

LE VISAGE CONTRACTUEL DE L'ADMINISTRATION

Kris WAUTERS

*Chargé de cours à l'Université catholique de Louvain
Professeur invité à l'Université de Liège
Avocat au barreau de Bruxelles*

et

Aurore PERCY

*Assistante au Centre Montesquieu d'études de l'action publique
de l'Université catholique de Louvain
Avocate au barreau de Bruxelles*

1. Le destinataire du présent ouvrage a, tout au long de sa carrière, consacré ses recherches à l'étude du droit public belge. Le droit public belge ne peut, aujourd'hui, être appréhendé comme un droit autonome et imperméable aux autres disciplines du droit. L'on a coutume de relever les influences du droit européen sur le droit public belge (1). En droit interne, la principale source d'inspiration reste... le droit privé.

Cette inspiration se traduit, au premier plan, par les choix posés par l'administration dans ses moyens d'action. C'est ainsi qu'elle puise, de plus en plus régulièrement, dans les instruments issus du droit privé. Publicistes et civilistes se retrouvent alors dans une zone grise, un *no man's land*, où doivent se concilier les normes et principes issus de ces deux branches du droit : le droit public car l'administration est en action, et le droit privé car l'instrument est consensuel.

Dans le cadre de la présente contribution, les auteurs examinent dans quelle mesure l'administration peut recourir au contrat, pour satisfaire l'intérêt général. En ce qu'il illustre la nécessaire conciliation de normes issues de différentes branches du droit, le contrat de travail dans les services publics est abordé dans une seconde partie.

I. — LE CONTRAT COMME INSTRUMENT AU SERVICE DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL

2. Historiquement, le contrat n'est pas l'instrument naturel de l'administration. Il s'est pourtant, progressivement mais certainement, fait une place

(1) K. WAUTERS, B. DELVAUX et B. VANHEUSDEN, *Invloed van het EU-recht op het Belgisch bestuursrecht*, Bruges, die Keure, 2014, 319 pp.

dans l'éventail de moyens d'action des pouvoirs publics (A). Si l'usage du contrat se répand, le fondement de la compétence des pouvoirs publics n'en reste pas moins controversé (B), tout comme le droit applicable au contrat ainsi conclu (C). Une section est, par ailleurs, consacrée aux techniques contractuelles auxquelles recourt l'administration en matière d'énergie (D).

A. – L'immixtion du contrat en droit public

3. Les pouvoirs publics ont, par nature, vocation à servir l'intérêt général (2). L'existence même des pouvoirs publics découle, d'ailleurs, de la nécessité d'œuvrer dans l'intérêt général. L'autorité dispose, à cette fin, de différents instruments. À la suite d'autres auteurs, David Renders distingue la technique du « fait » et la technique de l'« acte » (3). Seule la technique de l'acte sera abordée dans la présente contribution.

L'action de l'administration se caractérise, traditionnellement, par l'usage d'un pouvoir de décision unilatérale. Il s'agit d'un pouvoir exorbitant qui lui permet d'adopter une décision, de portée individuelle ou réglementaire, qui affecte ou modifie l'ordonnancement juridique, et qui est obligatoire, en ce sens que le contenu de l'acte s'impose aux destinataires de celui-ci sans que leur consentement ne soit requis (4).

S'ils sont indispensables à la réalisation des missions de l'administration, les actes unilatéraux se sont révélés insuffisants à régler, de manière optimale, l'ensemble des situations auxquelles l'administration est confrontée. Notre société devient de plus en plus complexe et la protection de son intérêt nécessite des instruments plus souples, plus consensuels.

4. Dès l'origine, les administrations belges ont recouru à des procédés contractuels (5), comme en témoigne la loi du 15 mai 1846 sur la comptabilité de l'État (6), qui contient des dispositions en matière de marchés publics.

Les *Pandectes belges* contenaient les *verbi* « marché public » et « concession ». De même, le dictionnaire de Giron définissait la notion de « concession » (7). La nature contractuelle de cet acte était déjà établie au XIX^e siècle. Dans son traité de 1969, Maurice-André Flamme entreprend, par ailleurs, de lister les différents contrats conclus par l'administration (8). En 1972, Cyr

(2) C. CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, p. 7.

(3) D. RENDERS, *Droit administratif général*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 219, n° 446.

(4) P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 187. *Comp.* Ph. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER et F. PIRET, *Éléments de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 115, n° 91.

(5) M.-A. FLAMME, *Législation industrielle ou droit administratif de l'économie*, t. II, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1982-1983, p. 301 ; D. YERNAULT, « La contractualisation (forcée ?) du droit administratif de l'économie et l'organisation des modes de gestion du service public », *Rev. ULB*, 2006, pp. 8-69 ; D. HOOGHE et F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-Private samenwerking*, Bruges, die Keure, 2003, p. 19.

(6) *M.B.*, 19 mai 1846, *Pasin.*, 1846, p. 274.

(7) A. GIRON, *Dictionnaire de droit administratif et de droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1895.

(8) M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, t. 1^{er}, Bruxelles, Bruylant, 1969, pp. 130-141.

Cambier a également confirmé l'usage de contrats par l'administration (9). Il a mis en lumière le lien entre l'usage de cet instrument juridique et le besoin de l'administration de s'équiper de nouveaux moyens d'action et l'envie de gagner la confiance des administrés en certaines entreprises publiques.

L'usage du contrat par les pouvoirs publics ne s'est intensifié qu'au sortir de la Deuxième Guerre mondiale. Deux périodes semblent pouvoir être distinguées après 1945. Après la Deuxième Guerre mondiale, l'administration a progressivement utilisé le contrat comme un instrument de réalisation d'une politique économique et sociale (10). Le contrat a vocation à gérer les crises et à soutenir le secteur économique (11). Depuis la Deuxième Guerre mondiale, en effet, l'administration agit de manière de plus en plus interventionniste, dans le but d'encourager la croissance économique. Pour ce faire, elle utilise des techniques conventionnelles qui se révèlent, dans certains cas, plus efficaces (12). Les auteurs Charley Del Marmol et Jean Le Brun ont énuméré les motifs psychologiques, techniques et politiques qui plaident en faveur du recours au contrat (13). Depuis la fin des années 80, l'administration utilise également les différents contrats comme des instruments de gestion et d'administration pour la réalisation d'une grande partie de ses tâches, aussi bien dans les relations entre autorités que dans les relations avec les citoyens (14).

Ainsi, d'une part, les pouvoirs publics vont conclure des conventions avec des entreprises ou des particuliers « ayant pour objet la formulation ou l'exécution » d'une politique générale ou sectorielle (15), et d'autre part, « l'administration consensuelle s'étend [...] aux rapports entre les administrations » (16).

5. Plusieurs facteurs ont incité l'administration à recourir à des instruments de droit privé. Ils participent tous de l'idée de rationaliser le fonctionnement de l'administration, et d'améliorer son efficacité. Ainsi, un besoin de souplesse et de diversité dans le panel d'instruments à disposition de l'administration s'est fait sentir. Il s'agirait, selon certains, de contourner les

(9) C. CAMBIER, « Les contrats de programme », in *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, t. 3, Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 436.

(10) C. CAMBIER, « Les contrats de programme », *op. cit.*, p. 439.

(11) D. YERNAULT, *op. cit.*, p. 69.

(12) Ch. DEL MARMOL, « Réflexions sur l'utilisation des techniques contractuelles dans la vie des affaires », *J.T.*, 1973, p. 69.

(13) Ch. DEL MARMOL, *op. cit.*, p. 69 ; J. LE BRUN, « L'administration économique par voie contractuelle en Belgique », in *Renaissance du phénomène contractuelle*, Liège, Faculté de droit, 1971, pp. 40-41.

(14) J. DEBIÈVRE, « Het convenant als beleidsinstrument naar Belgisch recht : achtergrond en recente evolutie », *T.V.W.*, 2002, liv. 8, p. 362.

(15) R. ANDERSEN, « Les conventions sectorielles en droit de l'environnement », *Amén.*, 1997, n° spécial, p. 32.

(16) Ph. QUERTAINMONT, « Les nouveaux instruments contractuels utilisés par l'Administration et la compétence du juge administratif », *T.B.P.*, 2000, p. 39 ; voy. égal. A. DRUMAU, « Contractualisation et enjeux de modernisation », in *Les entreprises publiques autonomes*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 31 et s.

difficultés posées par l'application du seul droit public (17).

Une collaboration plus fréquente et plus étroite avec des personnes morales de droit privé a également été vue comme une manière de responsabiliser le destinataire de la norme (18), et d'ainsi optimiser le fonctionnement du service public. Il en va de même de la collaboration entre les autorités publiques elles-mêmes (19). Une mise en commun des ressources participe, par exemple, à la rationalisation, sur le plan budgétaire cette fois, des services publics.

L'idée de rationaliser le contenu des décisions, en impliquant les destinataires de l'acte dans le processus décisionnel, a progressivement fait son chemin. Il apparaît qu'une norme dont le contenu a été discuté, voire négocié, avec son destinataire contiendra plus de nuances, et sera plus facilement appliqué qu'une norme imposée unilatéralement par l'administration (20). Il en va ainsi, notamment, des conventions de subsides. Même si l'acte par lequel un subside est octroyé est, en principe, un acte unilatéral, les modalités d'octroi font souvent l'objet d'une convention entre l'autorité subsidiaire et le bénéficiaire (21).

Le contrat est, par ailleurs, gage d'une relative stabilité (22). L'efficacité de l'action unilatérale de l'administration est, entre autres, garantie par le principe de mutabilité. Dans son principe, la technique contractuelle apporte plus de stabilité puisque le cocontractant pourra raisonnablement espérer que le contenu de la convention ne sera modifié que moyennant son consentement (23).

L'influence du droit européen, et singulièrement de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, ne doit pas non plus être négligée (24). L'obligation de mise en concurrence (25), dont le champ d'application ne cesse de croître, a contraint l'administration à adopter un nouveau mode de fonctionnement qui passe, le plus souvent, par le recours à des procédés issus du droit privé.

(17) J. SAROT, « Le contrat, instrument d'organisation des services publics », *A.P.T.*, 1977, p. 116.

(18) R. ANDERSEN, « Les conventions sectorielles en droit de l'environnement », *op. cit.*, p. 32.

(19) J. SAROT, *op. cit.*, pp. 100-118.

(20) Il s'agit alors de « convaincre, plutôt que de contraindre les intéressés » (M.-A. FLAMME et J.-M. FAVRESSE, « Les instruments juridiques de l'intervention des pouvoirs publics », in J.-M. FAVRESSE (e.a.), *Aspects juridiques de l'intervention des pouvoirs publics dans la vie économique*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 279).

(21) J. DE BEYS, B. GORS et C. THIÉBAUT, « La procédure d'octroi des subventions », in D. RENDERS (dir.), *Les subventions*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 274 et s.; M. DE GROOT, « De subsidieovereenkomst in een stroomversnelling : mogelijkheden en beperkingen », *T.B.P.*, 2014, liv. 4-5, pp. 202 et s.

(22) Voy. B. GORS, « Le principe de mutabilité », in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, Fr. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le service public*, t. 2, Les « lois » du service public, Bruxelles, La Chartre, 2009, pp. 127 et s.

(23) R. ANDERSEN, *op. cit.*, p. 32.

(24) K. WAUTERS, « Overheidsovereenkomsten in België onder invloed van het Europees Unierecht », in K. WAUTERS, B. DELVAUX et B. VANHEUSDEN, *op. cit.*, pp. 287-319.

(25) Dimitri Yernault parle de « primat de la concurrence » (D. YERNAULT, *op. cit.*, p. 91).

6. Aussi le droit privé a-t-il, aujourd'hui, pénétré la sphère publique dans ses multiples composantes. À la suite de Pierre Van Ommeslaghe, l'on constate, non sans un certain amusement, que les civilistes ont longtemps dénoncé l'envahissement du droit privé par le droit public. L'auteur relate un « concert de lamentations [...] parmi les privatistes les plus réputés, particulièrement en France, sur l'avenir du droit privé dans ses rapports avec le droit public » (26). Les initiatives législatives et réglementaires dans la sphère du droit privé étaient qualifiées d'interventionnistes, et vivement critiquées.

Que les civilistes se rassurent. Il apparaît aujourd'hui que le droit privé a conservé sa singularité, et confirmé son implantation solide en droit belge. L'on oserait même dire qu'il a su renverser la vapeur, puisqu'il occupe désormais une place de premier choix... dans le domaine du droit public (27) !

7. Le recours au contrat s'est généralisé, allant jusqu'à s'immiscer dans tous les domaines d'action de l'administration. Dans les relations entre l'administration et les personnes privées, le succès des partenariats public-privé (PPP) est grandissant, de même que celui des conventions de subsides (28). L'organisation des services, la réalisation de certaines politiques publiques et la coopération entre les autorités publiques requièrent également la signature de conventions (29). L'on songe notamment au contrat de gestion et au *convenant*, dont la nature contractuelle reste toutefois controversée (30). En certaines matières, la jurisprudence européenne va jusqu'à imposer le recours au contrat (31).

S'agissant de la gestion de ses biens, l'administration a fréquemment recours à des instruments contractuels, dont le plus célèbre est le marché public. Les concessions domaniales sont également légion (32).

La gestion des ressources humaines n'a pas davantage échappé à la règle. L'engagement sous contrat de travail présente des avantages qui n'ont pas échappé à l'administration, de sorte que son usage s'est généralisé.

(26) P. VAN OMMEFLAGHE, « Le droit public existe-t-il ? », *Rev. dr. ULB*, 2006, p. 16.

(27) *Comp.* P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 238.

(28) Voy., à ce sujet, J. DE BEYS, B. GORS et C. THIÉBAUT, *op. cit.*, pp. 274 et s. ; M. DE GROOT, *op. cit.*, pp. 202-217.

(29) B. GORS, « De nouvelles formes de coopération communale en Région wallonne », *A.P.T.*, 2006, pp. 144 et s.

(30) Pour le contrat de gestion, la première condition est mise en doute (accord de volontés). Pour le convenant, la deuxième condition est mise en doute (création d'effets juridiques). Voy. K. WAUTERS, « Contractualisation et régulation : quelques avancées des 20 dernières années », in R. ANDERSEN (dir.), *Le droit public en Belgique : vingt ans après*, Londres, Esperia Publications Ltd, 2012, pp. 129-133. Sur la nature du contrat de gestion, voy. également D. DE ROY, « La nature juridique des contrats de gestion d'entreprises publiques : à la recherche de l'introuvable ? », *J.T.*, 2002, pp. 393 et s. ; 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, pp. 403 et s. ; C.E., arrêt n° 231.760 du 26 juin 2015, *S.C.R.L. Les journaux francophones belges*.

(31) D. YERNAULT, *op. cit.*, p. 97 ; A.-L. DURVIAUX et N. THIRION, « Les modes de gestion des services publics locaux, la réglementation relative aux marchés publics et le droit communautaire », *J.T.*, 2004, liv. 6122, pp. 17-27.

(32) Voy. D. RENDERS et B. GORS, *Les biens de l'administration*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 180 pp.

B. – Le fondement de la compétence de l’administration pour conclure des contrats

8. La multiplication des contrats dans les modes de gestion du service public est un constat (33). Si le recours au contrat dans le domaine public est un état de fait, le fondement de la compétence de l’administration pour conclure des contrats reste controversé. En droit belge, pour exercer ses compétences à l’aide d’actes unilatéraux, l’administration doit y être habilitée par ou en vertu d’une loi. Au contraire du pouvoir législatif, qui dispose de la plénitude de compétence, le pouvoir exécutif (fédéral) est investi du pouvoir d’exécuter les lois d’une part (34), et d’un pouvoir d’attribution (*toegewezen macht*) d’autre part, qui implique qu’il ne peut agir qu’en vertu d’un mandat constitutionnel ou législatif (35).

Certains textes imposent à l’administration de recourir à des actes unilatéraux, à l’exclusion du contrat. C’est le cas du recrutement dans la plupart des administrations qui se déroule, sauf exceptions, par la voie d’un engagement statutaire (voy. *infra*). En présence d’une interdiction, la question de la compétence de l’administration pour contracter ne se pose pas.

En revanche, en l’absence d’un tel texte, la question se pose de savoir si l’administration peut, sans fondement normatif particulier, s’engager dans les liens d’un contrat. La doctrine reste, à ce sujet, largement divisée.

9. Pour certains, la possibilité de contracter découle de la personnalité juridique dont jouissent les autorités publiques. Les personnes morales de droit public sont, en effet, dotées de la personnalité juridique et, comme corollaire de celle-ci, de la capacité juridique.

La capacité juridique des personnes publiques étant « pleine et entière » (36), elle inclurait la capacité de contracter, de sorte qu’il suffit de constater que les autorités publiques sont dotées de la personnalité juridique pour qu’elles aient, *de iure* et par principe, la compétence de conclure des conventions (37).

(33) L.A. WAUTIER, « Y a-t-il, en droit belge, des contrats administratifs ? », *J.T.*, 1956, p. 65 ; Fr.-E. DE VISSCHERE, *Algemene theorie der rechtshandelingen van het openbaar bestuur*, Anvers, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1966, pp. 26 et s. ; M. BOSMANS, « De verhouding tussen privé-contractenrecht en het publiekrecht », *R.W.*, 1985-1986, pp. 2101 et s.

(34) Art. 108 de la Constitution.

(35) L’article 105 de la Constitution dispose : « Le Roi n’a d’autres pouvoirs que ceux que lui attribuent formellement la Constitution et les lois particulières portées en vertu de la Constitution même ». Voy. A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Malines, Kluwer, 2014, p. 20 ; D. BATSELÉ et M. SCARCEZ, *Abrégé de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 115-116.

(36) M. PÂQUES, *De l’acte unilatéral au contrat dans l’action administrative*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 148.

(37) D. DÉOM, « Les instruments du droit administratif à l’épreuve des “partenariats public-privé” (P.P.P.) », in B. LOMBAERT (dir.), *Les partenariats public-privé (P.P.P.)*, Bruxelles, La Chartre, 2005, p. 203 ; W. VAN GERVEN, *De overheid in het verbintenissenrecht. Hoe blauw is het bloed van de prins*, Anvers, Kluwer, 1984, p. 56 ; M. PÂQUES, *De l’acte unilatéral au contrat dans l’action administrative*, op. cit., pp. 147-148 ; D. YERNAULT, op. cit., p. 75 ; I. MATHY, « Être ou ne pas être une personne juridique distincte de l’État, la Communauté

Diane Déom relève que la circonstance que certains textes autorisent expressément le recours à des techniques contractuelles n’implique pas que l’administration doive nécessairement s’appuyer sur un fondement légal. À son estime, ce type de disposition ne sert pas de fondement à la compétence de l’administration, mais vise à encadrer et à limiter la conclusion de contrats (38).

La doctrine néerlandophone récente s’est penchée sur la question de savoir si l’autorité pouvait opter pour le contrat pour servir l’intérêt général (39). Cette doctrine part du principe qu’une autorisation ou une habilitation légale est nécessaire pour qu’une autorité administrative puisse conclure une convention. À l’inverse, la doctrine francophone constate, avec la même évidence, que la simple attribution d’une personnalité juridique suffit à fonder la compétence de conclure des contrats (40). Les auteurs de la présente contribution défendent, à l’instar de la doctrine francophone majoritaire, l’idée selon laquelle aucun fondement légal spécifique n’est nécessaire pour permettre à l’autorité d’être partie à une convention.

10. Les auteurs qui estiment qu’un fondement légal est nécessaire pour le recours au contrat se fondent généralement sur l’article 105 de la Constitution (41). L’article 105 de la Constitution opère une répartition constitutionnelle des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Il découle de cette disposition que le Roi, à la tête du pouvoir exécutif, jouit d’une compétence d’attribution et qu’il ne peut, en conséquence, exercer que les compétences qui lui ont été attribuées par le législateur (42). La notion de « compétence » est une notion centrale dans l’article 105 de la Constitution. La compétence *ratione materiae* est relative au pouvoir d’une personne de prendre une décision dans une situation donnée (43). Or, lorsqu’une autorité s’est vue attribuer la compétence matérielle de régler une situation, elle a également la capacité d’agir (44).

La compétence attribuée au pouvoir exécutif est soit discrétionnaire, soit liée. De plus, lorsqu’elle agit dans le cadre des compétences qui lui ont été

ou la Région ? L’autonomie avec ou sans personnalité juridique », in P. JADOUL, B. LOMBAERT et F. TULKENS, *Le paraétatisme – Nouveaux regards sur la décentralisation fonctionnelle en Belgique et dans les institutions européennes*, Bruxelles, La Charte, 2010, pp. 79-80.

(38) D. DÉOM, « Les instruments du droit administratif à l’épreuve des “partenariats public-privé” (P.P.P.) », *op. cit.*, pp. 202-203.

(39) K. LEUS, « Overeenkomsten met de overheid en overheidsvereenkomsten : bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De “gemene”, de “gemengde” of de “zuivere” rechts-leer », in X., *Bijzondere overeenkomsten*, Malines, Kluwer, 2008, pp. 408-415.

(40) B. LOMBAERT, « L’acte administratif, source du droit ? », in I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, Ph. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Les sources du droit revisitées. Volume 2 Normes internes infraconstitutionnelles*, Bruxelles, Anthemis, 2012, p. 604.

(41) Voy. égal. D. D’HOOGHE et F. VANDEN DRIESSCHE, *Publieke private samenwerking*, Bruges, die Keure, 2003, p. 21.

(42) A. ALEN et K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Malines, Kluwer, 2011, p. 664, n° 411.

(43) M. LEROY, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Anthemis, 2011, p. 377.

(44) *Comp.* A. WIRTGEN, *Middelen en het ambtshalve aanvoeren van middelen in het bijzonder*, Bruges, die Keure, 2004, p. 69, n° 72.

attribuées, l'administration peut user d'actes unilatéraux ou bilatéraux (45). Le contrat est davantage compris comme un instrument à disposition de l'autorité pour exercer ses compétences (46), qu'une compétence que l'administration devrait se voir confier par le législateur. L'action unilatérale et la conclusion de contrat sont, l'un comme l'autre, des moyens d'action de l'administration. Dès lors, l'acte unilatéral constitue un moyen d'agir spécifique à l'administration, précisément parce qu'elle est amenée à servir l'intérêt général. En ce sens, la référence à l'article 105 de la Constitution n'apparaît pas pertinente pour soutenir la thèse selon laquelle un fondement légal est nécessaire pour qu'une administration puisse conclure un contrat.

Les autorités administratives sont des personnes morales qui jouissent de la personnalité juridique. Par ailleurs, en principe, la capacité juridique d'une personne morale est comparable à celle d'une personne physique (47). Cela signifie qu'une personne morale est titulaire de la plénitude de ses droits. Une personne morale, en ce compris une personne morale de droit public, peut donc conclure des conventions (48). Partant, la jouissance de la personnalité juridique constitue un fondement suffisant pour pouvoir conclure des contrats. Cependant, si la convention sert à modifier l'ordonnement juridique, un fondement légal est bien nécessaire.

11. La question se pose également de savoir dans quelle mesure une administration est libre de recourir au contrat. En Belgique, la plupart des auteurs sont favorables à la théorie du choix de la voie contractuelle (*tweewegeneer*). Suivant cette théorie, l'administration a, en principe, la liberté de choisir entre l'acte unilatéral et le contrat comme instrument pour servir l'intérêt général (49). Cependant, le choix de recourir au contrat ne peut avoir pour effet de violer une norme de droit positif contraignante, ou un principe général de droit, et ne peut engendrer un transfert de compétence ou une limitation de sa propre liberté d'appréciation (50).

Pour certains auteurs, une habilitation légale est, en principe, nécessaire pour qu'une autorité publique puisse opter pour un contrat (51). Cependant,

(45) C. CAMBIER, *Droit administratif*, op. cit., pp. 231 et s.

(46) *Comp.* avec l'expropriation pour cause d'utilité publique ou la création d'une entreprise, qui ont aussi été considérées comme des instruments utilisés dans le cadre d'une compétence attribuée : A. ALEN et K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, op. cit., p. 461, n° 411.

(47) W. VAN GERVEN, *Algemeen deel, in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, p. 118, n° 44.

(48) Art. 1123 du Code civil.

(49) P. GOFFAUX, op. cit., v° Voie contractuelle ; D. D'HOOGHE et F. VANDENDRIESSCHE, op. cit., p. 22, note 42.

(50) W. VAN GERVEN et M. WYCKAERT, « Overeenkomsten met de overheid », *T.P.R.*, 1987, pp. 1748-1749 ; S. LIERMAN, P.-J. VAN DE WEYER et K.-J. VANDORMAEL, « Overheidscontracten in het Belgische recht : besturen op de snijlijn van privaat- en publiekrecht », in *Preadviezen 2015*, Den Haag, BJu, 2015, pp. 16 et s.

(51) M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, op. cit., pp. 347-379 et 423 ; P. NIHOUL, « L'action contractuelle de la S.P.G.E. », *Amén.*, 2002, n° spécial, p. 73.

Michel Pâques a récemment relevé, à juste titre, que les deux conceptions n'étaient pas fondamentalement opposées (52).

C. – Le droit applicable aux contrats conclus par l'administration

12. La conclusion d'un contrat par l'administration peut, à première vue, sembler contradictoire. Dans l'exercice de ses missions, l'administration a pour objectif de réaliser l'intérêt général, et l'intérêt général prime les intérêts particuliers. Cela ressort, à notre avis, notamment de l'article 33 de la Constitution. Dans les liens d'un contrat, les parties ont vocation à se trouver sur un pied d'égalité, de sorte qu'il semble illusoire que l'administration puisse faire primer l'intérêt général au moyen d'un instrument qui, par définition, tend à garantir l'égalité entre les parties.

13. Si elle opte pour un instrument de droit privé, l'administration est, en vertu du principe de légalité, tenue de se conformer aux dispositions légales de droit privé applicables à cet instrument. Reste la question de savoir si seul le droit privé régit les relations contractuelles de l'administration.

Pour déterminer le droit applicable aux contrats conclus par l'administration, l'on avait, suivant la « théorie du contrat administratif » (53), coutume de distinguer deux types de contrats : les contrats de l'administration et les contrats administratifs. Les premiers, régis par le droit privé, sont conclus par l'administration agissant comme un particulier, sans pouvoir de commandement. Les seconds sont, quant à eux, des contrats régis par le droit privé, sauf si le droit administratif y déroge (54). Ils sont conclus par l'administration en sa qualité d'administration, c'est-à-dire lorsqu'elle réalise l'intérêt général (55).

Cependant, la pertinence de cette distinction est remise en cause (56). Il a été relevé, à juste titre, que l'intérêt général entraînait en ligne de compte lors de la conclusion de tous les contrats, y compris les contrats de l'administration (57). De plus, il est erroné de prétendre que seul le droit civil s'applique aux contrats de l'administration. La distinction entre ces deux types de contrats, en ce qu'elle reposait sur le critère du droit applicable, n'est donc pas adéquate.

La distinction entre les contrats administratifs et les contrats de l'administration provient, en réalité, de nos voisins d'outre-Quévrain. En droit

(52) M. PÂQUES, *Droit administratif*, 2^e fascicule, Liège, Presses universitaires, 2014.

(53) P. WIGNY, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1953, n^{os} 334-380.

(54) D. RENDERS, *Droit administratif général*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 371-372.

(55) N. PORTUGAELS, « Enkele knelpunten bij een dading op de grens tussen het privaatrecht en publiekrecht », *T.B.P.*, 2014, liv. 4-5, p. 221.

(56) K. WAUTERS, « Zin of onzin van een leer van het administratief contract in België », in K. DE KETELAERE, D. D'HOOGHE et A.-M. DRAYE (dir.), *Liber amicorum Marc Boes*, Bruges, die Keure, 2011, pp. 589-606 ; B. GORS, « Le principe de mutabilité », *op. cit.*, pp. 131-135 ; M. DE GROOT, *op. cit.*, pp. 204-205.

(57) B. GORS, « Le principe de mutabilité », *op. cit.*, pp. 131-135.

français, cette distinction trouve, encore aujourd'hui, une justification (58). En effet, elle délimite la compétence juridictionnelle entre le juge administratif et le juge judiciaire. Tel n'est pas le cas en Belgique, puisque, conformément aux articles 144 et 145 de la Constitution, les compétences du juge judiciaire sont délimitées par l'objet du recours, à savoir la protection d'un droit subjectif.

14. Dans ses fondements, le contrat est un instrument qui repose sur deux caractéristiques essentielles : il s'agit d'un accord de volontés, qui est destiné à produire des effets juridiques (59). Il est régi par le Code civil et les lois particulières qui le complètent. Traditionnellement, l'on rattache, en droit civil, quatre principes à la conclusion d'un contrat : le principe du consensualisme, de la convention-loi, de l'autonomie de la volonté et le principe de la relativité des actes juridiques (60).

La question se pose de savoir si ces principes s'appliquent, sans restriction, aux contrats conclus par une autorité publique.

15. Le principe de l'autonomie de la volonté consacre l'idée selon laquelle les parties disposent d'une grande latitude dans le processus de conclusion du contrat, sous réserve de ne pas porter atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs (61), et aux lois impératives (62). La liberté contractuelle emporte la liberté de conclure un contrat, de choisir son co-contractant et de déterminer le contenu du contrat (63).

Outre la question de la nécessité d'un fondement légal, général ou spécifique, pour pouvoir conclure un contrat (voy. *supra*), la liberté contractuelle d'une autorité publique est plus restreinte que celle d'une personne privée. L'autorité publique se voit, en effet, contrainte de respecter le principe d'indisponibilité des compétences et le principe de spécialité (64). Le principe de spécialité, applicable aux personnes morales de droit public comme de droit privé, serait « renforcé » en droit public (65). Puisque toute

(58) En droit administratif français, le juge compétent dépend de la nature administrative ou privée du contrat. Voy. K. WAUTERS, « Zin of onzin van een leer van het administratief contract in België », *op. cit.*, pp. 591-592.

(59) C. CAMBIER, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 265 ; D. D'HOOGHE, « Overeenkomsten met de overheid », in M. STORME, Y. MERCHERS et J. HERBOTS (éds), *De overeenkomst vandaag en morgen*, Anvers, Kluwer, 1990, p. 130 ; D. YERNAULT, *op. cit.*, p. 73 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 2, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, n° 447.

(60) P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les Obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 167 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 119 et s. ; M. DUPONT (dir.), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Larcier, 2016, 424 pp.

(61) Art. 6 du Code civil.

(62) Cass., 9 décembre 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 355 ; Cass., 15 mars 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 885 ; Cass., 2 février 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 529.

(63) P. WÉRY, *op. cit.*, pp. 124 et s.

(64) M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, *op. cit.*, pp. 148-149 ; D. YERNAULT, *op. cit.*, p. 75 ; K. LEUS, « Overeenkomsten met de overheid of overheidsvereenkomsten : bijzondere overeenkomsten en algemeen belang », in R. FELTKAMP, E. JANSSENS et J. LEMMENS, *Ondernemingscontracten stap voor stap*, 2^e éd., Gand, Larcier, 2013, p. 522.

(65) M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, *op. cit.*, p. 149.

personne morale de droit public est créée en vue de réaliser un but défini, l'autorité ne peut agir que pour réaliser la mission qui lui est confiée par la loi, le décret ou l'ordonnance (66). Ainsi, elle n'est habilitée à conclure des contrats que dans la mesure où ils sont de nature à réaliser les compétences qui lui sont expressément attribuées.

L'autorité publique contractante ne jouit pas davantage d'une liberté absolue dans le choix de son co-contractant. Même si l'autorité n'est pas soumise à une obligation générale, et automatique, de procéder à une adjudication publique avant la conclusion de chaque contrat (67), force est de constater qu'elle est, de manière générale, tenue de respecter le principe d'égalité (68). Des législations particulières viennent également poser des balises pour le choix des co-contractants. L'on songe, notamment, à la législation en matière de marchés publics, et aux obligations en termes de publicité et d'égalité entre les soumissionnaires qu'elle instaure (69).

Par ailleurs, une autre limitation du principe de l'autonomie de la volonté tient au fait que les pouvoirs publics sont tenus d'agir conformément à l'intérêt général, qu'ils réalisent leur mission par voie d'actes unilatéraux ou à l'aide de contrats (70). Le contenu de la convention doit donc se limiter à ce qui apparaît nécessaire pour réaliser l'intérêt général. Contrairement à une personne privée, il n'est pas question, pour une autorité publique, de conclure un contrat pour satisfaire son intérêt particulier, à moins qu'il ne se confonde avec l'intérêt général.

Il doit également être relevé que les biens du domaine public sont, en principe, hors commerce. Ces biens sont inaliénables et donc ne peuvent faire l'objet d'un contrat de vente, d'un contrat de bail, etc. (71).

16. La portée du principe de la convention-loi sera également différente selon que le contrat est conclu entre deux personnes privées, ou que l'une des parties est une personne publique. Ce principe est consacré par l'article 1134, alinéa 1er, du Code civil, qui dispose que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Eu égard aux prérogatives dont dispose l'administration en vue de réaliser l'intérêt général, l'on est en droit de se demander si, en qualité de partie au contrat, elle sera entièrement liée par la convention. En d'autres termes, il s'agit principalement de déterminer si, par dérogation à l'article 1134 du Code civil,

(66) A. BUTTGEBACH, *Manuel de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1966, n° 46 ; D. D'HOOGHE, « Overeenkomsten met de overheid », *op. cit.*, p. 135 ; D. BATSELE et M. SCARCEZ, *op. cit.*, p. 121.

(67) D. D'HOOGHE, « Overeenkomsten met de overheid », *op. cit.*, p. 138.

(68) K. WAUTERS, « Zin of onzin van een leer van het administratief contract in België », *op. cit.*, p. 594, et la jurisprudence citée.

(69) Voy. A. L. DURVIAUX, « Le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence dans l'attribution des marchés et contrats publics », in K. WAUTERS (coord.), *Contrats publics*, Limal, Anthemis, 2014/2, pp. 7-65.

(70) C. CAMBIER, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 266.

(71) Sur l'indisponibilité de principe des biens du domaine public, voy. D. RENDERS et B. GORS, *Les biens de l'administration*, *op. cit.*, pp. 64 et s.

l'autorité publique dispose d'un pouvoir de modification unilatérale, et si elle peut procéder à la résiliation du contrat sans l'accord de l'autre partie.

17. Il n'est pas exclu que les parties à la convention s'accordent pour prévoir un pouvoir de modification unilatérale dans le chef de l'autorité publique. Par ailleurs, le législateur peut accorder expressément un tel pouvoir à l'autorité concluante. Telle a été l'option retenue en matière de marchés publics et de concessions de travaux publics. Le législateur a, dans ce cas, expressément prévu, et encadré, un pouvoir de modification unilatérale pour l'autorité adjudicatrice (72).

Cependant, en l'absence d'une clause contractuelle ou d'une habilitation législative, l'on est en droit de se demander si l'autorité publique bénéficie tout de même du pouvoir de modification unilatérale. Ce pouvoir pourrait trouver sa source dans le principe de mutabilité, qui fait partie de ce que l'on appelle communément les « lois du service public ». Il s'agit du principe selon lequel l'administration est habilitée, à tout moment, à modifier le service public si l'intérêt général le requiert (73). La délicate question de l'application de ce principe aux conventions conclues par les pouvoirs publics reste controversée (74).

Les principes de la convention-loi et de la mutabilité sont, en effet, contradictoires. Une application sans réserve de loi du changement reviendrait à dénier tout effet utile de la convention, puisque le cocontractant n'en tirerait plus aucune sécurité juridique. À l'inverse, priver l'autorité publique du pouvoir de modifier ses engagements l'empêcherait de réaliser pleinement l'intérêt général, si les circonstances qui entourent la conclusion du contrat venaient à évoluer en sa défaveur.

Une partie de la doctrine considère que le principe *pacta sunt servanda* doit céder le pas devant l'intérêt général, de sorte que l'autorité publique dispose, même en matière contractuelle, d'un pouvoir de modification unilatérale (75). Patrick Goffaux considère que le principe de mutabilité s'applique en matière contractuelle, pour autant que l'objet du contrat ne s'en trouve pas modifié et que les exigences légales ne soient pas contournées, et pour autant qu'une indemnité soit versée à titre de compensation du déséquilibre contractuel (76).

À l'inverse, d'autres auteurs considèrent que le pouvoir de modification unilatérale doit trouver un fondement dans une clause contractuelle ou dans une disposition normative (77). À leur estime, le choix de recourir à un

(72) Art. 37 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, *M.B.*, 14 février 2013, p. 8752.

(73) P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 406.

(74) B. GORS, « Le principe de mutabilité », *op. cit.*, pp. 127 et s.

(75) D. RENDERS, *Droit administratif général*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 373 ; D. YERNAULT, *op. cit.*, p. 78 ; M.A. FLAMME, *Droit administratif*, vol. 2, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1989, p. 822 ; W. VAN GERVEN et M. WYCKAERT, « Overeenkomsten met de overheid », *op. cit.*, p. 1736.

(76) P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 410 ; D. YERNAULT, *op. cit.*, p. 78.

(77) D. D'HOOGHE et M. GELDERS, « De eenzijdige wijziging van met de overheid gesloten contracten : overheidsopdrachten, publiek-private samenwerkingscontracten en concessies

instrument contractuel emporte la renonciation à la compétence réglementaire unilatérale (78).

Avec de la nuance, Benoit Gors estime que, pour ne pas tromper les attentes légitimes du cocontractant, la mutabilité des contrats « ne peut être admise que dans des limites raisonnables » (79). Elle implique, en tout cas, l'obligation d'indemniser le co-contractant (80).

18. La question se pose dans les mêmes termes au sujet du pouvoir de résiliation unilatérale de l'administration, en l'absence d'habilitation normative ou contractuelle. Il est admis que les concessions de service public et les concessions domaniales sont des conventions précaires (81), de sorte qu'elles peuvent être résiliées à tout moment, pourvu que l'intérêt général le justifie et qu'une réparation intégrale soit accordée au co-contractant (82). Cela découlerait du fait que ces conventions comportent une dimension réglementaire (83).

S'agissant des autres instruments contractuels, la controverse persiste. La solution peut résider dans le deuxième alinéa de l'article 1134 du Code civil, qui prévoit que les conventions ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise. Si l'on considère que le terme « loi » englobe les principes généraux du droit, l'administration pourrait fonder son pouvoir de résiliation unilatérale sur le principe de mutabilité (84).

L'on peut également considérer que le droit de mettre fin unilatéralement à un contrat est justifié par les tâches d'intérêt général que l'autorité est amenée à accomplir. Ainsi, la décision de rompre le contrat, pour un motif d'intérêt général, apparaît comme le miroir de la décision d'attribution du contrat (85).

19. Un avocat général près la Cour de cassation s'est récemment prononcé sur la question des prérogatives dont l'autorité dispose dans le cadre de l'exécution d'un contrat. Selon l'avocat général Vanderlinden, l'autorité qui

van openbare dienst », *Le droit des affaires en évolution. La modification unilatérale du contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2002, n° 13, pp. 105-107 ; M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, *op. cit.*, pp. 331 et s. ; D. D'HOOGHE et Ph. DE KEYSER, « Het continuïteitsbeginsel en het veranderlijkheidsbeginsel », in M. VAN DAMME et I. OPDEBEEK (éds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Bruges, die Keure, 2006, pp. 389-390.

(78) D. D'HOOGHE, « Overeenkomsten met de overheid », *op. cit.*, p. 156.

(79) B. GORS, « Le principe de mutabilité », *op. cit.*, p. 135.

(80) *Ibidem*, pp. 149-150.

(81) D. RENDERS et B. GORS, « La précarité des titres d'occupation privative du domaine public », *Jurim Pratique*, n° 2015/3, pp. 147-174.

(82) M. PÂQUES, D. DÉOM, P.-Y. ERNEUX et D. LAGASSE, *Domaine public, domaine privé. Biens des pouvoirs publics*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 172 ; B. GORS, « Le principe de mutabilité », *op. cit.*, p. 138.

(83) D. D'HOOGHE, « Overeenkomsten met de overheid », *op. cit.*, p. 159.

(84) B. GORS, « Le principe de mutabilité », *op. cit.*, pp. 146-147.

(85) K. WAUTERS, « Zin of onzin van een leer van het administratief contract in België », *op. cit.*, pp. 604-605.

opte pour la voie contractuelle renonce à sa position d'autorité publique (86). En conséquence, dès le moment où elle conclut un contrat, les principes de droit public ne trouvent plus à s'appliquer. Les auteurs D'Hooghe et De Keyser traduisent ce raisonnement comme suit : « Si l'autorité opte pour la voie contractuelle, elle est assujettie à la loi du contrat au même titre qu'un particulier. Choisir, c'est renoncer. L'autorité ne peut à la fois faire usage du contrat, et conserver sa compétence réglementaire unilatérale concernant l'objet du contrat » (87).

Dans son arrêt du 12 octobre 2015, la Cour de cassation a jugé qu'un principe de bonne administration ne pouvait pas conférer au citoyen (en l'occurrence un agent contractuel), un droit supplémentaire à ceux prévus par la réglementation applicable au contrat de travail (88) (89).

Il a déjà été établi que la doctrine et la jurisprudence majoritaires considèrent le droit administratif comme un droit d'exception, lorsque l'autorité fait usage du contrat (90). De cette manière, l'on se rallie, en Belgique, à la doctrine hollandaise baptisée « *gemene leer* » (91). L'application de la « *gemene leer* » a été confirmée par l'avocat général et, éventuellement, de manière implicite, par la Cour de cassation elle-même. Une telle confirmation ne ressort toutefois pas clairement de l'arrêt. Le considérant de l'arrêt semble davantage se fonder sur la conception selon laquelle les principes de bonne administration sont hiérarchiquement subordonnés aux dispositions légales (92). Un principe de bonne administration, de valeur inférieure, ne peut pas avoir d'effet *contra legem* (93).

Lorsque l'administration s'engage dans la voie contractuelle, elle ne peut, à notre estime, pas renoncer de manière absolue à la possibilité d'agir de manière unilatérale, qui lui est conférée par la Constitution. Il découle directement de l'article 33 de la Constitution qu'une autorité publique doit

(86) Concl. sous Cass., 12 octobre 2015, R.G. S.13.0026.N, www.cass.be.

(87) D. D'HOOGHE et Ph. DE KEYSER, « Het continuïteitsbeginsel en het veranderlijkebeginsel », *op. cit.*, pp. 389-390 (traduction libre).

(88) Cass., 12 octobre 2015, R.G. S.13.0026.N, www.cass.be ; *Rev. dr. comm.*, 2016, liv. 1, p. 11, note J. BOUVIER et J. VAN BOL.

(89) Pierre Joassart et Nicolas Bonbled relèvent que l'arrêt est cassé pour méconnaissance de la notion de faute, et peut s'interpréter comme imposant au juge d'appel de motiver davantage sa décision d'accorder des dommages et intérêts. Suivant cette interprétation, la Cour de cassation n'a pas exclu l'application des principes de bonne administration à la décision de licenciement d'un agent contractuel de la fonction publique (P. JOASSART et N. BONBLED, « Les principes généraux du droit administratif et de bonne administration en droit social », in P.O. DE BROUX, B. LOMBAERT et Fr. TULKENS (dir.), *Actualité des principes généraux en droit administratif, social et fiscal*, Limal, Anthemis, 2015, p. 106).

(90) K. WAUTERS, « Zin of onzin van een leer van het administratief contract in België », *op. cit.*, pp. 590-601.

(91) Voy. égal. S. LIERMAN, *Bestuur zonder grenzen*, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 27-31.

(92) Voy. P. POPELIER, « Beginselen van behoorlijk bestuur : begrip en plaats in de hiërarchie van de normen », in I. OPDEBEEK et M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Bruges, die Keure, 2006, p. 27, n° 34 ; P. MARCHAL, « Principes généraux du droit », in *R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 43 et s.

(93) Cass., 1^{er} mars 2010, *Pas.*, 2010, n° 139.

toujours agir conformément à l'intérêt général (94). Il y a donc lieu de partir du postulat que les décisions unilatérales sont le moyen d'action naturel de l'autorité pour réaliser ses missions d'intérêt général. Le choix de recourir au contrat est également un acte unilatéral. Conformément au principe de mutabilité, l'autorité doit pouvoir revenir sur ce choix, et doit, de surcroît, pouvoir s'immiscer dans le contrat si l'intérêt général le requiert.

D. – Convention sectorielle

20. Dans le domaine de la politique de l'énergie, différentes autorités manipulent des actes juridiques de nature consensuelle, en vue de réaliser cette politique, ou pour en faciliter la gestion. Les réflexions ici développées sont le fruit d'enseignement et de pratique.

Les médias se sont récemment penchés sur le contrat conclu entre l'État belge et Electrabel, prévoyant l'indemnité annuelle due pour la prolongation des centrales nucléaires de Doel 1 et Doel 2. Ce contrat a vocation à « clarifier » cette indemnité annuelle, et à prévoir une indemnisation dans l'hypothèse où les obligations ne seraient pas remplies. La section de législation du Conseil d'État s'est, à plusieurs reprises, interrogée sur le choix de l'État belge de définir ces éléments dans un contrat. La section de législation a relevé que l'autorité publique ne pouvait pas exercer sa fonction normative par la conclusion de conventions (95).

Récemment, le Conseil d'État a également considéré qu'une autorité administrative ne pouvait pas, par le biais d'une convention sectorielle, se désister de son pouvoir d'appréciation dans le cadre de la délivrance d'un permis d'environnement (96).

21. Comme dans d'autres domaines, les autorités font également usage de conventions sectorielles pour mener une politique énergétique. En Flandre, des « Benchmarkconvenants » et « Auditconvenants » sont ainsi conclus. Il s'agit d'accords, conclus sur base volontaire entre l'autorité flamande et une entreprise, qui visent à atteindre un certain niveau d'efficacité énergétique dans l'entreprise. Cette dernière s'engage à diminuer directement ou indirectement ses émissions de CO₂ (97). En Wallonie, un système d'accords de branche a été instauré en 1999. Ces accords consistent à élaborer, sur base volontaire, un contrat entre la Wallonie et les secteurs industriels, représentés par les entreprises les plus consommatrices en énergie. Ces dernières s'engagent à réduire leurs émissions de CO₂. Des accords de branche de seconde génération ont, par la suite, été signés pour la période 2014-2020.

(94) Voy. K. WAUTERS en S. VAN WINSEN, « Domeingoederen – Welke contractuele rechten », in *Liber Amicorum Anne Mie Draye*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 350 et s.; *Doc.*, Parl. wall., 1995, n° 49/1, p. 59.

(95) *Doc. parl.*, Ch., n° 54-967/1, pp. 21-22; voy. égal. *Doc. parl.*, Ch., n° 54-1511/001, pp. 18-21.

(96) C.E., arrêt n° 227.578 du 28 mars 2014, *Provincie Vlaams-Brabant e.a.*

(97) Voy., à ce sujet, M. DECROOS, « Energiebeleidsovereenkomsten over energie-efficiëntie in de industrie : benchmarktconvenant en auditconvenant », *M.E.R.*, 2007, pp. 244-262.

22. La convention sectorielle (98) est un instrument juridique d'inspiration hollandaise. Le professeur Van Gerven était, en Belgique, le premier à faire état de son existence et à examiner sa valeur et son contenu sous la dénomination de « *beleidsovereenkomst* » (99). D'autres l'ont, à l'instar de son appellation hollandaise, dénommée « *convenant* » (100). Certains auteurs proposent d'utiliser cette notion comme notion générique pour tous les accords « politiques » signés par les autorités publiques avec le secteur privé (101). L'on pourrait, ainsi, les considérer comme une troisième catégorie de conventions, à côté des contrats administratifs et contrats de l'administration, conclus par les autorités publiques (102).

La convention sectorielle est un acte juridique par lequel une autorité publique conclut une convention avec un partenaire public ou privé, afin de mettre en œuvre et/ou de réaliser une ou plusieurs politiques publiques de manière directe (103). L'autorité fait ainsi usage d'une technique issue du droit privé pour réaliser un objectif – social, économique ou culturel – déterminé. Il s'agit d'une technique consensuelle, suivant laquelle les parties s'engagent à fournir des prestations réciproques. Cet instrument est largement utilisé dans le secteur de l'environnement (104).

23. En matière de « *beleidsovereenkomsten* », une distinction est parfois opérée entre le « *beleidsovereenkomst* » *stricto sensu*, et les « *bevoegdheids-overeenkomsten* » (105). La première catégorie regroupe les contrats par lesquels une autorité donne une portée concrète à sa politique. La deuxième catégorie concerne les conventions par lesquelles l'autorité exprime un engagement dans le cadre de l'exercice de l'une de ses compétences.

Les auteurs de la présente contribution ont souhaité se pencher brièvement sur la nature juridique de cette catégorie de « *conventions* ». La dénomi-

(98) Notion empruntée : M. PÂQUES, « Les conventions sectorielles en matière d'environnement du point de vue du droit public », in H. BOCKEN et I. TRAEST (éds.), *Milieubeleids-overeenkomsten. Conventions sectorielles : instrument de gestion de l'environnement*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, pp. 56-85.

(99) W. VAN GERVEN, « *Beleidsovereenkomsten* », *Academiae Analecta*, 1984, pp. 38-66.

(100) S. BAETEN, P. DE BOCK, K. LEMMENS et J. OLIVIER, « Enige bedenkingen omtrent het juridisch kader van de convenanten », *T. Gem.*, 2001, pp. 3-36.

(101) B. PEETERS, *Convenanten, in het bijzonder milieuconvenanten*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, p. 2, n° 3 ; J. DEBIEVRE, « Het convenant als beleidsinstrument naar Belgisch recht : achtergrond en recente evolutie », *T.v.W.*, 2002, p. 373.

(102) K. LEUS, « Overeenkomsten met de overheid en overheids-overeenkomsten : bijzondere overeenkomsten en algemeen belang. De 'gemene', de 'gemengde' of de 'zuivere' rechtsleer ? », *op. cit.*, p. 428.

(103) Les pouvoirs adjudicateurs utilisent parfois aussi l'attribution d'un marché public afin de réaliser certains objectifs. Cependant, dans ce cas, le contrat est un outil indirect afin d'atteindre cet objectif.

(104) Voy. H. BOCKEN et I. TRAEST (éds.), *Milieubeleids-overeenkomsten*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991 ; G. VAN HOORICK et G. LAMBERT, « Het Decreet betreffende de milieubeleids-overeenkomsten », *T.M.R.*, 1995, pp. 2-10 ; D. PAULET, « Les conventions environnementales », *C.D.P.K.*, 2009, pp. 3-24.

(105) B. PEETERS, *Convenanten, in het bijzonder milieuconvenanten*, *op. cit.*, p. 14, n° 16.

nation de « convention » donnée à certains actes n'éclaire, en réalité, pas nécessairement sur leur véritable nature. La notion de « convention » est parfois utilisée pour indiquer que l'autorité s'est éloignée de son moyen d'action habituel, à savoir l'action unilatérale. Des discussions ont eu lieu au sujet de la nature de la convention sectorielle : contrat ou *gentlemen's agreement*. La nature de certains actes juridiques posés par les autorités publiques a, du reste, déjà été examinée par l'un des auteurs dans une précédente contribution (106). La notion de contrat y a été définie, en s'inspirant des travaux de Patrick Wéry, de la manière suivante : « l'accord de volontés (manifestées) entre deux ou plusieurs personnes, destiné à produire des effets de droit, qu'il s'agisse de donner naissance à des obligations, de transférer un droit subjectif, de modifier ou d'éteindre un droit ou une convention pré-existant » (107).

Sur la base de cette définition, deux éléments/conditions ont été distingué(e)s : 1) l'accord de volontés et 2) la production volontaire d'effets en droit. La contribution précitée a examiné plus spécialement deux actes juridiques, que sont le contrat de gestion et la relation entre le fournisseur d'énergie et l'usager. Pour ces actes juridiques, l'élément problématique était la présence, ou non, d'un accord de volontés. Contrairement à ces deux actes juridiques, la discussion porte, en l'espèce, sur le deuxième élément de la notion de « contrat », à savoir le fait de produire des effets juridiques (108). Il doit exister, dans le chef de chacune des parties, un *animo contrahendae obligationis* (109). La question se pose ainsi de savoir si les conventions sectorielles ont un caractère obligatoire. En effet, cela aura une incidence directe sur le caractère contraignant des accords conclus entre l'autorité et l'entreprise privée.

La doctrine majoritaire fait, à ce sujet, une distinction entre le contrat et le *gentlemen's agreement* (110). Les *gentlemen's agreements* (111), ou les engagements d'honneur, sont des « accords que les parties formulent à titre de manifestation d'intention, d'engagement moral ou d'honneur, même dans le cadre de relations d'affaires ou d'opérations économiques, alors qu'elles n'entendent pas être liées juridiquement » (112), ou des accords « dont

(106) K. WAUTERS et M.A. KHAYLI, « Quand la frontière entre le contrat et le règlement se trouble », in *Liber Amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 517-536.

(107) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1 (Théorie générale du contrat), Bruxelles, Larcier, 2010, p. 56.

(108) S. BAETEN, P. DE BOCK, K. LEMMENS et J. OLIVIER, *op. cit.*, pp. 10-12.

(109) Cass., 2 décembre 1875, *Pas.*, 1876, I, p. 37, avec les conclusions du Procureur général Faider.

(110) B. PEETERS, *Convenanten, in het bijzonder milieuconvenanten*, *op. cit.*, pp. 43-44, nos 51-52 ; A. VAN OEVELEN, « Privaatrechtelijke aspecten van milieubeleidsvereenkomsten », in *Milieubeleidsvereenkomsten*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 11, n° 6 ; M. PÂQUES, « Les conventions sectorielles en matière d'environnement du point de vue du droit public », in *Milieubeleidsvereenkomsten*, *op. cit.*, p. 64, n° 10.

(111) Voy. E. DIRIX, « Le gentlemen's agreement dans la théorie du droit et la pratique contemporaine », *Rev. dr. int. comp.*, 1999, pp. 223-245.

(112) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, T. 1^{er}, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 123.

l'observation n'est pas légalement obligatoire et qui engage[nt] uniquement les parties par l'honneur et la conscience » (113). La circonstance que les parties peuvent conclure un accord sans lui conférer de caractère obligatoire, découle du principe de l'autonomie de la volonté (114). C'est à tort que certains auteurs se fondent sur ce principe pour conclure à l'existence d'un contrat (115). De manière générale, la présence de certains éléments préalablement définis, que les parties ne peuvent pas amender, n'exclut pas l'existence d'un contrat (116).

En définitive, il reviendra au juge de déterminer, sur la base des dispositions contenues dans l'accord, ce que les parties ont réellement voulu produire : une simple obligation morale ou une véritable obligation juridique. Ont été considérés comme des indices, afin de déterminer la nature de l'acte : l'utilisation du terme « gentlemen's agreement », le manque de précision de la promesse, l'emploi d'une formulation vague, l'absence d'un écrit (117). Ainsi, les éléments concrets de chaque situation seront déterminants pour qualifier la relation juridique. De manière générale, on estime que les conventions sectorielles ont une valeur juridique qui est inférieure aux « vrais » actes juridiques (118). Cependant, la doctrine estime que les accords conclus dans la sphère économique ont pour but de créer des effets juridiques (119).

24. Dans son jugement du 11 avril 2014, le Tribunal de Première Instance de Bruxelles a considéré que les engagements souscrits par l'État belge en 2006 et 2009 vis-à-vis d'Electrabel étaient des *gentlemen's agreements*, et non des engagements synallagmatiques soumis au principe de la convention-loi.

Dans son jugement, le Tribunal de Première Instance de Bruxelles rappelle tout d'abord :

« Le Tribunal a ordonné la réouverture des débats afin que puisse être éclaircie : la portée d'un *échange épistolaire du 6 octobre 2006* entre M. le Premier Ministre

(113) E. DIRIX, « Le gentlemen's agreement dans la théorie du droit et la pratique contemporaine », *op. cit.*, p. 235.

(114) K. WAUTERS et A.-S. VANWINSEN, « Wilsautonomie en overheidsvereenkomsten », in *Tussen algemeen belang en toegewijde zorg. Liber Amicorum Hugo Sebreghs*, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 491 et s.

(115) P. NIHOUL, *op. cit.*, p. 73.

(116) Voy. C.J.U.E., arrêt C-197/11 du 8 mai 2013, *Libert e.a.* Dans cette affaire, la Cour a considéré que « la circonstance que la réalisation de logements sociaux est imposée directement par la réglementation interne et que le cocontractant de l'administration est nécessairement la personne qui a la propriété des terrains à bâtir ne suffit pas à exclure le caractère contractuel du rapport noué entre l'administration et le lotisseur concerné » (cons. 113).

(117) A. VAN OEVELEN, « Privaatrechtelijke aspecten van milieubeleidsvereenkomsten », *op. cit.*, p. 12; E. DIRIX, « Le gentlemen's agreement dans la théorie du droit et la pratique contemporaine », *op. cit.*, p. 239.

(118) S. LIERMAN, P.-J. VAN DE WEYER et K.-J. VANDORMAEL, « Overheidscontracten in het Belgische recht : besturen op de snijlijn van privaat- en publiekrecht », *op. cit.*, p. 54.

(119) A. VAN OEVELEN, « Privaatrechtelijke aspecten van milieubeleidsvereenkomsten », *op. cit.*, p. 12; B. PEETERS, *Convenanten, in het bijzonder milieuconvenanten*, *op. cit.*, p. 43, n° 52; E. DIRIX, « Le gentlemen's agreement dans la théorie du droit et la pratique contemporaine », *op. cit.*, p. 238.

VERHOFDSTADT et M. MESTRALLET, en sa qualité de PDG de SUEZ.

Cette lettre se réfère :

d'une part à un document intitulé “engagements pris par SUEZ/ELECTRABEL à l'égard du gouvernement belge concernant sa politique énergétique”,

et d'autre part confirme l'engagement de l'État belge de garantir sans préjudice des changements nécessités par la réglementation européenne, la stabilité du cadre réglementaire et fiscal s'appliquant spécifiquement au Groupe jusqu'au 31 décembre 2009, notamment en évitant de prendre des dispositions qui seraient de jure ou de facto, asymétriques ou discriminatoires à l'égard d'une société du Groupe.

La portée, d'autre part, d'un *Protocole d'accord du 22 octobre 2009* conclu entre l'État belge (représenté par le Premier Ministre M. Van Rompuy et le Ministre du Client et de l'Énergie, M. Magnette) et le groupe GDF-SUEZ, représentés par MM. Hansen et Mestrallet, prévoyant notamment : [...] » (120) (nous soulignons)

Sur la base de ces éléments, le Tribunal de Première Instance de Bruxelles a jugé :

« Selon l'article 33 de la Constitution belge,

Tous les pouvoirs émanent de la nation.

Selon l'article 170, § 1er, de la Constitution coordonnée,

Aucun impôt au profit de l'État ne peut être établi que par une loi.

Le pouvoir exécutif peut conclure des contrats dans les limites de ses propres pouvoirs.

Les limites internes à la liberté contractuelle publique tiennent évidemment aux règles sur l'indisponibilité des compétences et au principe de spécialité (D. YERNAULT, « La contractualisation (forcée ?) du droit administratif de l'économie et l'organisation des modes de gestion du service public », Rev. dr. U.L.B. 1/2006 – p. 67)

Il ne résulte d'aucun élément soumis au tribunal que ces accords aient fait l'objet d'un débat parlementaire préalable à leur signature par le pouvoir exécutif. [...] »

Le pouvoir exécutif n'a ainsi pu prendre *aucun engagement anticipant sur une loi à venir* (qu'il s'agisse d'une prolongation de la durée de vie des centrales nucléaires, ou d'un régime spécifique de taxation).

Ces documents doivent être considérés comme des *gentlemens agreements*, traduisant une *vue prospective commune* selon les termes-mêmes du Protocole d'accord, *mais aucunement comme des engagements synallagmatiques soumis à la convention-loi* » (121) (nous soulignons).

Conclusions

25. L'utilisation du contrat par les autorités publiques est ainsi établie de manière générale. Les auteurs ont estimé intéressant d'approfondir l'utilisation d'un type de contrat, à savoir le contrat de travail, et certaines questions qui y sont liées.

(120) Civ. Bruxelles, 34^e Chambre, 11 avril 2014, R.G. 11/12041A., inédit, p. 6.

(121) *Ibidem*, p. 11.

II. – LE CONTRAT DE TRAVAIL DANS LA FONCTION PUBLIQUE

26. S’il est un domaine où l’usage du contrat se généralise incontestablement, c’est celui de la fonction publique. L’on observe que, dans sa politique de gestion du personnel, l’autorité publique a tendance à se tourner, de plus en plus, vers le contrat de travail (122).

Les agents contractuels de la fonction publique ont, récemment encore, été sous les feux des projecteurs, suite à un arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 2015, dont il a déjà été question, portant sur l’application des principes de motivation et d’audition préalable à la décision de licenciement d’un agent contractuel (123). Aux confins des droits administratif et social, les agents contractuels sont, en effet, soumis à un régime hybride, où sont amenés à se concilier les normes et principes issus de ces deux branches du droit (124).

En amont de la question du droit applicable aux agents contractuels vient celle de la faculté, pour les autorités publiques, d’engager des agents sous contrat de travail. Dans le cadre de la présente section, l’on examine, d’abord, le principe de l’engagement statutaire (1), ainsi que les hypothèses de recours au contrat de travail (2). Sont ensuite abordés les critères utilisés pour distinguer l’occupation statutaire de l’occupation contractuelle (3), et les pouvoirs du juge en cas de recours irrégulier au contrat de travail (4).

(122) Voy. les statistiques relatives à la proportion d’agents contractuels dans l’administration exposées par E. HANNAY, « La contractualisation de la fonction publique en Belgique », in Ph. LEVERT et B. LOMBAERT (dir.), *Droit et contentieux de la fonction publique. 10 années d’actualité*, Paris, EFE, 2013, p. 205.

(123) Cass., 12 octobre 2015, *Rev. dr. comm.*, 2016, liv. 1, p. 11, note J. BOUVIER et J. VAN BOL.

(124) Sur le régime des agents contractuels des services publics, voy. not. J. SOHIER et D. PARDES, *Le droit du travail des agents contractuels dans la fonction publique fédérale*, Waterloo, Kluwer, 2012 ; J. JACQMAIN (éd.), *Une terre de droit du travail : les services publics*, Bruxelles, Bruylant, 2005 ; G. JACQUEMART, « Le statut hybride des agents contractuels de la fonction publique locale », *Ors.*, 2014, liv. 9, pp. 2-26 ; 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, liv. 7, pp. 339-346 ; H. DECKERS, « La sanction de l’absence d’audition préalable au licenciement d’un agent contractuel dans le secteur public », *Chron. D.S.*, 2013, liv. 7, pp. 347-349 ; P. JOASSART et I. DE WILDE, « La modification unilatérale des conditions de travail du personnel contractuel : l’impossible alchimie », in R. JANVIER (dir.), *Le statut juridique du personnel des services publics en évolution*, Bruxelles, La Charte, 2015, pp. 65-86 ; D. CUYPERS, « Beginselen van behoorlijk bestuur in personeelsmateries : zowel voor ambtenaren als voor overheidscontractanten ? », in R. JANVIER (dir.), *Le statut juridique du personnel des services publics en évolution*, Bruxelles, op. cit., pp. 3-64 ; P. JOASSART et N. BONBLED, op. cit., pp. 99-142 ; S. GILSON, F. LAMBINET et Z. TRUSGNACH, *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, Anthemis, 2016 ; K. SALOMEZ, « Ontslag van contractanten in overheidsdienst, publiekrecht of privaatrecht ? », *R.W.*, 2008-2009, liv. 35, pp. 1481-1485 ; R. VALKENEERS, « Zijn de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing op arbeidscontractanten in de publieke sector ? », *R.D.S.*, 2014, liv. 3, pp. 309-367 ; E. GAREFALAKIS, « La consécration progressive du principe d’audition préalable dans le cadre du licenciement », *Bulletin juridique & social*, 2016, liv. 2, p. 6.

A. – Le principe de l’engagement statutaire : une fiction ?

27. S’il s’éloigne aujourd’hui quelque peu de la réalité de la pratique (125), le principe de l’engagement statutaire régit encore la fonction publique belge (126). Ce principe est, à l’origine, consacré par la Cour de cassation. Dans un arrêt du 8 décembre 1932, la Cour suprême énonçait, en effet, que « la collation des emplois publics et des allocations qu’ils comportent sont en dehors des tractations contractuelles » (127). Le Conseil d’État s’est, par la suite, engagé dans la même voie (128).

28. Depuis sa consécration jurisprudentielle, la primauté du statut sur le contrat a connu une consolidation normative (129).

Une telle consécration ressort de la réglementation régissant les relations de travail dans la fonction publique avec, dans un premier temps, la consécration du principe de l’engagement statutaire dans le statut « Camu » (130). Mettant fin à la controverse doctrinale sur la nature juridique de la relation entre l’autorité et les membres de son personnel, les auteurs du statut « Camu » ont affirmé la nature réglementaire de la relation entre l’État et ses agents, estimant que la permanence de l’occupation des agents assurerait la continuité du service (131).

Par ailleurs, dans la réglementation applicable aux travailleurs du secteur privé, le législateur aurait, implicitement, reconnu la primauté de l’engagement statutaire en définissant le champ d’application de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail (132). L’article 1^{er} de la loi prévoit, en effet, qu’elle s’applique aux travailleurs « occupés par l’État, les provinces, les agglomérations, les fédérations de communes, les communes, les établissements publics qui en dépendent, les organismes d’intérêt public et les établissements d’enseignement libre subventionnés par l’État, qui ne sont pas régis par un statut ».

29. Suite au passage d’un État unitaire à un État fédéral, le législateur spécial a souhaité conserver un socle commun pour la réglementation du statut

(125) J. SOHIER et M. CHOMÉ, « Le tribunal du travail : juge administratif », in F. VISEUR et J. PHILIPPART (dir.), *La justice administrative*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 723.

(126) D. RENDERS, *Droit administratif général*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 167.

(127) Cass., 8 décembre 1932, *Pas.*, 1933, I, p. 44 ; Cass., 13 juin 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 949 ; Cass., 18 novembre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 323.

(128) Voy. C.E., arrêt n° 4.452 du 1^{er} juillet 1955, *Laloyaux* ; C.E., arrêt n° 19.754 du 13 juillet 1979, *Solon* ; C.E., arrêt n° 85.245 du 9 février 2000, *Damoiseau* ; C.E., arrêt n° 101.223 du 28 novembre 2001, *Rombouts* ; C.E., arrêt n° 227.285 du 6 mai 2014, *Goedseels*.

(129) M. HERBIET et E. HANNAY, « Statut-contrat : deux points de vue sur une même réalité ? » ou « Le recours à l’engagement contractuel dans la fonction publique belge », *A.P.T.*, 2005, pp. 179-180.

(130) Arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l’État, *M.B.*, 8 octobre 1937, p. 6074.

(131) A. FEYT, « La fonction publique de demain sera-t-elle de carrière ou d’emploi ? », *Rev. dr. ULB*, 2006, pp. 226-228.

(132) D. DELVAX, « Le recours au contrat de travail ou au statut dans la fonction publique – Prolégomènes », in J. JACQMAIN (dir.), *Une terre de droit du travail : le service public, op. cit.*, p. 11.

des agents occupés par l'État fédéral et par les entités fédérées. Sur la base de l'article 87, § 4, de la loi spéciale du 8 août 1980, le Roi a été habilité à déterminer les principes généraux qui devaient s'appliquer à l'ensemble des agents occupés par l'État fédéral, les communautés et les régions, et les organismes qui en dépendent.

Usant du pouvoir conféré par l'article 87, § 4, de la loi spéciale, le Roi a adopté un arrêté royal portant les principes généraux le 22 novembre 1991 (133). Suite à l'annulation de celui-ci par le Conseil d'État (134), un nouvel arrêté royal a été adopté, le 26 septembre 1994 (135). Enfin, l'arrêté royal du 22 décembre 2000 « fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'État » a vu le jour (ci-après « ARPG ») (136).

Par un procédé tout à fait inédit, les régions et les communautés se sont donc vues contraintes de respecter les principes généraux établis par un arrêté royal, c'est-à-dire par le pouvoir exécutif fédéral (137). Toute norme édictée par une entité fédérée, décrétable ou réglementaire, adoptée en violation des principes généraux établis par le Roi dans cet ARPG, était déclarée contraire aux règles répartitrices de compétences (138).

Repris dans les différentes versions de l'arrêté royal portant les principes généraux, le principe de primauté du recrutement statutaire fait alors office de principe général. Ainsi, les articles 1^{er} et 2 de l'ARPG prévoient que, sous réserve des dérogations limitativement énumérées, les travailleurs occupés à titre définitif ont la qualité d'agent statutaire. Compte tenu du champ d'application de l'ARPG, les statuts applicables aux agents fédéraux, régionaux et communautaires, et des organismes qui en dépendent devaient reproduire ce principe, sous peine de violer l'ARPG.

(133) Arrêté royal du 22 novembre 1991 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'État applicables au personnel des Exécutifs et des personnes morales de droit public qui en dépendent, *M.B.*, 24 décembre 1991, p. 29428.

(134) C.E., arrêt n° 47.691 du 31 mai 1994, *Ory*. L'arrêté royal a, notamment, été annulé du fait qu'il avait été adopté alors que le Gouvernement se trouvait en période d'affaires courantes.

(135) Arrêté royal du 26 septembre 1994 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'État applicables au personnel des services des gouvernements de communauté et de région et des collèges de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française ainsi qu'aux personnes morales de droit public qui en dépendent, *M.B.*, 1^{er} octobre 1994, p. 24838.

(136) Arrêté royal du 22 décembre 2000 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'État applicables au personnel des services des Gouvernements de Communauté et de Région et des Collèges de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française ainsi qu'aux personnes morales de droit public qui en dépendent, *M.B.*, 9 janvier 2001, p. 419.

(137) Sur la singularité de ce mécanisme, voy. K. LEUS, « Zin en onzin van het Koninklijk Besluit houdende de algemene beginselen inzake het openbare ambt », in R. ANDERSEN et K. LEUS (éds), *Hervorming van het openbaar ambt*, Bruges, die Keure, 2002, p. 80 ; F. LEURQUIN-DE VISSCHER, « Het koninklijk besluit tot bepaling van de algemene principes van het openbaar ambt : normatieve en jurisprudentiële ontwikkelingen », in R. ANDERSEN et K. LEUS (éds), *Hervorming van het openbaar ambt*, op. cit., pp. 56-57.

(138) Voy. J. VANPRAET, « Bevoegdheidswijzigingen in het openbaar ambt : administratief en geldelijk statuut, uitzendarbeid en loopbaanonderbreking », in J. VELAERS, J. VANPRAET, Y. PEETERS et W. VANDENBRUWAENE (éds), *De zesde staatshervorming : instellingen, bevoegdheden en middelen*, Anvers, Intersentia, 2014, p. 158, et la jurisprudence citée.

30. À l’occasion de la Sixième réforme de l’État, l’article 87, § 4, de la loi spéciale du 8 août 1980 a été abrogé, et remplacé par une disposition relative au travail intérimaire (139). Dès lors qu’il trouvait son fondement dans l’article 87, § 4, précité, l’on s’est interrogé sur le sort qui devait être réservé à l’ARPG à compter du 1er juillet 2014, date de l’entrée en vigueur de la disposition modificative.

Les travaux préparatoires de la loi modificative énoncent que «[l]es communautés et les régions peuvent ainsi, chacune pour ce qui la concerne, abroger ou modifier l’arrêté royal du 22 décembre 2000 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l’État applicables au personnel des services des gouvernements de communauté et de région et des Collèges de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française ainsi qu’aux personnes morales de droit public qui en dépendent » (140). L’on peut déduire des termes utilisés par le législateur que l’ARPG continuerait à s’appliquer, jusqu’à son abrogation ou sa modification par une collectivité fédérée (141).

Pourtant, ces considérations ne tranchent pas la question du fondement légal de l’ARPG. À la tête du pouvoir exécutif fédéral, le Roi jouit d’une compétence d’attribution, en ce sens qu’il n’agit que sur habilitation constitutionnelle ou légale. Or, suite à l’abrogation de l’article 87, § 4, de la loi spéciale du 8 août 1980, l’ARPG se trouve dépourvu de son fondement légal.

Sur cette question, la section de législation du Conseil d’État indiquait, à l’aube de la Sixième réforme de l’État, que les dispositions de l’ARPG continueraient à s’appliquer, conformément à l’article 94, § 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980. Cette disposition, couplée à l’article 19, § 2, de la même loi, assure le principe de continuité en cas de transfert de compétence. Ces articles pourraient, en conséquence, offrir un fondement légal à l’ARPG et assurer sa survie, dans l’attente d’une modification ou d’une abrogation expresse (142).

Dans un avis ultérieur, la section de législation du Conseil d’État a eu l’occasion de se prononcer sur les conséquences de l’abrogation de l’article 87, § 4, de la loi spéciale du 8 août 1980. Selon le Conseil d’État, il en résulte que « l’ARPG perdra son fondement légal à la date du 1er juillet 2014, de telle sorte que les Gouvernements des régions et des communautés ne seront plus tenus de s’y conformer » (143). Le Conseil semble ainsi considérer que la conséquence du défaut de fondement légal n’emporte pas l’abrogation de

(139) Art. 42, 3^o de la loi spéciale du 6 janvier 2014 relative à la Sixième Réforme de l’État, *M.B.*, 31 janvier 2014, p. 8641.

(140) Proposition de loi spéciale relative à la Sixième Réforme de l’État, *Doc. parl.*, Sén., n^o 5-2232/1, p. 176.

(141) J. VANPRAET, « Bevoegdheidswijzigingen in het openbaar ambt... », *op. cit.*, p. 158.

(142) J. VANPRAET, « Bevoegdheidswijzigingen in het openbaar ambt... », *op. cit.*, p. 159.

(143) Avis de la section de législation du Conseil d’État n^o 54.917/2, cité dans l’arrêt C.E., arrêt n^o 231.455 du 5 juin 2015, *Bossuroy*.

l'ARPG, mais la fin de l'obligation, pour les communautés et les régions, de s'y conformer (144).

Ce faisant, la section de législation du Conseil d'État semble confirmer qu'en l'absence de modification ou d'abrogation, l'ARPG continue à s'appliquer. Partant, les personnes morales de droit public, qui dépendent d'une communauté ou d'une région, seraient toujours liées par les principes fixés par l'ARPG, jusqu'à l'adoption d'une nouvelle réglementation par la communauté ou la région compétente (145).

Dans un avis n° 56.597/1/V du 2 septembre 2014, la section de législation du Conseil d'État a réitéré sa position, en considérant que l'abrogation de l'article 87, § 4, de la loi spéciale du 8 août 1980 avait pour unique conséquence que les communautés et les régions n'étaient plus limitées par le contenu de l'ARPG pour la fixation du statut de leur personnel (146). Le Conseil d'État rappelle, en ce sens, qu'à l'instar de tout transfert de compétences vers les communautés ou les régions, les règles édictées par l'autorité antérieurement compétente restent d'application tant que les communautés ou les régions n'ont pas légiféré en la matière (147).

Si l'on se réfère à ce dernier avis, il semble établi que l'ARPG continue à s'appliquer, malgré l'abrogation de la disposition qui lui servait, explicitement, de fondement légal. Jusqu'à sa modification par une entité fédérée, l'ARPG trouverait, dans la loi spéciale du 8 août 1980, un fondement suffisant pour assurer sa survivance.

31. Si la validité de l'ARPG après le 1er juillet 2014 fait débat, il n'est pas contesté que les principes qu'il contient, parmi lesquels le principe de l'engagement statutaire, ne s'imposent plus aux communautés et aux régions.

À l'heure actuelle, nombreux sont les textes qui rappellent la règle de l'engagement statutaire (148). En l'absence de principes uniformes, il n'est pas

(144) Voy., en ce sens, A. DE BECKER, « De impact van de rechtsmachtsverdeling tussen de Raad van State en de gewone (arbeids)rechter bij geschillen in personele aangelegenheden in de publieke sector », in R. JANVIER et A. DE BECKER (éds), *Rechtspositie van het overheidspersoneel in beweging/Le statut juridique du personnel des services publics en évolution*, Bruges, die Keure, 2015, p. 165 ; J. VANPRAET, « Bevoegdheidswijzigingen in het openbaar ambt... », *op. cit.*, p. 758 ; K. LEUS, F. BELLEFLAMME et E. SLAUTSKY, « Droit bruxellois de la fonction publique – Brusselse recht van ambtenarenzaken », in P.-O. DE BROUX, B. LOMBAERT et D. YERNAULT, *Le droit bruxellois : un bilan après 25 ans d'application (1989-2014)*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 309.

(145) Voy. C.E., arrêt n° 231.454 du 5 juin 2015, *Bessem et Vildaer*.

(146) J. VAN NIEUWENHOVE, « Adviespraktijk Raad van State », *T.V.W.*, 2014, liv. 4, p. 317.

(147) Voy. égal. R. MOERENHOUT et J. SMETS, *De samenwerking tussen de federale Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten*, Deurne, Kluwer, 1994, p. 180 ; J. VANPRAET, *De latente staatshervorming*, Bruges, die Keure, 2011, p. 96 ; J. VAN NIEUWENHOVE, « Bevoegdheidsoverdrachten en toepassing, wijziging en vervanging van voorheen bestaande regelgeving », *T.V.W.*, 2014, pp. 287-289 ; Y. PEETERS, « Wat we zelf doen, doen we beter », in J. VELAERS, *De zesde staatshervorming instellingen, bevoegdheden en middelen*, Anvers, Intersentia, 2014, p. 940.

(148) Voy. not. art. 3 de la loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique, *M.B.*, 14 août 1993, p. 18101 ; art. 29 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, *M.B.*, 27 mars 1991, p. 6155.

exclu que les collectivités fédérées, libérées du joug de l'ARPG, optent pour un recours plus large au contrat de travail. Telle semble, d'ailleurs, être l'option privilégiée par l'autorité flamande qui, par un décret du 3 juin 2016, a supprimé la référence au principe de l'engagement statutaire dans les décrets communal, provincial et relatif aux CPAS (149). Ces législations prévoient désormais que le personnel peut être « désigné en régime statutaire ou contractuel » (150). Il reste, à notre estime, que le principe de l'engagement statutaire fait office de principe général, par sa consécration jurisprudentielle (151).

B. – Les hypothèses de recours au contrat de travail (152)

32. Suivant l'article 2 de l'ARPG, l'autorité peut recruter des agents sous contrat de travail dans quatre hypothèses. L'autorité est autorisée à engager des agents contractuels en vue :

- « 1° de répondre à des besoins exceptionnels et temporaires en personnel, qu'il s'agisse soit de la mise en œuvre d'actions limitées dans le temps, soit d'un surcroît extraordinaire de travail ;
- 2° de remplacer des agents en cas d'absence totale ou partielle, qu'ils soient ou non en activité de service, quand la durée de cette absence implique un remplacement et dont les modalités sont fixées dans le statut ;
- 3° d'accomplir des tâches auxiliaires ou spécifiques dont la liste est publiée au préalable par chaque exécutif ;
- 4° de pourvoir à l'exécution de tâches exigeant des connaissances particulières ou une expérience large de haut niveau, toutes les deux pertinentes pour les tâches à exécuter » (153).

Une exception a été prévue pour les personnes morales de droit public qui entrent en concurrence avec d'autres opérateurs publics ou privés. Les collectivités fédérées sont habilitées, dans cette hypothèse, à prévoir un recrutement de principe par contrat de travail (154).

S'agissant de la fonction publique fédérale, la loi du 22 juillet 1993 « portant certaines mesures en matière de fonction publique » reprend les mêmes

(149) Décret du 3 juin 2016 modifiant le décret communal du 15 juillet 2005, le décret provincial du 9 décembre 2005 et le décret du 19 décembre 2008 relatif à l'organisation des centres publics d'aide sociale, *M.B.*, 28 juin 2016, p. 39024. Voy. A. DE BECKER, « Autonomie en keuzevrijheid voor de tewerkstelling bij de gemeenten : wat zijn de gevolgen van dit nagenoeg onbegrensd vertrouwen ? », *T. Gem.*, 2016, liv. 4, pp. 219 et s.

(150) Art. 104 du décret communal du 15 juillet 2005, *M.B.*, 31 août 2005, p. 38153 ; art. 100 du décret provincial du 9 décembre 2005, *M.B.*, 29 décembre 2005, p. 56931 ; art. 103 du décret du 19 décembre 2008 relatif à l'organisation des centres publics d'aide sociale, *M.B.*, 24 décembre 2008, p. 67990.

(151) En ce sens, voy. K. LEUS, F. BELLEFLAMME et E. SLAUTSKY, « Droit bruxellois de la fonction publique – Brusselse recht van ambtenarenzaken », *op. cit.*, p. 311.

(152) Pour un exposé des dispositions applicables dans la fonction publique fédérale, des entités fédérées et locale, voy. F. PIRET, « Le recrutement et la carrière administrative dans la fonction publique : état des lieux », *A.P.T.*, 2015, liv. 3, pp. 383 et s.

(153) M. HERBIET et E. HANNAY, « Statut-contrat : deux points de vue sur une même réalité ? » ou « Le recours à l'engagement contractuel dans la fonction publique belge », *op. cit.*, pp. 181 et s.

(154) Art. 2, § 2 de l'ARPG.

hypothèses (155) (156). Les entreprises publiques autonomes connaissent, à l’heure actuelle, les mêmes restrictions (157).

La situation du personnel des collectivités fédérées est, on l’a vu, amenée à évoluer. Jusqu’à l’entrée en vigueur de l’abrogation de l’article 87, § 4, de la loi spéciale du 8 août 1980, les collectivités fédérées étaient tenues de se conformer aux hypothèses énoncées dans l’ARPG. Les différentes réglementations s’en tenaient, dès lors, à ces quatre hypothèses (158). Les collectivités fédérées ont, depuis le 1^{er} juillet 2014, la liberté de s’en écarter, et de prévoir d’autres hypothèses de recours au contrat de travail.

Dans la fonction publique locale wallonne, le Code de la démocratie locale et de la décentralisation est peu explicite. Exception faite des intercommunales, aucune disposition ne précise les circonstances dans lesquelles il peut être recouru à l’engagement sous contrat de travail. Le Conseil d’État en a déduit que le recrutement par contrat devait demeurer exceptionnel (159). En Région de Bruxelles-Capitale, la Nouvelle loi communale laisse au conseil communal le soin de choisir de confier les postes vacants à des agents statutaires ou à des agents contractuels (160).

Les décrets communal et provincial flamands ont été récemment modifiés pour élargir le recours au contrat de travail (voy. *supra*, n° 31).

(155) Art. 4 de la loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique, *M.B.*, 14 août 1993, p. 18101.

(156) Conformément aux articles 443 et 450 de la loi-programme (I) du 24 décembre 2002, l’article 4 de la loi du 22 juillet 1993 sera remplacé par une disposition qui habilite le Roi à déterminer les hypothèses dans lesquelles le recours au contrat de travail est autorisé (voy. F. PIRET, *op. cit.*, p. 384).

(157) Art. 29 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, *M.B.*, 27 mars 1991, p. 6155.

(158) Arr. Gouv. wall. du 18 décembre 2003 relatif aux conditions d’engagement et à la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuel, *M.B.*, 31 décembre 2003, p. 62415; Arr. Gouv. Rég. Brux.-Cap. du 13 février 2003 portant réglementation de la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuel du Ministère de la Région de Bruxelles-Capitale, *M.B.*, 19 mars 2003, p. 13195 (cet arrêté a toutefois été abrogé par l’arr. Gouv. Rég. Brux.-Cap. du 27 mars 2014 portant réglementation de la situation administrative et pécuniaire des membres du personnel contractuel du Ministère de la Région de Bruxelles-Capitale, *M.B.*, 22 mai 2014, p. 40748); Arr. Gouv. fl. du 13 janvier 2006 fixant le statut du personnel des services des autorités flamandes, *M.B.*, 27 mars 2006, p. 17287; Arr. Gouv. Comm. germ. du 17 juillet 2003 déterminant la position juridique du personnel contractuel du Ministère de la Communauté germanophone et de certains organismes d’intérêt public, *M.B.*, 31 octobre 2003, p. 53338. La Communauté française s’est, pour sa part, contentée d’adopter l’arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 16 septembre fixant la liste des tâches auxiliaires et spécifiques pour le Ministère de la Communauté française, *M.B.*, 3 octobre 1998, p. 32622. L’article 2 de l’ARPG sert de fondement pour le recrutement contractuel dans les autres hypothèses.

(159) C.E., arrêt n° 77.982 du 6 janvier 1999, *Bidée*, cité et commenté par F. PIRET, *op. cit.*, p. 385.

(160) Art. 145 de la Nouvelle loi communale. Voy., au sujet du recrutement contractuel dans la fonction publique locale, M. HERBIET et D. DELHEZ, « La situation juridique du personnel communal : du statut au contrat ou le constat d’une dérive », *Rev. dr. comm.*, 2003, liv. 4, pp. 2 et s.; G. JACQUEMART, « Le statut hybride des agents contractuels de la fonction publique locale », *op. cit.*, pp. 3 et s.

Le personnel des C.P.A.S. est, pour sa part, susceptible d’être occupé sous contrat de travail dans une plus large mesure (161).

33. Puisque le recrutement contractuel constitue – actuellement encore – une exception au principe de l’engagement statutaire, les hypothèses de recours au contrat de travail font l’objet d’une interprétation restrictive (162).

Dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt du 6 mars 2006, le Conseil d’État a été saisi d’un recours contre la décision de la s.a. Coopération Technique Belge (CTB) de recruter des représentants résidents dans certains pays par voie contractuelle. Après avoir constaté que les agents de la CBT étaient, en principe, statutaires, le Conseil d’État a rappelé que les hypothèses de recours à l’engagement contractuel étaient d’interprétation restrictive. En l’espèce, la CBT ne démontrait pas en quoi la mission des « représentants résidents » exigeait une connaissance et une expérience de haute qualification supérieures à celles des agents statutaires du Ministère (163).

De la même manière, le recrutement d’agents contractuels pour exercer des « tâches auxiliaires ou spécifiques » n’est admis que dans la mesure où les fonctions visées nécessitent, ponctuellement, une expertise particulière inexistante au sein de la personne morale considérée. Ainsi, l’autorité ne peut recourir à l’engagement sous contrat que si les capacités requises sont à ce point spécifiques qu’elles ne sauraient se trouver chez les agents statutaires et que ceux-ci ne pourraient les acquérir (164).

Si les régimes diffèrent, les hypothèses de recours au contrat sont toujours de stricte interprétation.

C. – La qualification par le juge de la nature de la relation de travail

34. Partant du postulat que la relation statutaire est présumée (165), le recours au contrat de travail constitue une situation particulière qui doit « être constatée de manière non équivoque dans un arrangement contractuel entre l’organe de gestion du service public et l’agent intéressé » (166).

Il arrive, dans le cadre d’un contentieux opposant un agent à son employeur public, que la nature de la relation qui les unit soit remise en cause. Or, la nature de la relation de travail détermine le juge compétent pour les litiges survenus postérieurement à la désignation (167). Ainsi, conformément

(161) Voy. la loi organique du 8 juillet 1976 des centres publics d’action sociale, *M.B.*, 5 août 1976, p. 9876, dans ses différentes versions applicables dans les collectivités fédérées, et le Décr. comm. fl. du 19 décembre 2008 relatif à l’organisation des Centres publics d’aide sociale, *M.B.*, 24 décembre 2008, p. 67990.

(162) D. DELVAX, « Le recours au contrat de travail ou au statut dans la fonction publique – Prolégomènes », *op. cit.*, p. 11 ; C.E., arrêt n° 90.162 du 11 octobre 2000, *Moras*.

(163) C.E., arrêt n° 155.922 du 6 mars 2006, *Michel*.

(164) C.E., arrêt n° 203.044 du 19 avril 2010, *Zeeuws*.

(165) P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 624.

(166) C.E., arrêt n° 74.208 du 10 juin 1998, *Baize*.

(167) Voy. J. SOHIER et M. CHOMÉ, « Le tribunal du travail : juge administratif », *op. cit.*, pp. 71 et s. ; A. DE BECKER, « De impact van de rechtsmachtsverdeling tussen de Raad van

à l'article 578 du Code judiciaire, le juge du travail est exclusivement compétent pour trancher les litiges relatifs aux contrats de travail, tandis que le Conseil d'État est le juge naturel de l'agent statutaire (168).

Le Conseil d'État ainsi que les juridictions de l'ordre judiciaire ont, pour établir ou infirmer leur compétence, dégagé des critères pour qualifier la relation de travail entre un agent et son employeur public.

35. Le Conseil d'État considère, de manière générale, que la nature de la relation de travail est déterminée par l'acte à l'origine de la naissance de la relation de travail, et qu'il n'y a pas lieu d'avoir égard aux éléments ultérieurs (169).

La jurisprudence des cours et tribunaux s'inscrit dans cette même logique, puisqu'elle pose comme principe que la nature de la relation est déterminée par « la manière dont s'établissent les liens juridiques entre parties, plus précisément dans la nature de l'acte juridique qui donne naissance aux relations de travail » (170).

Partant du principe que l'agent est présumé, de manière réfragable, se trouver dans une relation statutaire, l'occupation sous contrat de travail doit ressortir d'une déclaration de volonté formelle ou, à tout le moins, certaine et équivoque (171). L'intention des parties doit être déterminée, *in concreto*, en tenant compte des pièces du dossier et de la volonté exprimée par les parties (172). Le critère de la volonté des parties ne primera, cependant, que lorsqu'aucun texte n'impose le recrutement statutaire, ou ne limite l'occupation contractuelle à des hypothèses définies (173).

36. Pour que la nature de l'engagement soit statutaire, l'agent doit avoir été recruté par une décision unilatérale. Dans l'examen de la nature de l'acte qui a donné naissance à la relation juridique entre les parties, certains éléments n'ont, à l'estime du Conseil d'État, aucune incidence. Il en va notamment ainsi de la qualification donnée par les parties (174). En revanche, la circonstance que le statut n'a pas encore été élaboré n'exclut pas l'existence d'une relation statutaire (175).

Par ailleurs, pourvu que l'acte initial soit une désignation unilatérale, il importe peu que l'agent ait, par la suite, signé des engagements sous forme

State en de gewone (arbeids)rechter bij geschillen in personele aangelegenheden in de publieke sector », *op. cit.*, pp. 163 et s.

(168) Exception faite des litiges expressément confiés à un autre juge, comme les litiges relatifs à la rémunération.

(169) C.E., arrêt n° 215.338 du 26 septembre 2011, *Daube*. Voy. D. DELVAX, « Le recours au contrat de travail ou au statut dans la fonction publique – Prolégomènes », *op. cit.*, p. 9.

(170) C. trav. Mons, 13 novembre 2012, R.G. n° 2011/AM/105, www.juridat.be. Voy., dans le même sens, C. trav. Liège, 5 décembre 2008, R.G. n° 035457, www.juridat.be.

(171) C.E., arrêt n° 220.177 du 5 juillet 2012, *Vanderhasselt*; C.E., arrêt n° 192.580 du 23 avril 2009, *Matthijs*.

(172) C.E., arrêt n° 232.790 du 29 octobre 2015, *Bayesse*.

(173) C.E., arrêt n° 220.177 du 5 juillet 2012, *Vanderhasselt*.

(174) C.E., arrêt n° 160.637 du 27 juin 2006, *Godfirnon*.

(175) C.E., arrêt n° 92.580 du 24 janvier 2001, *De Ville de Goyet*.

de contrats (176). De même, la relation de travail ne perdra pas sa nature statutaire si l'autorité y met fin moyennant le paiement d'une indemnité compensatoire de préavis (177).

37. Lorsque, à l'inverse, la nature contractuelle de la relation est contestée, la circonstance que la conclusion du contrat de travail soit précédée d'une « désignation » préalable n'établit pas la nature statutaire de l'engagement (178), même si l'acte de désignation indique la possibilité d'un recours en annulation devant le Conseil d'État (179). La Haute juridiction administrative considère, sur base de la théorie de l'acte détachable, qu'une telle désignation unilatérale précède, en tout état de cause, la conclusion d'un contrat (180).

La participation à un concours n'est pas davantage considérée comme un élément pertinent (181), pas plus que l'exercice de tâches réservées aux agents statutaires (182). De même, l'absence d'un écrit n'exclut pas nécessairement la nature contractuelle de la relation (183).

À la faveur d'un arrêt du 6 mai 2011, le Conseil d'État estime que les changements d'affectation imposés unilatéralement par l'employeur public, dans le cours de l'exécution du contrat de travail, ne sont pas « suffisamment significatifs » pour dénier l'existence d'une relation contractuelle (184).

En outre, la Cour de cassation a, par un arrêt du 18 décembre 1997, considéré que, si la relation était née de la conclusion d'un contrat de travail, la circonstance que la liberté contractuelle des parties soit limitée par un statut auquel les parties ne pouvaient déroger n'impliquait pas *ipso facto* que leur relation perde son caractère privé et contractuel (185). Ainsi, s'il advient que la relation de travail soit réglée par des dispositions générales et impersonnelles, la relation conserve sa nature contractuelle si ces dispositions sont applicables, non pas suite à une décision unilatérale de l'administration, mais en vertu du contrat de travail (186).

(176) C.E., arrêt n° 214.390 du 1^{er} juillet 2011, *Fochesato*, et arrêt n° 217.081 du 29 décembre 2011, *Moniquet*.

(177) C.E., arrêt n° 92.580 du 24 janvier 2001, *De Ville de Goyet*.

(178) C.E., arrêt n° 160.637 du 27 juin 2006, *Godfirmon*. La terminologie utilisée par l'autorité, qui décide unilatéralement de « nommer » un candidat, n'est pas déterminante.

(179) C.E., arrêt n° 232.790 du 29 octobre 2015, *Baysse*.

(180) C.E., arrêt n° 160.637 du 27 juin 2006, *Godfirmon*.

(181) C.E., arrêt n° 194.567 du 22 juin 2009, *Gillard* et arrêt n° 177.501 du 30 novembre 2007, *Adamopoulos*.

(182) C.E., arrêt n° 222.189 du 22 janvier 2013, *Malengreaux*.

(183) C.E., arrêt n° 178.821 du 22 janvier 2008, *Michotte*. Le Conseil d'État relève que l'absence d'écrit a pour seule conséquence que le contrat est réputé conclu pour une durée indéterminée. Voy. toutefois C.E., arrêt n° 101.223 du 28 novembre 2001, *Rombouts*. Dans cet arrêt, le Conseil d'État semble considérer qu'un contrat écrit est nécessaire pour que la nature contractuelle de la relation soit établie sans équivoque.

(184) C.E., arrêt n° 213.041 du 6 mai 2011, *Paliouras*.

(185) Cass., 18 décembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 158.

(186) Cass., 30 novembre 1992, *J.T.T.*, 1993, p. 60.

Dans une même optique, le Conseil d'État juge que « le renvoi dans une clause contractuelle à des dispositions statutaires a pour seul effet de soumettre le travailleur à ces dispositions mais ne modifie en rien la manière dont la relation de travail s'est nouée entre l'employeur et le travailleur, à savoir par la conclusion d'un contrat, seul élément pertinent pour qualifier la situation juridique du travailleur » (187).

38. L'acte qui donne naissance à la relation de travail peut, toutefois, contenir des éléments de nature à établir la relation contractuelle ou statutaire de l'engagement. Ainsi, la référence explicite à la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail peut établir la volonté de procéder à un engagement contractuel (188).

Dans un même ordre d'idées, l'assujettissement à la sécurité sociale des travailleurs salariés, de même que l'octroi d'une pension de travailleur salarié ont été jugés pertinents pour établir la nature contractuelle de la relation (189).

La relation statutaire sera, au contraire, établie si la désignation unilatérale est fondée sur un ensemble de règles modifiables unilatéralement (190), ou si l'autorité a fixé de manière unilatérale les éléments essentiels de l'exercice de la fonction, en s'abstenant de faire référence à la loi relative aux contrats de travail, et en s'écartant expressément des dispositions de celle-ci (191). Le Conseil d'État précise, toutefois, que si seule la rémunération a été fixée de commun accord, le travailleur conserve sa qualité d'agent statutaire (192).

D. – Le recours irrégulier au contrat de travail et les pouvoirs du juge

39. Le Conseil d'État doit décliner sa compétence, au profit du juge du travail, lorsque le litige porté devant lui est né de l'existence ou de l'exécution du contrat de travail. Cependant, le Conseil d'État accepte, en s'appuyant sur la théorie de l'acte détachable, de statuer sur la légalité de la décision d'engagement d'un agent contractuel (193) (194). La théorie de l'acte

(187) C.E., arrêt n° 190.952 du 27 février 2009, *Peersegaele*.

(188) C.E., arrêt n° 190.952 du 27 février 2009, *Peersegaele* ; C.E., arrêt n° 177.491 du 30 novembre 2007, *Ponthieu* ; C.E., arrêt n° 77.982 du 6 janvier 1999, *Bidee* ; C.E., arrêt n° 230.288 du 24 février 2015, *Galand* ; C.E., arrêt n° 232.790 du 29 octobre 2015, *Baysse* ; C.E., arrêt n° 220.402 du 2 août 2012, *Ricciuti*.

(189) C.E., arrêt n° 178.821 du 22 janvier 2008, *Michotte*.

(190) C.E., arrêt n° 229.788 du 13 janvier 2015, *Delval*.

(191) C.E., arrêt n° 211.332 du 17 février 2011, *Brassine*.

(192) C.E., arrêt n° 211.330 du 17 février 2011, *Vanderveeren* ; C.E., arrêt n° 85.245 du 9 février 2000, *Damoiseau*.

(193) C.E., arrêt n° 64.111 du 17 janvier 1997, *Arendt* ; C.E., arrêt n° 100.559 du 7 novembre 2001, *Raepers* ; C.E., arrêt n° 168.788 du 12 mars 2007, *Vincke* ; C.E., arrêt n° 196.015 du 14 septembre 2009, *Zeeuws*. Sur la question de savoir qui a un intérêt à contester cette décision, voy. E. HANNAY, « La contractualisation de la fonction publique en Belgique », *op. cit.*, pp. 233 et s.

(194) La théorie de l'acte détachable ne trouve, en revanche, pas à s'appliquer à la décision de rupture du contrat de travail. Voy. Cass., 10 septembre 1999, *Chron. D.S.*, 1999, p. 578,

détachable, classiquement liée au contentieux de l’attribution des marchés publics, trouve ainsi à s’appliquer dans la fonction publique (195).

Cela ne revient, cependant, pas à dire que le Conseil d’État est compétent pour se prononcer sur le sort du contrat en cas d’annulation de l’acte détachable de désignation à un emploi contractuel. Partant, la question s’est posée de l’intérêt du requérant à demander l’annulation de cet acte unilatéral, dès lors que le contrat de travail a, par hypothèse, déjà été conclu, et que ce contrat ne sera pas anéanti par l’arrêt d’annulation. Le Conseil d’État a déjà estimé que le requérant justifiait d’un intérêt suffisant à contester l’acte de désignation, dans la mesure où « il ne peut être a priori exclu [...] qu’à la suite d’un arrêt d’annulation la partie adverse, dont le consentement aurait par hypothèse été vicié, décide de soumettre au tribunal la résolution du contrat » (196) (197).

40. Autre est la question des conséquences d’une annulation de la décision unilatérale d’engagement d’un agent statutaire, puisque l’annulation de l’acte unilatéral détachable ne remet, par elle-même, pas en cause l’existence du contrat (198). Cette question a été abordée par la Cour de cassation, dans un arrêt du 5 mars 2012 (199).

Dans ses conclusions précédant l’arrêt, l’avocat général Genicot a indiqué que l’annulation avec effet rétroactif de la désignation unilatérale faisait « régulièrement disparaître l’acte 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 » (200). La Cour de cassation a confirmé, par cet arrêt, que le consentement au contrat avait disparu avec effet rétroactif du fait de l’annulation de la délibération décidant d’engager l’agent sous contrat de travail (201). Or, la disparition du consentement implique la nullité du contrat.

La Cour s’abstient toutefois de préciser si la nullité qui affecte le contrat est une nullité absolue ou relative. Alors que la disparition du consentement

note J. JACQMAIN ; C.E., arrêt n° 232.790 du 29 octobre 2015, *Baysse* ; J. SOHIER et M. CHOMÉ, « Le tribunal du travail : juge administratif », *op. cit.*, pp. 732-733.

(195) C.E., arrêt n° 220.130 du 29 juin 2012, *Dembour*.

(196) C.E., arrêt n° 157.291 du 3 avril 2006, *Baum-Bellekens*.

(197) Dans le contentieux des marchés publics, le Conseil d’État a également développé une conception assez large de la notion d’intérêt. Voy. K. WAUTERS et E. THIBAUT (éds.), *L’intérêt dans le contentieux des marchés publics/Het belang in geschillen inzake overheidsopdrachten*, Bruxelles, Larcier, 2015, 181 pp.

(198) Voy. not. P. BOUCQUEY, « L’engagement d’agents contractuels par les communes et le respect des principes généraux du droit administratif », *Rev. dr. comm.*, 2003, liv. 4, p. 30 ; C.E., arrêt n° 219.034 du 24 avril 2012, *Dumont*.

(199) Cass., 5 mars 2012, *Chron. D.S.*, 2013, liv. 7, p. 351, concl. J. GENICOT, note J. J. ; *Rev. dr. commun.*, 2013, liv. 2, p. 20, note G. DELANNAY ; *Entr. et dr.*, 2013, liv. 4, p. 399, note G. VAN HOOREBEKE.

(200) Concl. de l’av. gén. Génicot précédant Cass., 5 mars 2012, *Chron. D.S.*, 2013, liv. 7, p. 354.

(201) Cass., 5 mars 2012, *op. cit.*

constitue, en droit civil, une cause de nullité relative des conventions, d’aucuns soutiennent que la disparition du consentement de l’autorité constitue nécessairement une cause de nullité absolue, puisque l’intérêt général est en cause (202). D’autres estiment qu’il faut avoir égard à la nature de l’illégalité qui affecte l’acte détachable : s’il s’agit d’une illégalité touchant à l’ordre public, le contrat sera frappé de nullité absolue (203). L’on pense, pour notre part, pouvoir se rallier à cette seconde thèse (204).

Il convient, en tout état de cause, de rappeler que le contrat, dont l’acte détachable préalable a été annulé, n’est pas résolu de plein droit, mais est frappé de nullité, laquelle doit nécessairement être constatée par le juge compétent (205).

41. Le Conseil d’État estime, quant à lui, que l’autorité de chose jugée de l’arrêt annulant l’acte détachable impose, par elle-même, à l’autorité de prendre les mesures nécessaires pour remédier à l’irrégularité du contrat. Dans un arrêt du 29 juin 2012, le Conseil d’État a jugé :

«[...] en cas d’annulation de l’acte détachable précédent la signature du contrat de travail, l’autorité administrative qui est soumise au respect tant du principe de légalité que de l’autorité de chose jugée d’un arrêt d’annulation devra nécessairement tirer les conséquences du vice de légalité retenu par le Conseil d’État en procédant, le cas échéant, à la rupture de la relation de travail » (206).

Dans le même sens, le Conseil d’État a estimé qu’en cas d’annulation de la décision unilatérale de désignation, il appartiendra à l’autorité « d’en tirer toutes les conséquences en procédant à un nouvel appel aux candidats, voire à un réexamen du dossier des candidatures initialement introduites » (207).

Suivant cette jurisprudence, l’autorité de chose jugée de l’arrêt impliquerait que l’autorité administrative « tire les conséquences » de l’annulation, et régularise, d’initiative, la situation de l’agent (208).

(202) P. GOFFAUX 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, pp. 71 et s. ; P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 51.

(203) G. DELANNAY, Note sous Cass., 5 mars 2012, *Rev. dr. commun.*, 2013, liv. 2, p. 25. Voy. égal. D. DÉOM, « Opérations immobilières des pouvoirs locaux », in Y. LEJEUNE (dir.), *Pratique notariale et droit administratif – Aménagement du territoire, Environnement et opérations immobilières des pouvoirs locaux*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 415.

(204) Sur cette question, voy. égal. K. WAUTERS et T. CAMBIER, « Illégalité de l’acte détachable : quels sont les effets une fois le contrat conclu ? » in *Le temps et le droit. Hommage au Professeur Closset-Marchal*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 625 et s. ; F. BELLEFLAMME, « L’annulation de la décision d’attribution d’un contrat administratif et ses conséquences civiles », *A.P.T.*, 2011, liv. 3, pp. 259 et s.

(205) En ce sens, voy. not. J. DE BEYS, B. GORS et C. THIÉBAUT, *op. cit.*, p. 381.

(206) C.E., arrêt n° 220.130 du 29 juin 2012, *Dembour*.

(207) C.E., arrêt n° 217.647 du 1^{er} février 2012, *Decock*.

(208) Dans d’autres circonstances, le Conseil d’État a déjà jugé que l’administration est tenue de mettre à une illégalité constatée, le cas échéant par le biais d’une abrogation (voy. C.E., arrêt n° 25.858 du 14 novembre 1985, *s.a. Meubelcentrale Heylen*, cité par D. RENDERS et B. GORS, « Considérations sur l’abrogation de l’acte administratif réglementaire », in *Le temps et le droit. Hommage au Professeur Closset-Marchal*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 518).

42. Il arrive, par ailleurs, que le Conseil d’État examine, dans d’autres circonstances, la question de la régularité de la décision d’engagement contractuel. Lorsqu’il statue sur sa compétence, le juge – administratif ou du travail – peut arriver à la conclusion que l’autorité publique a irrégulièrement recouru au contrat de travail. Les conséquences de ce constat d’illégalité sur le contrat de travail sont loin d’être évidentes.

Dans un premier temps, le Conseil d’État a jugé qu’il devait considérer, en de telles hypothèses, que l’agent était, en réalité, engagé sous statut. Ce faisant, le Conseil d’État appliquait la présomption d’engagement statutaire et procédait à la requalification de la relation de travail née entre les parties.

Ainsi, dans un arrêt *Matthijs* du 23 avril 2009, le Conseil d’État a constaté qu’un directeur de maison de repos avait été engagé dans les liens d’un contrat de travail, alors que l’engagement contractuel dans cette fonction n’était pas autorisé par la réglementation. Le Conseil en a déduit que l’agent devait être considéré comme un membre du personnel statutaire (209).

Le Conseil d’État a, par la suite, adopté une position radicalement différente. Il a estimé, dans un arrêt *Paliouras* du 6 mai 2011 qu’il ne pouvait « faire fi de l’existence d’un contrat de travail, fût-il illégalement conclu, dès lors que la décision d’y recourir est devenue définitive » (210).

La controverse liée à la compétence du Conseil d’État pour requalifier la relation de travail semble, depuis lors, avoir été tranchée par un arrêt du 4 mars 2016. Dans cet arrêt, rendu en assemblée générale, le Conseil d’État entend mettre un terme aux divergences de jurisprudence, en arrêtant ce qui suit :

« Quant à la question de savoir s’il appartient au Conseil d’État de requalifier la relation de travail de la requérante et de présumer la situation statutaire au motif que le recours à l’engagement contractuel est irrégulier, le présent arrêt confirme que le Conseil d’État ne peut contrôler la légalité des décisions prises par la partie adverse de recourir à des contrats de travail, dès lors que ces décisions sont devenues définitives. En toute hypothèse, le Conseil d’État est sans compétence pour juger de la validité d’un contrat de travail, faire fi de son existence et décider son écartement au bénéfice de la présomption de l’engagement statutaire » (211).

L’étendue des pouvoirs du Conseil d’État semble, désormais, clairement délimitée. Si la décision unilatérale de désignation n’a pas fait l’objet d’un recours dans les soixante jours, selon le cas de sa notification, sa publication ou la prise de connaissance, elle est devenue définitive. Il s’ensuit que le Conseil d’État devra décliner sa compétence puisqu’il revient « aux seules juridictions du travail de se prononcer sur la validité d’un contrat de travail et, le cas échéant, de constater la nullité de celui-ci » (212).

(209) C.E., arrêt n° 192.580 du 23 avril 2009, *Matthijs*. Dans le même sens, C.E., arrêt n° 25.085 du 28 février 1985, *Geerts* ; C.E., arrêt n° 220.177 du 5 juillet 2012, *Vanderhasselt*. Voy. égal. A. DE BECKER, « De impact van de rechtsmachtsverdeling tussen de Raad van State en de gewone (arbeids)rechter bij geschillen in personele aangelegenheden in de publieke sector », *op. cit.*, p. 174.

(210) Voy. C.E., arrêt n° 213.041 du 6 mai 2011, *Paliouras*.

(211) C.E., arrêt n° 234.035 du 4 mars 2016, *Goedseels*.

(212) C.E., arrêt n° 234.035 du 4 mars 2016, *Goedseels*.

43. Le Conseil d'État botte ainsi en touche, en délaissant aux cours et tribunaux la tâche de se prononcer sur la nullité du contrat de travail, et d'en tirer les conséquences. Est-ce à dire que les cours et tribunaux pourront, après avoir constaté la nullité du contrat, requalifier la relation de travail en relation statutaire ? La réponse est, pour le moins, incertaine.

Dans un arrêt du 14 novembre 2014, la Cour du travail de Bruxelles a été amenée à statuer sur la demande d'un travailleur, engagé sous contrat de travail en violation de l'article 2 de l'ARPG, qui soutenait que sa relation de travail devait être requalifiée. Il était demandé à la Cour de dire pour droit que l'agent se trouvait dans une relation statutaire. La Cour a considéré que la compétence de l'administration de recourir à l'engagement par contrat de travail n'était pas liée. À défaut de démontrer l'existence d'un droit subjectif à être nommé, la Cour en a déduit qu'elle était sans compétence pour statuer sur la demande ainsi formulée (213).

Telle a également été la position de la Cour du travail de Mons, dans un arrêt du 25 mai 2016 (214). La Cour a relevé que la compétence de l'autorité n'était pas liée, dans la mesure où l'engagement statutaire n'était pas une obligation absolue, puisque l'autorité a la possibilité, sous conditions, d'employer du personnel dans le cadre d'une relation contractuelle.

La Cour a, par ailleurs, jugé que seule l'annulation, par le Conseil d'État, de l'acte détachable précédant la conclusion du contrat de travail permettait à l'agent de remettre en cause la validité du contrat de travail devant les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire. Ainsi, l'agent qui a négligé de contester l'acte détachable portant sa désignation, dans le délai imparti pour agir devant le Conseil d'État – ce qu'il s'abstient généralement de faire, puisqu'il est, par hypothèse, heureux d'avoir été désigné – se voit privé de toute possibilité de remettre en cause la validité du contrat de travail. Il nous semble, toutefois, qu'en vertu de l'article 159 de la Constitution, dans l'interprétation qu'en donne la Cour de cassation (215), le juge de l'ordre judiciaire peut connaître de légalité d'un acte même si le délai de recours pour en solliciter l'annulation devant le Conseil d'État a expiré. De cette manière, la Cour aurait pu constater l'illégalité de l'acte détachable, sans qu'un détour par le Conseil d'État ne soit nécessaire (216).

(213) C. trav. Bruxelles, 14 novembre 2014, *J.T.T.*, 2015, liv. 14, p. 222.

(214) C. trav. Mons, 25 mai 2016, R.G. n° 2014/AM/342, inédit.

(215) Voy. not. D. RENDERS, « Article 159 », in M. VERDUSSEN (dir.), *La Constitution belge. Lignes & entrelignes*, Bruxelles, Le Cri, 2004, pp. 353-354 ; G. VAN HAEGENBORGH, « Artikel 159 van de Grondwet in de rechtspraak van het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof. Bedenkingen vanuit Europees perspectief », in I. COOREMAN (ed.), *De wettigheidsstoets van artikel 159 van de Grondwet*, Bruges, die Keure, 2010, pp. 229-302 ; J. THEUNIS, « De “exceptie van onwettigheid” (artikel 159 G.W.) : meer vragen dan antwoorden ? », *R.W.*, 2007-2008, pp. 1266-1281.

(216) Toutefois, la Cour d'appel de Bruxelles a récemment jugé que l'action qui tend uniquement à critiquer la légalité d'un acte administratif ne ressortit pas de la compétence des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire (Bruxelles (2^e ch.), 10 décembre 2015, *J.T.T.*, 2016, liv. 5, p. 82).

Il reste que, même si la Cour est habilitée à constater l’illégalité de l’acte détachable et, en conséquence, la nullité du contrat de travail pour défaut de consentement, la nullité du contrat ne semble, en l’état de la jurisprudence, pas susceptible d’entraîner la requalification de la relation de travail en relation statutaire.

44. Le constat d’illégalité de la décision de recourir au contrat de travail contribuera, certes, à *inciter* l’autorité à régulariser la situation en procédant à la nomination de l’agent. Force est de constater, cependant, qu’aucune juridiction ne peut l’y contraindre, sauf à empiéter sur les attributions du pouvoir exécutif. À défaut de pouvoir obtenir sa nomination, il semble que seule la voie indemnitaire s’ouvre à l’agent irrégulièrement occupé sous contrat de travail. Il invoquera, ainsi, la faute commise par son employeur public en l’occupant sous contrat de travail alors qu’aucun texte ne l’y autorise (217).

C’est, toutefois, à la condition d’arriver à démontrer l’existence d’une faute, qui engage la responsabilité de l’employeur public. Dans l’arrêt du 25 mai 2016 précité, la Cour du travail de Mons a jugé que « l’article 29 de la loi du 21 mars 1991 ne présente pas un degré de détermination suffisant quant aux fonctions qui pouvaient être exercées dans le cadre d’une relation contractuelle de manière telle qu’il ménageait à BPOST un pouvoir d’appréciation et que le fait d’avoir opté pour une interprétation du texte légal qui ne correspond pas à celle retenue par la cour n’est pas en soi constitutif d’une faute ». Et la Cour d’ajouter « Au demeurant, le fait d’avoir opté pour une interprétation extensive de cette disposition constitue une erreur invincible dès lors que, compte tenu des impératifs que connaissait BPOST (une concurrence grandissante et la libéralisation du marché postal), elle a agi comme l’aurait fait toute personne diligente et prudente placée devant la même alternative » (218).

Conclusion

45. En tirant profit de la diversité des instruments contractuels, l’administration peut gagner en efficacité et améliorer la qualité de ses services. C’est, toutefois, à condition de ne pas perdre de vue que la réalisation de l’intérêt général doit être le moteur de son action, à la fois lorsqu’elle use de son pouvoir d’action unilatérale et lorsqu’elle s’engage dans les liens d’un contrat.

Dans la présente contribution, il a été, à plusieurs reprises, fait état de l’arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 2015. Cet arrêt aborde la question des prérogatives dont jouit (encore) l’autorité lorsqu’elle est partie à une convention. Et la question est essentielle, car l’attractivité du contrat en

(217) A. DE BECKER, « De impact van de rechtsmachtsverdeling tussen de Raad van State en de gewone (arbeids)rechter bij geschillen in personele aangelegenheden in de publieke sector », *op. cit.*, p. 169.

(218) C. trav. Mons, 25 mai 2016, R.G. n° 2014/AM/342, inédit.

dépend. En effet, l'on peut imaginer que le co-contractant s'engage dans la mesure où, et à condition que la convention lui assure une relative stabilité. Tout l'enjeu consiste, dès lors, à assurer la pérennité du contrat comme instrument de l'action publique, en protégeant les droits du co-contractant, tout en préservant la singularité de l'autorité publique.