGHE (coord.), *Actualité des marchés publics*, UB², 2018, pp. 143 et s.

²⁴⁵ Concl. s. précédant Cass., 12 mai 2014, S.13.0092.F. La Cour de cassation avait adopté un autre raisonnement, de telle sorte qu'elle n'avait pas abordé ce point.

²⁴⁶ *Op. cit.*, p. 237.

²⁴⁷ Cette considération justifierait une application différenciée de l'article 159 de la Constitution devant le Conseil d'État et devant les juridictions judiciaires. Relevons que c'est déjà le cas, pour d'autres motifs.

au regard des termes de la disposition, à défaut de quoi le juge sera conduit d'une manière ou d'une autre à consacrer les effets d'un acte qu'il lui est interdit d'appliquer. L'acte continue à exister, mais le juge doit considérer dans le cadre du litige dont il est saisi que cet acte n'a pu faire naître ni droit ni obligation dans le chef des parties²⁴⁸.

36. Si le juge peut et doit écarter sur pied de l'article 159 de la Constitution la décision de licenciement irrégulière, l'étape suivante du raisonnement est de constater que la volonté de l'autorité publique de rompre le contrat est tout entière contenue dans cette décision, et que le juge doit donc statuer comme si cette volonté était inexistante. Un parallèle s'impose à ce sujet avec la décision de contracter : le Conseil d'État accepte de détacher cette décision du contrat pour en examiner la validité séparément de la validité du contrat, mais, si le Conseil d'État annule la décision de contracter, la doctrine de droit administratif considère que le consentement de l'autorité publique au contrat disparaît²⁴⁹ et les juridictions judiciaires ont souvent déduit de cette annulation de la décision de contracter l'annulation du contrat²⁵⁰. Tout spécialement, en ce qui concerne la conclusion d'un contrat de travail, la Cour de cassation a jugé que, « [l]orsque la délibération par laquelle un collège des bourgmestre et échevins décide de conclure un contrat de travail est annulée [par un arrêté de tutelle], le consentement au contrat de travail disparaît avec effet rétroactif »²⁵¹. Cet arrêt faisait suite à des conclusions de l'avocat général Genicot écartant toute dissociation entre la décision de conclure et le contrat de travail lui-même : « L'acte détachable [...] détermine le cadre et les conditions de ce qui apparaît à ce stade constituer une sorte d'engagement unilatéral de la [c]ommune qu'elle est ensuite chargée de formaliser sur une base contractuelle conformément aux conditions fixées. Le consentement chargé de finaliser ultérieurement l'accord bilatéral dans un contrat n'apparaît devoir correspondre en tous points à la volonté de s'engager exprimée lors de la délibération, puisqu'il doit être conforme aux conditions qui y étaient fixées. L'annulation avec effet rétroactif de cette délibération m'apparaît faire régulièrement disparaître l'acte

²⁴⁸ D. RENDERS, *Droit administratif général*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 405.

²⁴⁹ P. GORFAUX et M. LUCAS, « Des effets sur le contrat de l'annulation par le Conseil d'État de la décision d'attribuer un marché public », *A.P.T.*, 1998, n° 1, p. 63 : « La dissociation de l'acte détachable du contrat n'est qu'une opération purement intellectuelle. En réalité, décision d'attribution et consentement coïncident ; celle-ci étant l'expression de celui-ci. La notification, quant à elle, n'est qu'un acte purement matériel. [...] Il se peut certes qu'en dépit de l'annulation, les agents publics demeurent animés de la volonté de maintenir la relation contractuelle avec le même entrepreneur. Cela ne suffit toutefois pas. Cette intention, en soi, est impuissante à produire un effet de droit. Pour ce faire, il faudra qu'elle soit à nouveau coulée dans une décision administrative, laquelle sera elle-même susceptible d'être querrelée devant le Conseil d'État, et encore, ne s'agira-t-il dans ce cas que de consentir à une nouvelle convention. »

²⁵⁰ M. SALMON, « Suspension et nullité des marchés publics et concession – Stop ou encore ? », *op. cit.*, pp. 143 et s.

²⁵¹ Cass., 5 mars 2012, S.09.0096.F.

dans toutes ses composantes – parmi lesquelles figure l'existence même de la volonté de s'engager dans de telles conditions – et effacer, par voie de conséquence, le consentement au contrat subséquent qui n'en constituait en somme que la réplique contractuellement exprimée. Si l'aptitude au consentement de l'autorité contrôlée n'est pas atteinte de façon générale, le consentement l'est dans le contexte spécifique de l'acte annulé. La thèse selon laquelle l'annulation n'aurait pas pour effet de mettre à néant l'accord de volonté au motif que le Code civil n'impose pas que le consentement soit exprimé de manière légale ne tient pas compte, selon une certaine doctrine de ce que : "[...] pour que son consentement soit émis, l'administration doit respecter certaines règles et formalités. À défaut, le consentement n'est non seulement pas légalement exprimé, mais surtout il n'existe pas juridiquement". Dans cet esprit, il est préférable d'utiliser le mot « décision » plutôt que le mot « acte » pour décrire l'aspect administratif du problème. Le mot « acte » est en effet source de confusion, dès lors que l'acte juridique est, pour le droit administratif, la décision de licencier, tandis qu'il s'agit, pour le droit du travail, de sa notification au travailleur. Du point de vue du droit administratif, si l'article 159 s'applique, il s'applique à la décision de licencier.

Les arrêts commentés de la Cour constitutionnelle au sujet du principe *Audi alteram partem* apportent de l'eau au moulin de cette analyse. En effet, un des motifs pour lesquels les juridictions du travail ont pu hésiter à appliquer le principe *Audi alteram partem* à une décision de licenciement d'un travailleur sous contrat de travail résidait dans l'hésitation à établir une dichotomie entre l'acte administratif qui concourt à la décision, d'une part, et l'expression de la volonté unilatérale de rupture, d'autre part. De même, les auteurs qui s'opposaient à l'application des principes généraux du droit administratif à une décision de licenciement faisaient valoir que ces principes généraux n'avaient de sens que lorsque l'autorité administrative utilisait ses prérogatives exorbitantes du droit commun dans le cadre de pouvoirs unilatéraux, et non lorsqu'elle faisait usage d'un droit subjectif, dans le cadre de l'exécution d'un contrat, comme aurait pu le faire n'importe quel particulier. De ce que l'acte de donner congé est compris dans l'acte complexe que constitue le contrat, de ce qu'il échappe ainsi à la compétence du Conseil d'État, de ce que ce contrat n'est pas un contrat administratif, de ce que l'autorité qui licencie n'exerce pas la puissance publique, de ce que cet acte n'importe aucune prérogative de lier les tiers, ces auteurs déduisaient que cet acte serait entièrement soumis à un régime de droit privé et qu'il ne comprendrait aucune dimension d'intérêt général²⁵². Autrement dit, dans leur

raisonnement, la dimension administrative n'avait aucune influence sur l'acte de droit privé. On trouve peut-être un écho de cette jurisprudence dans l'arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 2015, suivant lequel l'employeur public ne cesse pas d'être une autorité administrative, mais prend une décision qui échappe aux règles de droit administratif lorsqu'il intervient dans le contexte de relations contractuelles. Cependant, cette jurisprudence a été critiquée, à juste titre à notre sens²⁵³ : une telle dichotomie est artificielle ; du point de vue du droit administratif, il n'y a pas de distinction à faire entre la volonté de l'autorité administrative et la décision dans laquelle cette volonté est tout entière contenue. Or, en jugeant que le principe *Audi alteram partem* était applicable à la décision de licencier, la Cour constitutionnelle a précisément, nous semble-t-il, rendu improbable toute tentative d'établir une telle dichotomie entre une décision administrative et l'exercice d'un pouvoir de rupture.

37. Il est, quoi qu'il en soit, plus clair que le juge judiciaire n'a pas à tenir compte de la décision de licencier lorsque l'irrégularité de celle-ci a été constatée, non par le juge du travail, sur la base de l'article 159 de la Constitution, mais par les autorités de tutelle, qui l'ont annulée.

Pour mémoire, la tutelle est un contrôle administratif qui peut être défini comme l'ensemble des pouvoirs limités accordés par une norme de niveau législatif ou en vertu de celle-ci à une autorité supérieure aux fins d'assurer le respect du droit et la sauvegarde de l'intérêt général contre les excès et les empiètements des autorités décentralisées²⁵⁴. L'article 162, alinéa 2, 6°, de la Constitution charge le législateur de consacrer, lorsqu'il organise les communes, l'application du principe de l'intervention de l'autorité de tutelle pour empêcher que la loi ne soit violée ou l'intérêt général blessé. Ainsi, en Région wallonne, la tutelle administrative est organisée par les articles L3111-1 à L3151-1 du CDLD. L'autorité de tutelle générale adopte une décision d'annulation dont les effets doivent être regardés comme similaires à ceux d'un arrêt d'annulation du Conseil d'État, c'est-à-dire que la décision annulée disparaît de l'ordonnement juridique comme si elle n'avait jamais existé.

tuels de la fonction publique », *op. cit.*, pp. 323-329. Une des faiblesses de ce raisonnement est peut-être de considérer qu'il y aurait un régime monolithique de droit public, qui répondrait en bloc à certaines conditions et qui entraînerait uniformément une série de conséquences. Or, comme l'a montré F. Vandendriessche, il y a plutôt en droit belge une multitude de régimes de droit administratif aux champs d'application variables, suivant les problèmes à traiter, formant ce qu'on peut appeler un *continuum*, en droit belge, entre personne publique et personne privée (F. VANDENDRIESCHÉ, *Publiëke en private rechtspersoonen*, Brugge, die Keure, 2004). En ce sens, il n'est pas incongru, par exemple, qu'un acte soit soumis au principe d'audition préalable, à la tutelle ou à l'article 159 de la Constitution, mais non à la règle de la motivation formelle ni à la juridiction du Conseil d'État.

²⁵³ C. trav. Liège (5^e ch.), 24 juin 2009, J.T.T., n° 1055, 2010, p. 13 et le commentaire de P. JOASSART et N. BONBLEU, « Les principes généraux de bonne administration en droit social », *op. cit.*, pp. 103-104.

²⁵⁴ J. DEMBOUR, *Les actes de la tutelle administrative en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 1955, p. 1.

²⁵² J. DE WILDE D'ESTMAEL, « L'audition préalable au licenciement dans le secteur public : un partout ? », *op. cit.*, p. 1702 ; T. STIEVENARD et N. LAMBERT, « Le licenciement d'un agent contractuel de la fonction publique n'est pas un acte administratif », *op. cit.*, pp. 397 et s. ; T. STIEVENARD, « Le licenciement des agents contrac-

Les autorités de tutelle censurent ainsi, de manière régulière, des décisions de licenciement adoptées par des autorités incompétentes, et ce, même si l'organe compétent prétend ensuite ratifier la décision dans le cours de la procédure de tutelle²⁵⁵.

Comme dans le cas de l'application de l'article 159 de la Constitution, l'application des pouvoirs de tutelle à une décision de licencier n'allait pas de soi. À nouveau, la délimitation des pouvoirs de tutelle n'est pas liée par principe à la notion de « décision administrative » qui définit la compétence du Conseil d'État. C'est au législateur qu'il appartient de définir les actes sur lesquels porte la tutelle. On observe que la tutelle ne porte pas seulement sur les actes juridiques des services décentralisés, mais également, le cas échéant, sur leur activité matérielle, sur des résolutions non juridiques ou même sur une éventuelle inertie²⁵⁶. Les dispositions qui régissent la tutelle prévoient, par exemple, que la tutelle d'annulation porte sur tous les « actes » des collectivités locales et non sur les « actes administratifs » suivant la terminologie de la loi du 29 juillet 1991²⁵⁷. De nombreuses procédures de tutelle sont organisées sur des règlements d'ordre intérieur et le Conseil d'État a également admis que la tutelle porte sur des actes préparatoires²⁵⁸, alors que ces divers actes ne sont en principe pas susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation. La question restait toutefois toujours de savoir si la tutelle peut porter sur une décision de résiliation d'un contrat, dans la mesure où une telle décision fait partie d'une opération complexe, le contrat, qui a un caractère bilatéral. Il arrive certes que le législateur prévoie de manière expresse que la tutelle porte sur un acte bilatéral²⁵⁹, mais ces dispositions n'ont pas nécessairement valeur d'enseignement général et ne sont pas non plus exemptes d'ambiguïtés.

Le Conseil d'État a répondu positivement à cette question lors de l'examen de plusieurs recours contre des arrêtés de tutelle annulant des décisions de licencier. Dans une première affaire, l'auditeur concluait à l'incompétence des autorités de tutelle pour connaître d'une décision de licenciement. Il déduisait cette incompétence de l'argument doctrinal selon lequel un contrat n'est pas un acte administratif au sens organique, c'est-à-dire un acte unilatéral d'une autorité administrative qui peut faire l'objet d'une annulation administrative, qu'il combinait avec la jurisprudence du Conseil d'État, suivant laquelle la décision de mettre fin à un contrat de travail participe de l'exécution de

celui-ci et n'en est jamais détachable²⁶⁰. Le Conseil d'État ne l'a cependant pas suivi et a jugé que le moyen n'était pas fondé, en substance, parce que la compétence des autorités de tutelle n'était pas tenue aux mêmes limites que la compétence du Conseil d'État lui-même : « Considérant que le gouverneur de province est compétent pour annuler tout acte d'un centre public d'aide sociale qui viole la loi ou blesse l'intérêt général ; que, ce faisant, il ne se substitue pas au tribunal du travail qui ne peut se prononcer que sur le recours du travailleur licencié ; que le recours introduit par le centre requérant n'a nullement pour objet ou pour conséquence d'amener le Conseil d'État à trancher une contestation ayant directement pour objet la reconnaissance d'un droit civil dans le chef du travailleur licencié, mais à vérifier si l'autorité de tutelle a exercé régulièrement son pouvoir d'annulation »²⁶¹. Autrement dit, les motifs pour lesquels le Conseil d'État se déclare incompétent pour connaître d'une décision de licenciement sont déduits des règles répartitrices de compétences entre le Conseil d'État et les juridictions judiciaires, mais ces règles, tout comme la question du caractère détachable ou non de l'acte, ne sont pas pertinentes pour apprécier la compétence des autorités de tutelle. Cette jurisprudence a été répétée à plusieurs reprises depuis lors²⁶². Le Conseil d'État a même jugé, après l'arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 2015, qu'il ne pouvait en être déduit que l'autorité de tutelle ne pourrait contrôler la régularité de la décision de licencier un travailleur contractuel : il pouvait certes se déduire de cet arrêt que la Cour de cassation considérait que la décision de licencier n'était pas un acte administratif ; cependant, encore une fois, la disposition applicable en matière de tutelle ne visait pas un « acte administratif », mais plus largement « tous les actes » émanant des autorités communales²⁶³.

38. Que la décision de licencier doive être écartée par le juge sur pied de l'article 159 de la Constitution ou qu'elle ait été annulée par l'autorité de tutelle, il reste à examiner quelles en sont les conséquences sur le congé.

La doctrine de droit du travail a considéré que, même si la décision de licencier a été annulée par l'autorité de tutelle, le congé est irrévocable et demeure, mais le travailleur peut, au choix, invoquer la nullité du préavis

²⁶⁰ A. BUTTENBACH, *Manuel de droit administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1966, p. 167 et J. DEMAOUR, *Droit administratif*, 3^e éd., Liège, Faculté de droit, 1978, n° 98, p. 161 ainsi que *Les actes de la tutelle administrative en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 1955, pp. 244-247. L'auditeur se fondait par ailleurs sur le fait que la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail renvoie en matière de motif grave au contrôle du juge, lequel ne pouvait être, à son sens, que le tribunal du travail.

²⁶¹ C.E. (8^e ch.), 15 février 2002, *CPAS de Houyet*, n° 103.610.

²⁶² C.E. (8^e ch.), 22 novembre 2016, *Commune de Dour*, n° 236.475 ; C.E. (8^e ch.), 10 février 2004, *CPAS de Houyet*, n° 127.986 ; C.E. (8^e ch.), 8 septembre 2015, *Nautisport*, n° 232.131 ; C.E. (8^e ch.), 27 septembre 2016, *scri IEG*, n° 235.871 ; C.E. (8^e ch.), 19 janvier 2016, *Centre public d'action sociale de Charleroi*, n° 233.501.

²⁶³ C.E. (8^e ch.), 22 novembre 2016, *Commune de Dour*, n° 236.475.

²⁵⁵ C.E. (8^e ch.), 19 janvier 2016, *Centre public d'action sociale de Charleroi*, n° 233.501.

²⁵⁶ J. DEMAOUR, *Les actes de la tutelle administrative en droit belge*, op. cit., p. 9.

²⁵⁷ Art. 13121-1 du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation et 111 de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action sociale.

²⁵⁸ C.E., 15 octobre 2014, *Ville de Seraing*, n° 228.762.

²⁵⁹ Le Code wallon de la démocratie locale cite, par exemple, les avenants à des marchés publics.

et exiger le paiement d'une indemnité compensatoire, renoncer au congé de commun accord avec son employeur public, mais en s'exposant à faire l'objet à nouveau de la même mesure, ou encore, s'il a été licencié moyennant le paiement d'une indemnité compensatoire de préavis, se plaindre d'une faute et tenter de démontrer l'existence d'un dommage distinct de celui qui a déjà été réparé par cette indemnité compensatoire²⁶⁴. La nullité du congé est évoquée par le professeur Jacqumain comme un sujet pour les amateurs de « beaux combats doctrinaux », mais dépourvus de « réalisme procédural »²⁶⁵. Cependant, la doctrine de droit du travail se pose habituellement la question des irrégularités commises dans la *notification* de la décision de licenciement, ce qui est un problème distinct de celui qui nous occupe. Sauf erreur de notre part, les arrêts qui sont invoqués à l'appui de cette analyse, et spécialement à l'appui du caractère irrévocable du congé, sont des arrêts de droit du travail général. Et, lorsque les arrêts invoqués concernent bien le contexte particulier du licenciement d'un travailleur contractuel par une autorité publique, dans la quasi-totalité des cas, le travailleur contractuel n'a pas réellement contesté le congé²⁶⁶.

²⁶⁴ A. HACHEZ et P. VANHAYEBEKE, « La motivation du licenciement. Discrimination secteur privé versus secteur public », *op. cit.*, p. 106 ; S. GILSON, F. LAMBINET et Z. TRUSONACH, *Les obligations particulières de l'employeur public lors du licenciement des travailleurs contractuels. Les méandres de la doctrine et de la jurisprudence à la croisée des droits administratif et social*, *op. cit.*, pp. 128 et 162.

²⁶⁵ J. JACQMAIN, « Motivation formelle et indemnisation, le mystère s'épaissit », *Chron. D.S.*, 2013, p. 398.

²⁶⁶ P. ex., un arrêt de la Cour du travail de Bruxelles du 27 novembre 2007 (R.G. n° 39.809, disponible sur www.juridat.be) : « À titre principal : maintien du contrat. 18. L'intimé réclame à titre principal des dommages et intérêts équivalant à l'ensemble des rémunérations dues depuis le 31 décembre 1995 ; il invoque l'existence de l'acte et en déduit que la sanction doit être la poursuite du contrat de travail comme si cet acte n'avait pas existé (ses conclusions de synthèse, en particulier p. 27). L'appelant estime que le non-respect de la loi du 29 juillet 1991 ne peut entraîner que sa responsabilité, à l'exclusion de la nullité de l'acte (ses conclusions de synthèse, pp. 12 et s.). 19. En principe, le juge doit écarter l'application de tout acte dont il relève l'illegalité (art. 159 Const.) et cette obligation s'étend aux actes individuels (voy. not. Cass, 9 janvier 1997, sur juridat.be). Il y a donc lieu d'écarter l'acte, illégal en la forme, par lequel l'ORBem a décidé de licencier Monsieur P. DN. En l'espèce, cet acte s'identifie avec le contenu de la décision notifiée. 20. L'écartement de l'acte de licenciement ne permet toutefois pas de constater que le contrat est toujours en cours. L'employeur a manifesté sa volonté de rompre le contrat. Cette manifestation de volonté a, en outre, été confirmée par le courrier du 3 juillet 1995. Il n'y a pas eu d'accord pour annuler la rupture. La Cour relève, comme le premier juge, que Monsieur P. DN, a quitté son emploi à la fin du préavis ; il n'a pas invoqué à ce moment la nullité du congé ni sollicité (pas de mise en demeure) son employeur en vue de poursuivre l'exécution du contrat. Il n'a pas non plus invoqué la non-motivation de l'acte de licenciement dans la citation introductive d'instance ; il a invoqué le bénéfice de la stabilité d'emploi et réclame à ce titre le traitement qu'il aurait pu percevoir jusqu'à l'âge normal de la pension. Ce n'est que par ses conclusions déposées (en première instance) le 19 mars 1998, soit plus de trois ans après la notification du préavis et plus de deux ans après la fin matérielle de la relation contractuelle, qu'il a invoqué que le contrat était toujours en vigueur, alors que lui-même l'exécutoire plus ses prestations et n'avait posé aucun acte en vue de poursuivre ces prestations à l'issue du préavis. En conséquence, la relation de travail a pris fin le 31 décembre 1995. » (Nous soulignons.)

Nous partageons l'opinion que ces principes de droit du travail, dans le contexte qui nous intéresse, doivent être réinterrogés²⁶⁷. Au-delà des motifs pour lesquels le congé est considéré comme irrévocable en droit du travail, motifs dont nous avons vu qu'ils sont au moins pour une part sans pertinence dans le cas des autorités publiques en ce qu'ils sont déduits des libertés de l'employeur, il est permis de considérer simplement que la décision de licencier irrégulière ne peut pas être prise en compte par le juge. En l'absence d'une telle décision, l'autorité publique n'a pas consenti au licenciement. Analyse sur le plan du consentement, ce vice ne peut sans doute pas être soulevé par le travailleur licencié. En revanche, ce vice entraîne que la personne qui notifie le congé, quelle qu'elle soit, n'a pas la compétence ni la qualité pour décider au nom et pour le compte de l'autorité. Il s'agit là de causes de nullité d'ordre public du congé et le juge, à notre sens, doit annuler celui-ci si le travailleur le lui demande. L'écartement ou l'annulation de la décision de licencier, sur le plan administratif, devrait conduire le juge judiciaire à annuler le congé, tout comme l'écartement ou l'annulation de la décision de contracter conduit le juge judiciaire à annuler le contrat²⁶⁸. Autrement dit, l'absence d'audition préalable n'est pas une irrégularité de forme du congé, celui-ci n'étant soumis à aucune règle de forme, mais bien une irrégularité de forme de la décision de licencier, laquelle constitue elle-même une condition de fond du congé.

Autrement dit encore, si on admet que l'article 159 s'applique à la décision de licencier, il nous semble que le juge devrait considérer en cas d'irrégularité de cette décision, non pas seulement que le congé aurait été donné de manière irrégulière, mais davantage, que le contrat n'a jamais été rompu. Si le contrat existe toujours, l'exécution en nature du contrat constitue le mode normal d'exécution forcée tant des obligations de faire que de ne pas faire. La condamnation de l'employeur à maintenir les conditions de travail est dès lors concevable²⁶⁹. En l'absence de décision avérée de résilier le contrat, le juge ne s'immiscerait pas dans le fonctionnement

²⁶⁷ S. GILSON, F. LAMBINET et Z. TRUSONACH, *Les obligations particulières de l'employeur public lors du licenciement des travailleurs contractuels. Les méandres de la doctrine et de la jurisprudence à la croisée des droits administratif et social*, *op. cit.*, p. 163. Les développements qui suivent jusqu'à la fin du point 38 sont de la plume seule de F. Bellefamme. Si H. Danooy estime également que les principes doivent être réexaminés, et que l'argumentaire proposé ici est une piste de réflexion possible, il ne peut rejoindre le raisonnement avancé et, en particulier, sa conclusion, soit l'existence d'une obligation de réintégration du travailleur.

²⁶⁸ P. GORFAUX et M. LUCAS, « Des effets sur le contrat de l'annulation par le Conseil d'État de la décision d'attribuer un marché public », *op. cit.*, p. 64 ; Civ. Bruxelles, 11 mai 2018, *asbl Le Botanique et nv Antwerp Sportsbats c. Ville de Bruxelles*, R.G. n° 2017/65/A, inédit. Cette solution a déjà été retenue, en droit du contrat de travail, en cas de méconnaissance des lois sur l'emploi des langues en matière administrative (C. trav. Gand, 19 mars 2003, *Chron. D.S.*, 2004, p. 450 [somm.]).

²⁶⁹ S. GILSON, F. LAMBINET et Z. TRUSONACH, *Les obligations particulières de l'employeur public lors du licenciement des travailleurs contractuels. Les méandres de la doctrine et de la jurisprudence à la croisée des droits administratif et social*, *op. cit.*, p. 131.

de l'autorité administrative en constatant que le travailleur tire des droits subjectifs du contrat toujours en vigueur. Certains auteurs ont soulevé les problèmes pratiques que poserait cette analyse²⁷⁰. Il paraît incongru que le travailleur soit réintégré au terme d'une décision d'une juridiction du travail, plusieurs mois, voire plusieurs années après avoir été licencié. Cependant, c'est déjà le cas lorsque le Conseil d'État annule la révocation ou la démission d'un agent statutaire. La circonstance que cette hypothèse heurte les habitudes en droit du travail ne suffit pas à l'écarter. Seulement, un tel pouvoir soulèverait le problème que la composition des juridictions du travail garantit une connaissance des relations de travail du secteur privé, mais non du secteur public. En outre, sur la base du même raisonnement, le juge judiciaire, saisi en référé, pourrait suspendre le congé, tout comme il est compétent pour suspendre le contrat²⁷¹. Une telle initiative procédurale couperait d'ailleurs court à toute discussion sur la réaction du travailleur à la nullité du congé, tout comme aux difficultés pratiques liées à une réintégration après plusieurs années. Il a ainsi été admis que le membre du personnel d'un établissement d'enseignement libre peut saisir le juge du travail en référé pour solliciter que soit organisée une situation d'attente lorsque la procédure disciplinaire lui fait courir un péril imminent, par exemple en menaçant son emploi²⁷². Seulement, l'introduction d'un recours en référé serait gênée par le fait qu'en raison de l'arrêt n° 84/2018 de la Cour constitutionnelle, l'autorité publique est aujourd'hui autorisée à exposer les motifs du licenciement avec retard.

Aucune des raisons généralement invoquées en droit du travail²⁷³ pour s'opposer à la réintégration ne vaut dans ce cas. L'employeur a certes un pouvoir de rupture, mais il faut encore qu'il décide de l'utiliser, ce qui n'est au fond pas le cas dans l'hypothèse considérée. L'employeur exerce un pouvoir discrétionnaire, mais il n'a jamais été évoqué en droit administratif que cette caractéristique permettrait à l'autorité de s'affranchir de la légalité. Particulièrement en cas d'incompétence de l'auteur de l'acte, le vice, qui est d'ordre public, ne peut être couvert par aucune ratification, comme ce peut être le cas pour les personnes privées²⁷⁴. Plus largement, si le juge peut éventuelle-

ment considérer, dans le cas des personnes privées, qu'une volonté tacite de rompre le contrat se déduit du fait qu'il n'est plus exécuté, une telle déduction n'est pas admissible dans le cas des personnes publiques, pour lesquelles aucune décision ne saurait jamais être prise que dans le respect des règles de procédure administrative, et pour lesquelles aucune décision ne se déduit en principe d'un silence même prolongé²⁷⁵.

Conclusion

39. En ce qui concerne le point de départ de notre réflexion, au terme de la passe d'armes entre les juridictions suprêmes, la situation est provisoirement claire. La décision de licencier reste soumise à certaines règles de droit administratif. Il s'agit en particulier du principe d'audition préalable. En revanche, elle n'est pas un acte administratif au sens de la loi du 29 juillet 1991 et le principe d'égalité n'exige pas davantage qu'elle soit motivée en la forme, compte tenu des garanties de motivation dont les travailleurs contractuels des autorités publiques bénéficient par ailleurs. Cependant, les conséquences de la méconnaissance des règles de droit administratif sont moins évidentes. La pratique des juridictions du travail est d'octroyer éventuellement des indemnités dont le montant reste le plus souvent modique. Au-delà, une voie qui reste certainement à creuser, mais qui heurte, quant à elle, la pratique des juridictions du travail, consisterait à clarifier les rapports qui relient la décision administrative de licencier et le congé, pour vérifier dans quelle mesure l'irrégularité de la première ne peut pas fonder l'annulation du second à la demande du travailleur.

En ce qui concerne, ensuite, la question plus vaste des rapports entre le droit privé et le droit public, il nous semble que le sujet étudié fait apparaître de manière éclatante que la distinction garde toute sa pertinence. Il est vrai que le problème des rapports entre la décision de licencier et le congé est si confus qu'il a pu donner l'impression d'une confusion des branches du droit, contre laquelle certains se sont élevés : « *La summa divisio* entre droit public et droit privé, et les questions liées à la primauté de l'un par rapport à l'autre ou à leur interaction, sont des questions essentielles qui touchent

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 164.

²⁷¹ Bruxelles (2^e ch.), 29 juin 2017, *asbl Le Botanique et nv Antwerpse Sportpaleis c. Ville de Bruxelles*, R.G. n° 2017/1 KR17, inédit.

²⁷² A. VAN DE WEVER, « Mise en disponibilité par mesure disciplinaire et mise à la pension d'office », *Scdarems*, 2006, n° 10, p. 1.

²⁷³ Voy., à cet égard, T. Stievenard, « Le licenciement des agents contractuels des collectivités locales », *op. cit.*, pp. 54 et s.

²⁷⁴ La ratification par l'organe compétent de la décision prise par l'organe incompétent ne peut purger cette décision du vice d'incompétence qui l'affecte, si l'organe compétent n'a pas réexaminé l'affaire et n'a pas pris une décision nouvelle. En outre, dans ces circonstances, le vice d'incompétence qui affecte la décision

de l'organe incompétent s'étend à la décision de l'organe compétent qui la ratifie (C.E. [8^e ch.], 24 mai 2002, *Godard*, n° 106376).

²⁷⁵ À moins qu'un texte exprès, de valeur nécessairement législative, accorde des effets au silence de l'administration (D. RENDERS, *Droit administratif général*, Bruxelles, Bruylant, 2015, n° 452 et 606). Pour l'application en droit du travail : S. GUSON, F. LAMBINET et Z. TRUSONACH, *Les obligations particulières de l'employeur public lors du licenciement des travailleurs contractuels. Les méandres de la doctrine et de la jurisprudence à la croisée des droits administratif et social*, *op. cit.*, p. 166.

aux fondements de l'État de droit »²⁷⁶. L'invasion d'un outil du droit privé dans le champ de l'administration entraîne en sens contraire une soumission de cet outil à des règles de droit administratif.

On le voit, le recours au droit privé (contrat), pour échapper au droit public (statut), a entraîné un retour de bâton... du droit public (motivation et audition) : « Sortez le droit administratif par la porte, il revient par la fenêtre²⁷⁷. » Le contrat de travail, utilisé comme outil pour flexibiliser la fonction publique, n'a pas pu empêcher que le droit public se réimpose de lui-même. C'est que les instruments de droit privé et de droit international que nous avons évoqués ne permettent pas d'apporter la solution face à un constat persistant : il apparaît nécessaire d'accorder une protection particulière contre le licenciement aux agents du secteur public. Le flou actuel découle de l'usage croissant d'un mécanisme dérogatoire – le recours au contrat de travail – à ce qui est toujours le principe de base du droit de la fonction publique aujourd'hui : l'engagement statutaire²⁷⁸. Ce phénomène a d'ailleurs été favorisé par la Cour constitutionnelle, lorsqu'elle a admis en 2008 une interprétation flexible du principe, estimant que « le principe d'égalité et de non-discrimination n'impose pas qu'un statut juridique identique soit accordé à toute personne qui travaille au sein des services publics et il appartient à l'autorité compétente de choisir la voie la plus appropriée pour réaliser les missions de service public dont elle est chargée²⁷⁹ ».

Cependant, il nous semble que la distinction entre les deux domaines reste très nette, à tel point que c'est précisément à l'interface que les questions naissent, là où la décision de contracter se transforme en contrat et là où la décision de licencier se transforme en congé. Chacune des deux spécialités éprouve des difficultés à comprendre cette étape, par manque de compréhension fine des concepts utilisés par l'autre spécialité. Si cette situation délicate exige de construire des solutions originales, il nous paraît évident que la distinction subsistera, à tout le moins tant que subsistera un dualisme de juridictions, qui a pour conséquence que le Conseil d'État et les juridictions judiciaires développent, chacun de leur côté, des ensembles de normes distincts.

Pour finir, il nous apparaît que, si les autorités publiques décidaient de renoncer au principe statutaire et d'opter pour un principe contractuel dans le secteur public, il serait indispensable d'aménager le contrat de travail du secteur

public pour qu'il corresponde aux contraintes, aux règles et aux intérêts du secteur public. En attendant, nous estimons, comme plusieurs autres auteurs²⁸⁰, qu'il est indispensable que le législateur intervienne²⁸¹ pour régler la question de la motivation du licenciement, sous peine de s'exposer aux foudres de la Cour constitutionnelle, dont l'appel du 30 juin 2016 serait resté sans réponse, voire de la Cour européenne des droits de l'homme. Quant à la question de l'audition préalable, elle est liée à la façon de concevoir la fonction publique : instaurer par la loi une obligation d'audition d'un agent contractuel du secteur public avant son licenciement serait potentiellement discriminatoire vis-à-vis des travailleurs du secteur privé²⁸². Un argument pour le statut ?

²⁷⁶ A. WITTEBS et W. VAN LOON, « De motivering van het ontslag van contractueel overheidspersoneel : een afgesloten debat ? », *T.B.P.*, 2017, p. 80 ; T. STREVENARD et N. LAMBERCHT, « Le licenciement d'un agent contractuel de la fonction publique n'est pas un acte administratif », *op. cit.*, p. 416.

²⁷⁷ Une tentative en ce sens a eu lieu en 2014, sans succès, l'avant-projet de texte ayant été rejeté par l'ACV (Algemeen Christelijk Vakverbond) après avoir été négocié au sein du Comité A. Voy. R. VALKENERS, « *Roma locuta, sed causa non finita* : de formele motiveringswet en de beginselen van behoorlijk bestuur (dan toch) wel van toepassing op arbeidsovereenkomsten in de publieke sector ? », *op. cit.*, p. 360.

²⁷⁸ Comp. J. DE WILDE d'ESTRAE, « L'audition préalable au licenciement dans le secteur public : un parcours ? », *op. cit.*, pp. 1706-1707.

²⁷⁹ T. STREVENARD, « Le licenciement des agents contractuels de la fonction publique », *op. cit.*, p. 329.

²⁸⁰ V. VUURSTRAKE et S. DE SOMER, « Motivation formelle et licenciement des agents contractuels du secteur public : voyage en eaux troubles », *op. cit.*, p. 22.

²⁸¹ I. DE WILDE, R. JANVIER ET A. DE BECKER, « Naar een principiële contractuele tewerkstelling in de Belgische publieke sector ? – Genese van het contractueel dienstverband, stand van zaken en een blik op de toekomst », *C.D.P.K.*, 2017, p. 371.

²⁸² C.C., 11 juin 2008, n° 89/2008, B.8.