

LA MODIFICATION UNILATÉRALE DES CONDITIONS DE TRAVAIL DU PERSON- NEL CONTRACTUEL : L'IMPOSSIBLE AL- CHIMIE

Inger DE WILDE,

Membre du groupe de recherche « Administration publique et Management » de l'Université d'Anvers, Steunpunt Bestuurlijke Organisatie Vlaanderen (SBOV III) et collaboratrice scientifique à la faculté de droit de l'Université de Gand

Pierre JOASSART,

Avocat et assistant à l'UCL et à l'ULB



SOMMAIRE

I. Introduction	79
II. Principe de changement versus interdiction de modification unilatérale	80
2.1. Le principe de changement comme fondement juridique de la modification unilatérale en droit de la fonction publique	80
2.2. La modification unilatérale dans le droit du travail du secteur privé	82
2.2.1. Le point de départ : pacta sunt servanda	82
2.2.2. L'interdiction de modification d'un élément essentiel	82
2.2.3. L'interdiction de modification d'un élément convenu	83
2.2.4. L'acte équipollent à rupture	85
2.2.5. Une évolution : un pouvoir de modification limité	85
2.2.5.1. Le ius variandi contractuel	85
2.2.5.2. Le principe de bonne foi	86
2.2.5.3. Le ius dominandi	86
2.2.5.4. Synthèse : que reste-t-il aujourd'hui du ius variandi ?	87
III. La loi du changement, l'interdiction de modification unilatérale et les membres du personnel contractuel des autorités publiques	87
3.1. La primauté de la loi du changement	88
3.2. L'application intégrale de l'interdiction de modification unilatérale	89
IV. Examen de jurisprudence récente en matière de modification unilatérale pour des contractuels de la fonction publique	89
4.1. La fonction	90
4.2. La rémunération	92
4.3. Le lieu de travail	93
4.4. Autres modifications	94
V. Pistes de réflexion pour une plus grande flexibilité	94
5.1. La statutarisation	94
5.2. Une limitation des contrats de travail à l'essentiel	95
5.3. La qualification conventionnelle d'un élément comme accessoire	96
5.4. <i>De lege ferenda</i>	97
VI. Conclusion	98



À l'égard des contractuels des services publics apparaît la question d'un éventuel impact du principe de changement sur l'interdiction de modification unilatérale. Dans quelle mesure l'interdiction de modification unilatérale applicable dans le secteur privé peut-elle être transposée pour les contractuels des services publics ? Le principe de mutabilité peut-il, d'une manière ou d'une autre, jouer un rôle au sein des relations contractuelles ? Cette contribution débutera par un bref examen théorique de l'articulation entre le principe de changement et l'interdiction de modification unilatérale d'un élément essentiel ou convenu du contrat de travail. Les auteurs examineront ensuite la jurisprudence récente en matière de modification unilatérale d'un élément du contrat de travail des contractuels de la fonction publique. Ils développeront enfin quelques pistes permettant de répondre, le cas échéant, à la nécessité d'une flexibilité accrue à l'égard des contractuels des services publics.

Ten overstaan van de overheidscontractanten rijst de vraag naar de eventuele impact van het veranderlijkheidsbeginsel op de principiële onmogelijkheid om de arbeidsovereenkomst eenzijdig te wijzigen. In welke mate is het verbod om de arbeidsovereenkomst eenzijdig te wijzigen – zoals we dit kennen in de private sector – relevant voor die overheidscontractanten? Speelt het veranderlijkheidsbeginsel op enige wijze een rol in de contractuele arbeidsverhoudingen in de publieke sector? Deze bijdrage vat aan met een korte theoretische bespreking van de wisselwerking tussen het veranderlijkheidsbeginsel en het verbod om een essentiële of overeengekomen voorwaarde uit de arbeidsovereenkomst eenzijdig te wijzigen. De auteurs bestuderen verder de recente rechtspraak die is verschenen rond de wijzigbaarheid van een overeengekomen arbeidsvoorwaarde van een overheidscontractant. Ze ontwikkelen ten slotte enkele denksporen die desgevallend tegemoet kunnen komen aan de nood om meer flexibiliteit in te bouwen in de contractuele arbeidsrelaties in de overheidssector.



I. Introduction

Les travailleurs sous contrat de travail ne constituent plus une minorité au sein des services publics ⁽¹⁾.

Si la contractualisation des relations de travail dans le secteur public ne se manifeste pas avec la même intensité à tous les niveaux de pouvoir ⁽²⁾, la cohabitation entre contractuels et statutaires est devenue, sans conteste, une réalité quotidienne pour presque tous ⁽³⁾ les employeurs publics.

La doctrine a fréquemment mis en exergue les difficultés qui résultent de la coexistence de situations juridiques statutaires et contractuelles. Nous renvoyons à ces auteurs ⁽⁴⁾.

Cette contribution débutera par un bref examen théorique de l'articulation entre le principe de changement ⁽⁵⁾ et l'interdiction de modification unilatérale d'un élément essentiel ou convenu du contrat de travail ⁽⁶⁾ (II). Nous examinerons ensuite la jurisprudence récente en matière de modification unilatérale d'un élément du contrat de travail des contractuels de la fonction publique (III), laquelle, comme nous le verrons, conclut majoritairement à l'application des principes issus du contrat de travail « secteur privé ». Nous développerons ensuite quelques pistes (IV) permettant de ré-

(1) Pour un aperçu chiffré récent, voy. R. JANVIER, « Leçon 1. Travailler dans la fonction publique : hier, aujourd'hui et demain », in R. JANVIER (éd.), *Le droit social de la fonction publique*, Collection de l'Association belge pour le droit du travail et de la sécurité sociale, Bruxelles, la Charte, 2015, pp. 13-15.

(2) *Ibid.*

(3) Seuls certains services n'y sont pas confrontés, soit en l'absence de contractuels (une partie importante des services de l'armée (par exemple la marine) et de la police), soit en raison de l'absence de statutaires (ce qui est le cas de certains parastataux n'engageant plus que des contractuels).

(4) Voy. (ordre chronologique) R. JANVIER, I. DE WILDE et S. AERTS, « Leçon 2. Uniformité, équité et gestion des ressources humaines », in R. JANVIER (éd.), *Le droit social de la fonction publique*, Collection de l'Association belge pour le droit du travail et de la sécurité sociale, Bruxelles, la Charte, 2015, pp. 75-116 ; R. JANVIER, E. HENDERICKX, J. SEGERS et R. VALKENEERS, « Meer discriminatie door meer diversiteit: een paradox voor het Belgisch publiek management? », *Burger, bestuur & beleid*, 2011/1, pp. 3-20 ; B. LOMBAERT, I. MATHY et V. RIGODANZO, *Éléments du droit de la fonction publique*, Waterloo, Kluwer, 2007, 262 p. ; É. GILLET, « Très brève relation de la carrière d'un agent contractuel dans la fonction publique locale », *Rev. dr. commun.*, 2003/4, pp. 35-46 ; 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. 178-189 ; J. JACQMAIN, « Statutaires et contractuels, le Graal d'égalité ? », in F. DELPÉRIÉ (éd.), *Les agents contractuels dans la fonction publique régionale*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 165-183 ; R. JANVIER, « Gezocht contractant (m/v) voor een overheidsdienst, met bereidheid tot onzekerheid over zijn/haar rechtspositie », in F. DELPÉRIÉ (éd.), *Contractuele personeelsleden bij de regionale overheden*, Brussel, Bruylant, 1998, pp. 191-223 ; R. JANVIER, « Aanwerving van contractanten in overheidsdienst », in M. RIGAUX et W. VAN EECKHOUTTE (éds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 5*, Gent, Mys & Breesch, 1997, pp. 395-468 ; R. JANVIER, *Contractanten in overheidsdienst*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 196 p. ; É. GILLET, « Le personnel contractuel des communes », *Rev. dr. commun.*, 1993, pp. 169-170 ; É. GILLET, « Éléments d'évaluation du droit de la fonction publique dans ses rapports avec le droit social », *Chron. D.S.*, 1986/2, pp. 33-35.

(5) Ce principe est également appelé « principe de mutabilité ».

(6) Pour un examen approfondi, nous renvoyons à I. DE WILDE, S. AERTS et R. JANVIER, *De eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden van het (contractueel) overheidspersoneel*, Brugge, die Keure, 2014, pp. 189-290.

pondre, le cas échéant, à la nécessité d'une flexibilité accrue à l'égard des contractuels des services publics.

II. Principe de changement versus interdiction de modification unilatérale

2.1. Le principe de changement comme fondement juridique de la modification unilatérale en droit de la fonction publique

Il est généralement admis que le principe de mutabilité, comme principe général de droit administratif, permet à l'autorité – dans certaines limites – de modifier unilatéralement les droits, obligations et modalités d'occupation des fonctionnaires ^{(7), (8)}. Ce principe de mutabilité est intimement lié à la nature de l'engagement statutaire.

Le principe de mutabilité est considéré comme le fondement juridique de la modification unilatérale des actes administratifs de nature réglementaire, tel le statut du personnel ⁽⁹⁾. Le principe de changement a également une influence sur la situation juridique individuelle du fonctionnaire ⁽¹⁰⁾. Le Conseil d'État a ainsi décidé qu'« *un changement d'affectation qui ne porte pas atteinte aux droits statutaires ou aux prérogatives de l'agent constitue une mesure d'ordre intérieur relevant de la bonne gestion des ressources humaines* » ⁽¹¹⁾. Pareille « mesure d'ordre intérieur » relève de la liberté d'organisation de l'employeur public. Elle ne peut pas être annulée par le Conseil d'État.

Le principe de changement découle du principe de continuité du service public. Ce dernier implique notamment que, lorsqu'une autorité publique décide de répondre à une tâche spécifique dans un objectif d'intérêt général, le service doit pouvoir s'adapter à cette nouvelle mission ⁽¹²⁾. En fonction publique, ce principe permet par exemple

(7) Par souci de clarté, nous précisons que nous désignons par le terme « fonctionnaires » les agents statutaires (stagiaires ou nommés à titre définitif). Les contractuels de la fonction publique ne rentrent donc pas dans cette notion.

(8) Nous nous limitons, sur ce point, à un examen très sommaire de la situation juridique des agents statutaires, puisqu'il n'est destiné qu'à mettre en exergue la différence qui existe par rapport aux contractuels. Pour un examen approfondi et un aperçu de la jurisprudence du Conseil d'État, nous renvoyons à l'ouvrage d'I. DE WILDE, S. AERTS et R. JANVIER, *De eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden van het (contractueel) overheidspersoneel*, Brugge, die Keure, 2014, pp. 125-188.

(9) D. D'HOOGHE et Ph. DE KEYSER, « Het continuïteitsbeginsel en het veranderlijkheidsbeginsel », in I. OPDEBEEK et M. VAN DAMME (éds.), *Beginnelsen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, p. 381 ; D. D'HOOGHE, « Bestuurlijke vrijheid geklemd tussen de beginselen inzake rechtszekerheid, wettigheid en veranderlijkheid », *R.W.*, 1993-94, p. 1102 ; M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 221, n° 164 ; M. VAN DAMME, « Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel », in I. OPDEBEEK (éd.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 1993, p. 143.

(10) I. OPDEBEEK et A. COOLSAET, « Tuchtmaatregelen, ordemaatregelen, maatregelen van inwendige orde en verkapte tuchtstraffen: hoe door de bomen het bos ontwaren », *T. Gem.*, 2010/3, pp. 156-158.

(11) C.E., 18 juin 2012, *Lefebvre*, n° 219.795.

(12) D. D'HOOGHE et Ph. DE KEYSER, « Het continuïteitsbeginsel en het veranderlijkheidsbeginsel », in I. OPDEBEEK et M. VAN DAMME (éds.), *Beginnelsen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, p. 364 ; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Antwerpen, Kluwer, 2012, p. 108 ; D. RENDERS et L. VANSNICK, « La place des lois du service public dans la hiérarchie des normes », in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, *Le service public. 2. Les « lois » du service public*, Bruxelles, la Charte, 2009, p. 36.

aux pouvoirs publics de confier temporairement aux membres de son personnel des missions de promotion ou, lorsqu'une fonction est vacante, de confier à un fonctionnaire d'un niveau immédiatement inférieur l'exercice de ces fonctions afin que la continuité puisse être assurée⁽¹³⁾.

Ce principe général est étroitement lié aux évolutions de la société⁽¹⁴⁾. Il permet à l'autorité de répondre aux nouveaux besoins de la société. Le principe de changement apporte donc une marge de manœuvre importante aux employeurs publics : il leur permet de modifier le statut, l'organisation et le travail dans les services publics afin de poursuivre l'intérêt général⁽¹⁵⁾.

Ce principe de mutabilité n'est pas absolu. Il n'offre pas « carte blanche » à l'employeur public. L'autorité publique ne peut, ainsi, pas prendre de mesures qui puissent être considérées comme une « sanction disciplinaire déguisée »⁽¹⁶⁾. Les « mesures d'ordre »⁽¹⁷⁾ doivent, par ailleurs, respecter les principes généraux de bonne administration, tels que l'obligation d'audition préalable ou l'obligation de motivation⁽¹⁸⁾. Ceci empêche l'autorité publique de faire un usage abusif de l'autonomie que le principe de changement lui accorde.

-
- (13) D. D'HOOGHE et Ph. DE KEYSER, « Het continuïteitsbeginsel en het veranderlijkheidsbeginsel », in I. OPDEBEEK et M. VAN DAMME (éds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, p. 375 et les références citées. Voy. par exemple l'arrêt du 9 septembre 2003 du Conseil d'État, n° 122.608. Dans cette affaire, une décision en matière de droit des étrangers avait été prise par un adjoint du commissaire général. Le Conseil d'État décida que « le principe de la continuité du service public aurait permis au titulaire d'une fonction de rang immédiatement inférieur, soit à un des commissaires-adjoints, d'exercer *ad interim* les attributions du commissaire général ».
- (14) D. RENDERS et L. VANSNICK, « La place des lois du service public dans la hiérarchie des normes », in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, *Le service public. 2. Les « lois » du service public*, Bruxelles, la Charte, 2009, p. 36.
- (15) A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, p. 107. Voy. aussi D. D'HOOGHE et Ph. DE KEYSER, « Het continuïteitsbeginsel en het veranderlijkheidsbeginsel », in I. OPDEBEEK et M. VAN DAMME (éds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, p. 380 ; D. D'HOOGHE, « Bestuurlijke vrijheid geklemd tussen de beginselen inzake rechtszekerheid, wettigheid en veranderlijkheid », *R.W.*, 1993-94, p. 1102.
- (16) Nous visons ici une sanction disciplinaire qui est « maquillée » en mesure d'ordre intérieur. Lorsque l'autorité publique inflige une « vraie » sanction disciplinaire, elle doit suivre une procédure très stricte (la procédure disciplinaire). Une sanction disciplinaire déguisée ne respecte, par définition, pas cette procédure, de sorte qu'une telle décision peut être annulée par le Conseil d'État pour non-respect de la procédure.
- (17) La mesure d'ordre et la sanction disciplinaire se distinguent par le caractère punitif de la mesure (voy. C.E., 25 août 2003, *Cattelain*, n° 122.306). Une mesure d'ordre intérieur est uniquement motivée par des considérations d'intérêt du service et est exempte de toute volonté de sanctionner l'agent. La sanction disciplinaire a pour but de punir l'agent ayant commis un manquement (voy. I. OPDEBEEK et A. COOLSAET, *Ambtenarenrecht. II. Rechtspositieregeling. 1. Algemene beginselen van ambtenaren-tucht*, Brugge, die Keure, 2011, p. 134). La jurisprudence du Conseil d'État a permis de dégager des critères plus précis pour qualifier un acte de mesure d'ordre ou de sanction disciplinaire. Ainsi, dans l'arrêt *Neukerman*, il a été jugé que « pour qualifier la nature de l'acte, il y a lieu de tenir compte des circonstances qui l'ont engendré, de l'existence ou non d'une intention de punir l'agent et des conséquences de la mesure sur son statut administratif et pécuniaire ; que la motivation de l'acte est également un élément déterminant » (C.E., 10 mai 2004, *Neukerman*, n° 131.185).
- (18) Il en est ainsi lorsque la mesure est fondée sur le comportement du membre du personnel et que la mesure lui est préjudiciable (voy. I. OPDEBEEK, « De hoorplicht », in I. OPDEBEEK et M. VAN DAMME (éds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, p. 255).

2.2. La modification unilatérale dans le droit du travail du secteur privé

2.2.1. Le point de départ : *pacta sunt servanda*

Dans le secteur privé, l'occupation se fait dans le cadre d'un contrat de travail. Il s'agit donc d'un contrat synallagmatique, par lequel les parties s'engagent l'une à l'égard de l'autre à des obligations réciproques. S'agissant d'une convention, il y a lieu d'appliquer les principes généraux du droit des contrats, dont celui découlant de l'article 1134 qui dispose que :

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.
Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.
Elles doivent être exécutées de bonne foi. »

Cela signifie, concrètement, que le contrat ne peut être modifié que de l'accord des parties. Cet accord peut cependant être aussi bien exprès que tacite ⁽¹⁹⁾.

L'article 20, 1^o, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail ⁽²⁰⁾ rappelle ce principe et intègre expressément le principe *pacta sunt servanda* dans le droit du travail. Sur la base de cette disposition, l'employeur a l'obligation de faire travailler le travailleur dans les conditions, au temps et au lieu convenus.

Nonobstant la formulation claire de l'article 1134 du Code civil et de l'article 20, 1^o, de la loi relative aux contrats de travail, le caractère absolu du principe de convention-loi a été contesté dans le passé. L'existence et les contours d'un droit au changement (qualifié de « *ius variandi* ») dans le droit du travail du secteur privé ont fait l'objet d'un vif débat en doctrine ⁽²¹⁾ et en jurisprudence. Cette question a été (et est encore en partie ⁽²²⁾) une des plus controversées en droit du travail.

Nous résumons ici l'essentiel du débat ayant mené à la consécration de l'interdiction de modification unilatérale d'un élément essentiel, d'une part, ou convenu, d'autre part, de la relation de travail.

2.2.2. L'interdiction de modification d'un élément essentiel

La jurisprudence et la doctrine considèrent unanimement que l'employeur ne peut modifier unilatéralement un élément essentiel du contrat de travail.

(19) H. GUNDT et W. RAUWS, « De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht », *R.D.S.*, 2010/2, p. 239.

(20) Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978 (ci-après *loi relative aux contrats de travail*).

(21) Voy., pour un aperçu, I. DE WILDE, S. AERTS et R. JANVIER, *De eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden van het (contractueel) overheidspersoneel*, Brugge, die Keure, 2014, p. 42, note de bas de page n° 157.

(22) Le débat se cristallise désormais sur la qualification essentielle ou accessoire des conditions de travail.

La notion d'« élément essentiel » n'est, cependant, pas définie légalement. Elle vise, selon nous, tous les éléments qui peuvent être considérés comme déterminants lors de la conclusion du contrat de travail pour la partie qui en bénéficie.

La mention de l'élément en cause dans le contrat de travail constitue un indice important. Lorsque des conditions de travail spécifiques pour les parties ont été décrites précisément et explicitement, cela confirme l'importance que les parties ont voulu leur donner⁽²³⁾.

Si le contrat de travail n'apporte aucun éclaircissement à ce sujet, il faut s'en référer à la jurisprudence et à la doctrine, qui considèrent généralement les conditions de travail suivantes comme des éléments essentiels : la rémunération, la fonction, le lieu de travail et l'horaire de travail⁽²⁴⁾.

Il n'en demeure pas moins qu'une partie peut, par son comportement, laisser transparaître qu'une disposition particulière du contrat de travail n'est pas considérée comme essentielle, quand bien même cet avantage est, habituellement, considéré comme tel⁽²⁵⁾.

Nous devons cependant souligner que la Cour de cassation considère que la rémunération, la fonction et l'horaire de travail constituent, en principe, des éléments essentiels. La Cour n'accorde qu'une marge de manœuvre réduite aux parties quant à l'appréciation du caractère essentiel de ces éléments, et ce même lorsque les parties ont, par convention, qualifié ces éléments d'accessoires⁽²⁶⁾.

2.2.3. L'interdiction de modification d'un élément convenu

En ce qui concerne les conditions de travail non essentielles (qualifiées alors d'« accessoires »), une partie de la jurisprudence⁽²⁷⁾ et de la doctrine⁽²⁸⁾ considèrerait, initialement, que l'employeur pouvait les modifier unilatéralement⁽²⁹⁾.

(23) I. VAN PUYVELDE, « De vermoedelijke wil tot verbreken », in M. RIGAUX et W. RAUWS (éds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 8, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 317 et les références citées.

(24) Th. STIÉVENARD, « Dossier spécial. Ius variandi de l'employeur versus acte équipollent à rupture », *Actualités en bref*, Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 80 ; F. HENDRICKX, « De inhoud van de arbeidsovereenkomst », *R.D.S.*, 1998 (num. spéc.), p. 95.

(25) La cour du travail de Bruxelles a tranché en ce sens dans un arrêt récent, considérant que, lorsqu'un travailleur a accepté, durant sa carrière, plusieurs modifications de son lieu de travail, ce dernier ne constitue manifestement pas un élément essentiel de la relation de travail (voy. C. trav. Bruxelles, 8 novembre 2010, *J.T.T.*, 2011, p. 118).

(26) Voy. par exemple Cass., 16 septembre 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 433 ; Cass., 23 décembre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 524 ; Cass., 27 juin 1988, *J.T.T.*, 1988, p. 492 ; Cass., 1^{er} décembre 1980, *Chron. D.S.*, 1981, p. 83.

(27) C. trav. Bruxelles, 20 octobre 1989, *J.T.T.*, 1990, p. 10 ; C. trav. Bruxelles, 25 février 1983, *J.T.T.*, 1984, p. 313 ; C. trav. Bruxelles, 6 juin 1979, *J.T.T.*, 1980, p. 85.

(28) D. VOTQUENNE, « Het ius variandi van de werkgever en de beëindiging door eenzijdige beëindiging na het cassatiearrest van 20 december 1993 », *J.T.T.*, 1994, pp. 437-438.

(29) B. CROIMANS et J. J. M. DE LAET, « Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden op grond van het instructierecht? », *R.D.S.*, 2008, p. 507. Ce n'est pas applicable aux éléments essentiels, compte tenu de la nature contractuelle des relations de travail.

Cette position s'appuyait sur le pouvoir de direction de l'employeur et la subordination du travailleur⁽³⁰⁾. Le besoin de flexibilité⁽³¹⁾ et l'intérêt de l'entreprise⁽³²⁾ étaient également invoqués comme fondements.

Dans un important arrêt du 20 décembre 1993⁽³³⁾, la Cour de cassation a mis un terme à cette position soutenant que toutes les conditions de travail non essentielles peuvent être modifiées unilatéralement. La Cour a, en effet, décidé que toute modification unilatérale d'un élément convenu du contrat de travail était interdite, qu'il s'agisse d'un élément essentiel ou accessoire du contrat de travail, et indépendamment de la question du caractère non important de la modification :

« Attendu qu'en vertu de l'article 1134 du Code civil les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; qu'elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise ; Que cette disposition légale est applicable aux contrats de travail ; Que cette disposition implique, en elle-même, que l'employeur, sauf stipulation contraire, ne peut modifier ou révoquer unilatéralement les conditions convenues ; Que le lien de subordination caractérisant le contrat de travail et la période au cours de laquelle le contrat est exécuté, ne constituent pas un motif suffisant pour ce faire ; Attendu qu'en décidant autrement, l'arrêt viole l'article 1134 du Code civil ».

En conséquence, suite à cet arrêt, l'employeur ne peut, sans manquer à ses obligations contractuelles, modifier ou révoquer unilatéralement les conditions convenues. Il est indifférent, à cet égard, que la modification soit peu importante ou porte sur un élément accessoire du contrat⁽³⁴⁾.

(30) M. SMITS, « Impliciete verbreking van arbeidsovereenkomst en *ius variandi* » in P. GOSSERIES (éd.), *Rechtsleer vanuit de rechtszaal*, Brussel, De Boeck & Larcier, p. 157.

(31) M. DE VOS et P. HUMBLET, « Bloemlezing arbeidsrecht: juli 1993-juli 1994 », *Or.*, 1995/1, pp. 19-20.

(32) Voy. D. VOTQUENNE, « Het *ius variandi* van de werkgever en de beëindiging door eenzijdige wijziging na het cassatiearrest van 20 december 1993 », *J.T.T.*, 1994, p. 438.

(33) Cass., 20 décembre 1993, *Chron. D.S.*, 1994, p. 105, note H. FUNCK et J. DEGRAUWE ; *R.W.*, 1995-96, p. 41, note J.R.R.

(34) Voy. aussi Cass., 13 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1999, p. 95 ; *J.T.T.* 1997, p. 481, note J. NEVEN ; *R.W.*, 1998-99, p. 502. Une partie de la jurisprudence estime cependant, encore aujourd'hui, que la modification unilatérale des conditions non essentielles mais convenues est autorisée (voy. e.a. Trib. trav. Nivelles, 9 septembre 2005, *Chron. D.S.*, 2007, p. 33, note J. JACQMAIN ; C. trav. Bruxelles, 9 juin 2000, *A.J.T.*, 2000-01, p. 70 ; C. trav. Bruxelles, 23 juin 1998, *Chron. D.S.*, 1999, p. 483 ; C. trav. Bruxelles, 7 mars 1997, *R.W.*, 1997-98, p. 128 et la jurisprudence mentionnée dans la note de bas de page n° 10 de B. CROIMANS et J. J. M. DE LAAT, « Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden op grond van het instructierecht? », *R.D.S.*, 2008, p. 507.

2.2.4. L'acte équipollent à rupture

La théorie de « l'acte équipollent à rupture » est intimement liée à cette notion d'(im)possibilité de modification unilatérale des conditions essentielles ou convenues. La réaction la plus connue d'un travailleur suite à une modification unilatérale réside dans le constat de rupture du contrat de travail. La modification unilatérale d'un élément essentiel ou convenu met fin au contrat de travail d'une façon illicite.

Sur la base de la jurisprudence actuelle, l'acte équipollent à rupture revêt deux formes. D'une part, le manquement grave d'une partie à ses obligations met un terme au contrat, pour autant que ce manquement traduise la volonté de son auteur de ne plus exécuter le contrat de travail. D'autre part, l'acte équipollent à rupture peut résulter d'une modification unilatérale d'un élément essentiel du contrat de travail. Dans ce dernier cas, la volonté de rompre le contrat ne doit pas être démontrée⁽³⁵⁾.

La modification unilatérale est fréquemment associée à l'acte équipollent à rupture et discutée dans le cadre de la rupture (irrégulière) du contrat de travail. La théorie de la modification unilatérale déborde néanmoins de la seule rupture du contrat de travail.

Elle peut également s'appliquer à l'exécution du contrat de travail, comme nous le verrons ci-dessous.

2.2.5. Une évolution : un pouvoir de modification limité

2.2.5.1. Le *ius variandi contractuel*

L'interprétation stricte de la Cour de cassation que nous avons évoquée ci-avant doit cependant être nuancée. Dans certaines circonstances, une modification unilatérale reste possible.

Ainsi, les conditions de travail accessoires (c'est-à-dire non essentielles) du contrat de travail peuvent être modifiées unilatéralement en faveur de l'employeur lorsque les parties l'ont expressément convenu⁽³⁶⁾.

La Cour de cassation a, dans son arrêt du 14 octobre 1991⁽³⁷⁾, décidé que l'article 25 de la loi relative aux contrats de travail⁽³⁸⁾ ne vise que les clauses permettant la modification unilatérale d'éléments essentiels, et non pas les clauses portant sur un élément accessoire. Plus encore, cet arrêt permet aux parties de convenir conventionnellement du caractère accessoire de certaines conditions de travail. En conséquence,

(35) Voy. S. GILSON et L. DEAR, « La modification unilatérale des conditions de travail : en fait unique, des conséquences multiples et variés », in J. JACQMAIN (éd.), *Une terre de droit du travail : les services publics*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 253.

(36) W. VAN EECKHOUTTE, « De ondraaglijke onveranderlijkheid van de arbeidsovereenkomst », in W. VAN EECKHOUTTE et M. RIGAUX (éds.), *Sociaal recht niets dan uitdagingen. Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1995-96*, Gent, Mys & Breesch, 1996, p. 26.

(37) Cass., 14 octobre 1991, *J.T.T.*, 1991, p. 464, note ; *R.D.S.*, 1991, p. 423.

(38) « Toute clause par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier unilatéralement les conditions du contrat est nulle. »

une clause de mutabilité peut être prévue à l'égard des conditions accessoires, même lorsque cette condition de travail est expressément convenue entre les parties ⁽³⁹⁾. On parle dans ce cas d'un *ius variandi* contractuel ⁽⁴⁰⁾.

Un des éléments centraux du débat réside, par conséquent, dans la qualification « essentielle » ou « accessoire » des conditions de travail.

2.2.5.2. Le principe de bonne foi

Pour une partie de la doctrine, le principe de bonne foi semble également autoriser certaines modifications unilatérales ⁽⁴¹⁾. L'effet limitatif ou dérogoire de la bonne foi s'applique lorsqu'un contractuel exerce un droit découlant du contrat d'une manière qui, en fonction des circonstances, est manifestement déraisonnable. Ainsi, un travailleur n'a aucun intérêt réel à contester une modification de fonction qui répond à des motifs légitimes et qui lui donne une position comparable ou plus avantageuse que la précédente ⁽⁴²⁾.

Le principe de bonne foi n'octroie cependant qu'une faible marge de manœuvre à l'employeur. Il lui offre simplement la possibilité d'apporter des changements mineurs aux conditions de travail convenues ⁽⁴³⁾.

2.2.5.3. Le *ius dominandi*

L'employeur peut « modifier » les conditions de travail non convenues.

Pour Smits, il s'agit en réalité du « seul vrai *ius variandi* » ^{(44), (45)}. Il ne s'agit en réalité pas vraiment d'un droit au changement. Lorsque l'employeur fait usage de ce droit, il ne modifie pas la situation, mais comble les éléments non stipulés explicitement par le contrat de travail ^{(46), (47)}. L'employeur peut ainsi régler les modalités d'exécution

(39) Voy. e.a. B. CROIMANS et J. J. M. DE LAAT, « Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden op grond van het instructierecht? », *R.D.S.*, 2008, pp. 511-513 ; N. GUNDT et W. RAUWS, « De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht », *R.D.S.*, 2010, pp. 245-248 ; W. VAN EECKHOUTTE, « De ondraaglijke onveranderlijkheid van de arbeidsovereenkomst », in W. VAN EECKHOUTTE et M. RIGAUX (éds.), *Sociaal recht niets dan uitdagingen. Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1995-96*, Gent, Mys & Breesch, 1996, p. 26.

(40) Voy. Th. STIÉVENARD, « Dossier spécial. Ius variandi de l'employeur versus acte équipollent à rupture », *Actualités en bref*, Bruxelles, Kluwer, 2003, pp. 7 et s.

(41) Voy. entre autres A. VAN BEVER, « Goede trouw en belangenafweging in het arbeidsrecht. Toepassing op de wijziging van arbeidsvoorwaarden », *R.D.S.*, 2010, p. 515.

(42) Voy. W. VAN EECKHOUTTE, « De ondraaglijke onveranderlijkheid van de arbeidsovereenkomst », in W. VAN EECKHOUTTE et M. RIGAUX (éds.), *Sociaal Recht: niets dan uitdagingen*, Gent, Mys & Breesch, 1996, p. 54.

(43) P. HUMBLET, *De gezagsuitoefening door de werkgever*, Deurne, Kluwer, 1994, p. 150.

(44) Certains se réfèrent également au « *ius dominandi* » – voy. P. HUMBLET, *ibid.*, pp. 149-150.

(45) M. SMITS, « Impliciete verbreking van arbeidsovereenkomst en *ius variandi* », P. GOSSERIES (éd.), *Rechtsleer vanuit de rechtszaal*, Brussel, De Boeck & Larcier, p. 156.

(46) I. VAN PUYVELDE, « De vermoedelijke wil tot verbreken », in M. RIGAUX et W. RAUWS (éds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 8*, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 314.

(47) P. HUMBLET, *De gezagsuitoefening door de werkgever*, Deurne, Kluwer, 1994, p. 147 ; D. VOTQUENNE, « Het *ius variandi* van de werkgever en de beëindiging door eenzijdige wijziging na het cassatiearrest van 20 december 1993 », *J.T.T.*, 1994, p. 458.

du contrat de travail, telles que les méthodes de travail, le lieu de travail (dans certains cas) ou encore les tâches spécifiquement confiées au travailleur, et ce sur la base de son pouvoir de direction ⁽⁴⁸⁾.

Il faut cependant rappeler que la notion de « conditions convenues » ne concerne pas uniquement les conditions de travail pour lesquelles un accord écrit existe, mais également les conditions de travail faisant l'objet d'un accord verbal ⁽⁴⁹⁾. Il est, dès lors, très difficile, en pratique, de voir reconnaître un élément comme n'étant pas (explicitement ou implicitement) convenu.

2.2.5.4. Synthèse : que reste-t-il aujourd'hui du *ius variandi* ?

Nous pouvons définir le *ius variandi* comme une possibilité, pour l'employeur, de modifier unilatéralement, dans certaines limites, les conditions de travail. Il comprend ⁽⁵⁰⁾ :

- le droit de l'employeur de modifier les conditions de travail accessoires, à la condition que ce droit soit reconnu contractuellement (*ius variandi* contractuel) ;
- le droit de l'employeur de compléter ou éventuellement d'adapter les conditions de travail non convenues (*ius dominandi*, *ius variandi* extracontractuel) ;
- le droit de modifications mineures aux conditions de travail convenues contractuellement sur la base de la doctrine de la bonne foi.

III. La loi du changement, l'interdiction de modification unilatérale et les membres du personnel contractuel des autorités publiques

Si le principe de changement ne permet pas de modifier de façon illimitée les conditions de travail des fonctionnaires, il accorde cependant une autonomie bien plus grande que celle qui découle de l'interdiction de modification unilatérale des conditions de travail issue du secteur privé.

À l'égard des contractuels des services publics, la question d'un éventuel impact du principe de changement sur l'interdiction de modification unilatérale apparaît immédiatement. Dans quelle mesure l'interdiction de modification unilatérale applicable dans le secteur privé peut-elle être transposée pour les contractuels des services publics ? Le principe de mutabilité peut-il, d'une manière ou d'une autre, jouer un rôle au sein des relations contractuelles ?

Deux thèses se sont, historiquement, affrontées en doctrine.

(48) J. STEYAERT, « Wijzigingsrecht – aanpassingsrecht. *Ius variandi* in arbeidsovereenkomsten », *Jurist in bedrijf*, Brussel, Bruylant, 1989, p. 437.

(49) Voy. T. STIÉVENARD, « Dossier spécial. *Ius variandi* de l'employeur versus acte équipollent à rupture », *Actualités en bref*, Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 39.

(50) Voy. aussi A. VAN BEVER, « Goede trouw en belangenafweging in het arbeidsrecht. Toepassing op de wijziging van arbeidsvoorwaarden », *R.D.S.*, 2010, pp. 510-520.

3.1. La primauté de la loi du changement

La première thèse privilégie le principe de changement. Elle était déjà défendue en 1958 par Buttgenbach et Dembour⁽⁵¹⁾. Ces auteurs relevaient que l'autorité, sur la base du principe de changement, avait toujours le droit de modifier unilatéralement la situation juridique des membres du personnel contractuel. Le membre du personnel ne pouvait s'opposer à cette modification, mais pouvait introduire une demande de dédommagement. Cette position fut encore défendue par Gillet en 1986⁽⁵²⁾ et en 1993⁽⁵³⁾, par Herbiet et Hannay en 2005⁽⁵⁴⁾ ainsi que par Mast dans l'édition 2006 de son précis de droit administratif⁽⁵⁵⁾.

Ces auteurs se réfèrent à un « régime hybride »⁽⁵⁶⁾, à l'instar de celui qui existe en droit français sous la forme des « contrats administratifs »⁽⁵⁷⁾. Ces auteurs suggèrent par conséquent que les autorités publiques peuvent modifier unilatéralement les conditions de travail sur la base du principe de changement. Mais, ce faisant, l'employeur ne peut cependant porter atteinte à la « situation intrinsèque » de l'employé⁽⁵⁸⁾. Le travailleur ne peut, pour ces auteurs, réclamer l'exécution en nature des conditions de travail convenues initialement⁽⁵⁹⁾ ou, pour certains, invoquer un licenciement implicite⁽⁶⁰⁾. Seule une demande de dédommagement serait possible⁽⁶¹⁾.

(51) A. BUTTGENBACH et J. DEMBOUR, « Nature du lien juridique unissant les administrations publiques à leurs agents », *R.J.D.A.*, 1958, p. 3.

(52) É. GILLET, « Éléments d'évaluation du droit de la fonction publique dans ses rapports avec le droit social », *Chron.D.S.*, 1986/2, p. 33.

(53) Éric GILLET précise ainsi que « mais aussi dans des cas de l'application de la loi du changement, qui constitue une des grandes lois de service public et qui, à ce titre, peut induire une application adaptée de la loi du 3 juillet 1978 » (voy. É. GILLET, « Le personnel contractuel des communes », *Rev. dr. commun.*, 1993, p. 169).

(54) 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, p. 188.

(55) A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Antwerpen, Kluwer, 2006, p. 216. Ces auteurs ont, par après, abandonné cette vision de BUTTGENBACH et DEMBOUR.

(56) Voy. É. GILLET, « Le personnel contractuel des communes », *Rev. dr. commun.*, 1993, pp. 169-170.

(57) S. GILSON et L. DEAR, « La modification unilatérale des conditions de travail : un fait unique, des conséquences multiples et variés », in J. JACQMAIN (éd.), *Une terre de droit de travail : les services publics*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 282-283.

(58) Voy. É. GILLET, « Le personnel contractuel des communes », *Rev. dr. commun.*, 1993, pp. 169-170.

(59) Voy. A. BUTTGENBACH et J. DEMBOUR, « Nature du lien juridique unissant les administrations publiques à leurs agents », *R.J.D.A.*, 1958, p. 3 ; É. GILLET, « La nature juridique de la relation entre l'administration et son agent », in J. SAROT et al., *Précis de fonction publique*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 20.

(60) Voy. É. GILLET, « Le personnel contractuel des communes », *Rev. dr. commun.*, 1993, p. 170 ; É. GILLET, « Très brève relation de carrière d'un agent contractuel dans la fonction publique locale », *Rev. dr. commun.*, 2003, p. 41.

(61) Les auteurs ne précisent néanmoins pas sur quel fondement et devant qui cette demande de dédommagement devrait, selon eux, être portée. Voy. par exemple Éric Gillet, estimant qu'« il va de soi qu'une modification dommageable emporterait compensation », mais ne fournissant pas d'éclaircissements complémentaires sur les modalités de cette indemnisation (É. GILLET, « Le personnel contractuel des communes », *Rev. dr. commun.*, 1993, p. 170). Selon nous, ce dédommagement devrait être réclamé devant les juridictions du travail, exclusivement compétentes, en application de l'article 578 du Code judiciaire, pour connaître des contestations entre un travailleur sous contrat de travail et son employeur.

En 2014, cette première thèse est fortement minoritaire.

3.2. L'application intégrale de l'interdiction de modification unilatérale

La seconde thèse soutient, quant à elle, que l'employeur public ne jouit, en cette matière, d'aucun privilège par rapport à l'employeur du secteur privé ⁽⁶²⁾. Considérant la jurisprudence de la Cour de cassation précitée ayant fortement restreint la possibilité, pour les employeurs privés, de modifier unilatéralement les conditions de travail, cette doctrine considère que rien ne permet de raisonner différemment dans le secteur public. Cette doctrine relève, en sus, que l'employeur public peut, contrairement à l'employeur privé, procéder à l'engagement de statutaires et, à leur égard, invoquer la loi du changement. Si l'employeur public décide, au contraire, d'engager des contractuels, il doit en assumer les conséquences ⁽⁶³⁾.

En d'autres termes, à suivre cette doctrine, minoritaire à l'époque, les employeurs publics doivent, comme les employeurs privés, s'accommoder, à l'égard de leurs membres du personnel contractuels, des limites découlant du principe de l'interdiction de modification unilatérale des éléments essentiels ou convenus du contrat de travail.

En conséquence, le contractuel de la fonction publique peut se prévaloir d'un acte équipollent à rupture. Lorsqu'un employeur public modifie de manière importante un élément essentiel, le travailleur peut constater la rupture irrégulière du contrat de travail et réclamer une indemnité compensatoire de préavis ⁽⁶⁴⁾.

La jurisprudence a consacré cette deuxième thèse. Nous exposons dans la section suivante quelques décisions récentes de jurisprudence qui l'illustrent.

IV. Examen de jurisprudence récente en matière de modification unilatérale pour des contractuels de la fonction publique

Pour cet aperçu de jurisprudence (limité aux décisions des dix dernières années, soit de 2004 à ce jour) concernant la modification unilatérale des conditions de travail des

(62) Voy. (par ordre chronologique) P. JOASSART, « La rémunération du contractuel de la fonction publique », in J. CLESSE et M. DUMONT (éds.), *Questions choisies de droit social*, Liège, Anthemis, 2012, pp. 200-201 ; A. DE BECKER, « Kroniek van het Belgische ambtenarenrecht 1999-2008 », *R.W.*, 2008-09, p. 1160 ; B. LOMBAERT, I. MATHY et V. RIGODANZO, *Éléments du droit de la fonction publique*, Mechelen, Kluwer, 2007, n° 111 ; S. GILSON et L. DEAR, « La modification unilatérale des conditions de travail : un fait unique, des conséquences multiples et variés », in J. JACQMAIN (éd.), *Une terre de droit de travail: les services publics*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 276-308 ; M. DE VOS et I. DE WILDE, « Veranderingsmanagement en personeelsbeleid in een overheidscontext », in M. DE VOS et I. PLETS (éds.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Brugge, die Keure, 2005, p. 117 ; M. PÂQUES et G. PARTSCH, « L'hypothèse du contrat dans la fonction publique locale », *R.D.S.*, 1996, pp. 9-10.

(63) M. DE VOS et I. DE WILDE, « Veranderingsmanagement en personeelsbeleid in een overheidscontext », in M. DE VOS et I. PLETS (éds.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Brugge, die Keure, 2005, p. 117.

(64) C. trav. Bruxelles, 14 septembre 2010, R.G. n° 2009/AB/051952 ; C. trav. Liège (sect. Namur), 10 juin 2004, R.G. n° 7.248/2002.

membres du personnel contractuel, nous procédons à une analyse par « élément » modifié. Nous examinons ainsi les changements de fonction, de rémunération et de lieu de travail, habituellement considérés comme essentiels par les cours et tribunaux. Nous étudierons également la modification d'autres éléments n'ayant, quant à eux, pas été considérés comme essentiels.

D'autres éléments, tels que l'horaire ou la durée du travail, ont pu être considérés comme essentiels. Il n'y a cependant pas eu, à notre connaissance, de jurisprudence publiée et pertinente sur ces éléments pendant la période considérée.

4.1. La fonction

En ce qui concerne la fonction, la cour du travail de Liège, section Namur, a eu l'occasion de traiter de la légalité d'un changement de fonction au sein d'une administration pararégionale (le Centre régional d'aide aux communes). Une secrétaire avait été engagée dans le grade d'assistante, mais immédiatement occupée, à l'instar de la travailleuse qu'elle remplaçait, dans une fonction de secrétaire de direction, disposant d'un bureau individuel. Deux ans plus tard, l'employeur lui imposa de quitter le bureau qu'elle occupait seule pour intégrer le bureau des dactylographes pour effectuer un travail autre que celui qui lui avait été confié jusqu'alors. La cour du travail considéra que, même si la convention ne mentionnait pas les fonctions de secrétaire de direction, le fait d'avoir occupé la travailleuse pendant plus de deux ans en cette qualité au service exclusif du directeur général emportait l'interdiction de modifier cet élément « devenu essentiel » pour la travailleuse en l'obligeant à quitter le bureau qu'elle occupait seule pour intégrer le bureau des dactylos et pour effectuer un travail autre que celui auquel elle avait été affectée depuis le début de son occupation. Le fait que la rémunération demeure inchangée fut sans incidence. La cour constata que l'employeur a posé un acte équipollent à rupture ⁽⁶⁵⁾.

La cour du travail de Bruxelles a également décidé qu'un CPAS ne pouvait muter un informaticien au service des Restos du cœur. Ce travailleur avait été engagé et avait travaillé pendant cinq ans à la modernisation du service informatique du CPAS. Il fut ensuite brusquement affecté au service des Restos du cœur. La cour a décidé que :

« Il s'agit d'une modification unilatérale effective et importante d'un élément essentiel du contrat. Cette modification porte sur l'objet du contrat (fonction convenue). Elle modifie fondamentalement l'objet de la fonction convenue et dépasse les limites du pouvoir qu'a un employeur de modifier le contrat de travail (ius variandi). Elle ne pouvait pas être imposée à Monsieur K. sans son consentement. Par cette modification, unilatérale, essentielle et effective, des fonctions, le CPAS a mis illicitement fin au contrat de travail. » ⁽⁶⁶⁾

En outre, cet arrêt distingue clairement la fonction d'une part, le grade dans lequel le contractuel est « désigné » ⁽⁶⁷⁾ d'autre part. En l'espèce, le travailleur était engagé,

(65) C. trav. Liège (sect. Namur), 10 juin 2004, R.G. n° 7.248/2002.

(66) C. trav. Bruxelles, 14 septembre 2010, *Chron. D.S.*, 2011/1, p. 28.

(67) Le travailleur sous contrat n'est, en réalité, pas nommé dans un grade, au contraire du statutaire. Il est cependant fréquent que l'administration attribue, dans le contrat de travail, un grade au travailleur sous contrat de travail, celui qu'il aurait eu s'il avait été statutaire.

selon le contrat de travail, comme « secrétaire administratif – informaticien ». Le CPAS estimait par conséquent respecter scrupuleusement le contrat de travail, puisque le travailleur effectuait, suite au changement de fonction, des tâches de secrétaire administratif. La cour a rejeté cet argument, au motif que

« [L]a notion de 'secrétaire administratif' indique le grade auquel Monsieur K. a été engagé, en vue de déterminer son niveau de rémunération ; cette indication ne vise pas le contenu spécifique de la fonction et n'établit aucunement que Monsieur K. aurait été engagé pour exercer des fonctions administratives.

La mention 'informatique' indique, par contre, la fonction convenue lors de l'embauche. » ⁽⁶⁸⁾

Or, seule la fonction réellement exercée compte pour évaluer l'existence d'une modification unilatérale d'un élément essentiel. Ni le maintien du grade ni, du reste, celui de la rémunération n'ont de pertinence à ce sujet.

Dans un arrêt du 26 avril 2011 ⁽⁶⁹⁾, la cour du travail de Liège a également eu l'occasion de rappeler l'obligation d'obtenir l'accord du travailleur pour une modification de fonctions et un déplacement. Dans cette espèce particulière, le travailleur avait été muté, avec son accord, en raison d'une fraude. La cour du travail en a donc profité pour rappeler qu'une suspension disciplinaire ne peut pas être infligée à un contractuel si elle n'est prévue que pour les statutaires.

Dans un cas portant sur une « mise en congé administratif » ⁽⁷⁰⁾ faisant suite à l'ouverture d'une enquête pour fraude au sein de l'OTAN, la cour du travail de Bruxelles a également rappelé que, ne s'agissant pas d'une cause de suspension prévue par la législation sur les contrats de travail, cette mise en congé constituait un manquement contractuel dans le chef de l'employeur ⁽⁷¹⁾. Une telle suspension ne représente pas une modification unilatérale de la fonction, mais bien un manquement grave à l'obligation de faire travailler : la cour aurait cependant certainement adopté la même position si le travailleur en question avait, par exemple, été rétrogradé dans l'attente de l'issue de l'enquête, et non pas suspendu.

Si l'employeur ne peut donc, en règle générale, modifier unilatéralement la fonction d'un travailleur contractuel de la fonction publique, cela a également pour conséquence que le travailleur ne peut prétendre à une modification de fonction. Un contractuel de l'État fédéral avait saisi le président du tribunal du travail de Bruxelles, en référé, en vue de contester le refus de son employeur d'accéder à sa demande de détachement au sein de la Commission européenne. Le président du tribunal débouta le travailleur, au motif, notamment, qu'il ne disposait d'aucun droit subjectif au changement :

(68) C. trav. Bruxelles, 14 septembre 2010, *Chron. D.S.*, 2011/1, p. 28.

(69) C. trav. Liège, 26 avril 2011, *Chron. D.S.*, 2013/4, p. 199.

(70) Il s'agit donc d'une forme de suspension dans l'intérêt du service, pratique courante à l'égard des statutaires.

(71) C. trav. Bruxelles, 12 septembre 2006, *J.T.T.*, 2007, pp. 113 et s.

« Un travailleur ne peut imposer à l'employeur une modification unilatérale aux éléments essentiels de son contrat de travail, tel qu'un détachement chez un autre employeur. » ⁽⁷²⁾

4.2. La rémunération

En termes de rémunération, le tribunal du travail de Nivelles a, dans un jugement intéressant, rappelé la dichotomie existant entre les statutaires et les contractuels en matière de rémunération. Le tribunal a évoqué tout d'abord que, en règle générale, les agents de l'administration publique sont occupés dans un régime statutaire et que, dans ce cas, « leurs conditions de travail et de rémunération sont fixées dans un statut administratif et pécuniaire. [...] Le montant de [leur] traitement ainsi que les éventuels primes et avantages [leur] sont accordés en fonction des règles et conditions énoncées par ce statut » ⁽⁷³⁾.

En ce qui concerne les contractuels, le tribunal a rappelé que le montant de la rémunération est déterminé par un accord entre les parties. Conformément à l'article 1134 du Code civil, cette modification unilatérale d'un élément convenu, et par ailleurs essentiel, n'est pas permise. En l'espèce, le tribunal a considéré que le CPAS ne pouvait pas modifier unilatéralement le montant de la rémunération accordé à la travailleuse, en supprimant une allocation pour diplôme inscrite dans le barème applicable aux agents statutaires auquel le contrat se référait et, par ailleurs, payée depuis plus de deux ans.

Ce jugement met en exergue la différence fondamentale existant en termes pécuniaires entre statutaires et contractuels : si un statutaire perçoit un montant non prévu par le statut pécuniaire et les dispositions réglementaires, il doit, en règle générale, procéder à sa restitution. Par contre, l'octroi récurrent, à un travailleur contractuel, d'une certaine rémunération entraîne la création d'un usage interdisant par la suite à l'employeur d'en exiger le remboursement ou d'en supprimer le paiement pour l'avenir.

Dans un jugement du 22 décembre 2008, le tribunal du travail de Mons a également consacré la prééminence du principe d'interdiction de modification d'un élément essentiel ou convenu sur la loi du changement dans les services publics. Dans le cas soumis au tribunal, le SPF Finances avait mis un terme à la fonction de chef d'équipe d'un contractuel ainsi qu'à la prime accordée en raison de l'exercice de cette fonction. Le tribunal a relevé que :

« Même s'il n'y a pas eu d'avenant écrit au contrat de travail de Madame S. constatant ses conditions de travail, cette manière d'exécuter le contrat pendant plusieurs années constitue 'les conditions convenues'. [...] En application des principes évoqués ci-dessus, le SPF Finances – employeur public ayant choisi le contrat de travail pour s'adjoindre les services de Madame S. – ne peut se prévaloir des principes généraux du droit administratif – dont la loi du changement – pour modifier de manière unilatérale les conditions de travail ainsi convenues. [...] »

(72) Prés. Trib. trav. Bruxelles, 15 février 2005, *Chron. D.S.*, 2007/7, p. 529.

(73) Trib. trav. Nivelles, 9 septembre 2005, *Chron. D.S.*, 2007/1, p. 35.

En modifiant les conditions de travail convenues sans l'accord de Madame S., le SPF Finances a manqué à ses obligations contractuelles et a ainsi commis une faute » ⁽⁷⁴⁾.

Dans un arrêt inédit, la cour du travail d'Anvers a, de même, décidé que la Région flamande ne pouvait pas supprimer unilatéralement une « indemnité de séjour » (« *verblijfsvergoeding* ») forfaitaire inscrite dans le contrat de travail ⁽⁷⁵⁾ d'un receveur régional.

La suppression de cette indemnité résultait de l'adoption d'un nouveau statut pour les receveurs régionaux, statut prenant la forme d'un arrêté du gouvernement de la Région. Ce nouveau statut prévoyait, à côté de la suppression de l'indemnité de séjour, l'octroi de nouveaux remboursements de frais, tels que les frais de déplacements et une indemnité de repas.

La cour a relevé qu'il importait peu que la Région ait décidé d'accorder un remboursement pour d'autres frais : cela ne compensait pas la suppression d'un avantage contractuel.

Pour la cour, la Région ne pouvait ni se prévaloir du nouveau statut qu'elle avait adopté, ni d'un « principe de changement dans le secteur public » pour modifier unilatéralement un élément convenu dans le contrat de travail ⁽⁷⁶⁾. La cour du travail de Bruxelles a également statué en ce sens en 2013 ⁽⁷⁷⁾.

4.3. Le lieu de travail

En matière de lieu de travail, la cour du travail de Liège, section Namur ⁽⁷⁸⁾, a décidé que le travailleur contractuel du service public pouvait se prévaloir du caractère convenu du lieu de travail. En l'espèce, le contrat de travail mentionnait explicitement que le contrat devait être exécuté à Saint-Servais. En déplaçant la travailleuse sans son accord, l'employeur public a commis une faute.

(74) Trib. trav. Mons, 22 décembre 2008, *J.T.T.*, 2009, pp. 77-79.

(75) C. trav. Anvers, 7 octobre 2008, In., R.G. n° 2070223. D'importants extraits de cet arrêt sont cités et commentés dans I. DE WILDE, S. AERTS et R. JANVIER, *De eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden van het (contractueel) overheidspersoneel*, Brugge, die Keure, 2014, pp. 207-210.

(76) Il est intéressant de souligner qu'un receveur régional statutaire avait également contesté cette suppression de l'indemnité de séjour. Dans son cas, la cour d'appel d'Anvers a débouté le travailleur, au motif qu'il ne pouvait, en tant que statutaire, se prévaloir d'un droit au maintien de ses conditions de travail et que la modification n'était pas manifestement déraisonnable (Anvers, 19 octobre 2009, R.G. n° 2007/AR/3254, également cité par I. DE WILDE, S. AERTS et R. JANVIER, *De eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden van het (contractueel) overheidspersoneel*, Brugge, die Keure, 2014, p. 210, note 903).

(77) C. trav. Bruxelles, 15 janvier 2013, *J.T.T.*, 2013, pp. 211-214.

(78) C. trav. Liège (sect. Namur), 14 avril 2005, *R.G.D.C.*, 2007, pp. 88-95, note P. WÉRY.

4.4. Autres modifications

Il faut relever, enfin, que la cour du travail de Mons a été confrontée à la question de l'existence d'une modification unilatérale d'un élément (essentiel ou accessoire) du contrat de travail dans le chef du Forem. En l'occurrence, le Forem avait gelé le budget de recherches externes. Deux travailleurs (licenciés pour motif grave) considéraient que ce gel du budget pouvait constituer une modification d'un élément du contrat de travail. La cour du travail de Mons jugea, au contraire, qu'il ne s'agissait d'une atteinte ni à un élément essentiel ni à un élément accessoire du contrat ⁽⁷⁹⁾. L'incidence du caractère public de l'employeur ne fit cependant pas l'objet de débats.

V. Pistes de réflexion pour une plus grande flexibilité

De ces discussions de la doctrine et de la jurisprudence concernant l'application de la doctrine du *ius variandi* aux contractuels de la fonction publique, il ressort que – contrairement à ce qui est peut-être habituellement considéré – il y a bien une certaine rigidité dans les relations de travail contractuelles au sein des services publics. Cette rigidité contraste singulièrement avec le principe de changement, qui permet de procéder quant à lui, dans une certaine mesure, à des modifications unilatérales à l'égard du personnel statutaire.

Bien qu'une limitation claire des champs d'application respectifs du principe de changement (pour les statutaires) et de l'interdiction de modification unilatérale (pour les contractuels) soit positive en soi, on ne peut rester insensible aux difficultés qu'une telle limitation engendre en pratique.

L'application non automatique, aux contractuels, des modifications aux dispositions statutaires est en effet problématique pour beaucoup d'employeurs publics ⁽⁸⁰⁾. Nous envisageons dès lors des options permettant d'aboutir à une plus grande flexibilité dans les relations de travail entre l'autorité publique et les membres du personnel contractuel. Nous examinons ci-après quelques propositions.

5.1. La statutarisation

Une première solution, de bon sens, pour résoudre les difficultés résultant de l'interdiction de modification des conditions de travail d'un contractuel n'est autre que... de nommer le membre du personnel contractuel en qualité de statutaire. En nommant l'agent initialement contractuel, l'autorité publique disposera d'une plus grande latitude en termes de modifications unilatérales, puisqu'elle pourra se prévaloir du principe du changement ⁽⁸¹⁾.

(79) C. trav. Mons, 12 juin 2006, R.G. n^{os} 18.707 et 18.715.

(80) Pareil changement des dispositions statutaires modifie des conditions de travail convenues (par exemple, les échelles de traitement, le nombre de jours de vacances, des éléments secondaires tels que les chèques repas, etc.), ce qui implique en principe de demander l'accord du travailleur. Il faut constater que cet accord n'est pas systématiquement demandé en pratique.

(81) Cet engagement sous statut devra nécessairement passer par une procédure de recrutement statutaire. Ce n'est donc qu'au terme d'une procédure objective que le contractuel pourra, le cas échéant, être nommé.

Évidemment, une telle solution peut difficilement se concevoir lorsque le pouvoir public est confronté à une situation conflictuelle avec un contractuel. On conçoit mal de sortir de ce conflit par une nomination, qui pourrait être perçue comme un « encouragement » à la contestation.

Il n'en demeure pas moins qu'en amont, avant tout différend, les autorités publiques investies d'un service nécessitant de fréquents changements (par exemple en termes de charge de travail dans certaines fonctions ou en certains lieux) auraient intérêt à privilégier l'engagement statutaire.

Certes, la décision d'engagement sous statut ⁽⁸²⁾ plutôt que sous contrat n'est pas uniquement liée à la nécessité de changement dans l'exécution du contrat. D'autres facteurs, d'ordre pécuniaire (pensions...), relatifs à la faculté de remplacement ou à la fin de l'occupation sont évidemment prépondérants. Les employeurs publics gagneraient cependant, dans le cadre d'une gestion efficace des ressources humaines, à tenir compte de cet aspect lors de la décision de recourir à l'engagement statutaire ou contractuel ⁽⁸³⁾.

Comme exposé ci-avant, cette solution n'est pas la panacée. Le principe de changement ne permet pas tout changement : par le biais de la notion de « sanction disciplinaire déguisée » ou encore, le cas échéant, par la protection contre le harcèlement, le statutaire pourra contester son déplacement ou la modification de sa fonction. Il n'en demeure pas moins que la relation statutaire permet une plus grande flexibilité.

5.2. Une limitation des contrats de travail à l'essentiel

Une autre suggestion qui pourrait, de prime abord, être soumise aux autorités publiques en vue d'assurer une plus grande flexibilité serait de rédiger des contrats de travail excessivement courts, limitant les dispositions convenues au strict nécessaire ⁽⁸⁴⁾.

Cette manière d'agir permettrait d'éviter que certains éléments des relations de travail soient considérés comme « convenus ». En conséquence, compte tenu de la jurisprudence de la Cour de cassation, ces éléments non convenus pourraient être modifiés unilatéralement pour autant qu'ils ne soient pas considérés comme essentiels.

Ceci étant, cette solution peut s'avérer rapidement bancal. En effet, le contrat de travail n'est pas la seule source de droit. Les conditions convenues peuvent découler d'autres instruments que le seul contrat de travail. Les sources écrites ne sont pas les seules concernées. D'éventuels accords verbaux pourraient également être démontrés par l'exécution du contrat de travail.

(82) Il va sans dire que cet engagement devra être précédé d'une procédure de recrutement...

(83) Pour peu, bien entendu, que ce choix soit possible, c'est-à-dire que les conditions de l'engagement contractuel soient rencontrées.

(84) Il faudra cependant veiller, bien entendu, à ce que cela ne pose pas de problème en ce qui concerne la validité du contrat de travail.

De plus, une gestion solide et transparente des ressources humaines se concilie mal avec un contrat de travail limité à quelques articles. Pareil contrat de travail mènerait à des incertitudes, voire peut-être même à une certaine méfiance du travailleur. La remise d'une brochure d'accueil ou la mise à disposition d'informations sur l'Intranet ne seraient de toute façon pas un luxe superflu en cette hypothèse. Or, cela risque d'être, en cas de contestation judiciaire, un matériel propice à la preuve du caractère convenu des conditions de travail qui y figurent.

5.3. La qualification conventionnelle d'un élément comme accessoire

Compte tenu de ce qui a été exposé au point précédent, une solution plus efficace consiste à qualifier, conventionnellement, les éléments susceptibles de devoir être modifiés d'éléments accessoires. En prévoyant, dans le contrat de travail, que les parties considèrent que le lieu de travail⁽⁸⁵⁾, le contenu concret de la fonction⁽⁸⁶⁾ ou d'autres éléments constituent des éléments accessoires⁽⁸⁷⁾, l'autorité publique obtient une marge plus grande s'il s'avère par la suite nécessaire de modifier ces éléments.

Cette qualification conventionnelle d'un élément comme « accessoire » permet alors aux parties de convenir du droit de modifier unilatéralement cette condition de travail⁽⁸⁸⁾. En faisant usage de cette possibilité de modification⁽⁸⁹⁾, l'employeur exercerait un droit contractuel⁽⁹⁰⁾.

Il ne faut cependant pas abuser de cette qualification conventionnelle. Certaines conditions de travail seront considérées, par les juridictions, comme essentielles, même si elles ont été qualifiées d'accessoires par les parties. La rémunération, voire les avantages extra-légaux ne peuvent valablement être qualifiés d'accessoires^{(91), (92)}.

(85) La qualification du lieu de travail comme un élément non essentiel est fréquemment dépendant des circonstances de l'espèce et de ce qui a été convenu précisément entre les parties (voy. par exemple C. trav. Liège (sect. Namur), 14 avril 2005, *R.R.D.*, 2005, p. 167 ; C. trav. Liège, 17 décembre 2003, *J.T.T.*, 2005, p. 6 ; C. trav. Liège (sect. Namur), 11 décembre 2003, *Chron. D.S.*, 2004, p. 455.

(86) En ce qui concerne la modification unilatérale de la fonction, la jurisprudence considère presque systématiquement qu'il s'agit d'un élément essentiel (voy. par exemple C. trav. Bruxelles, 18 décembre 2012, *J.T.T.*, 2013, p. 195 ; C. trav. Bruxelles, 1^{er} octobre 2010, *J.T.T.*, 2011, p. 122 ; C. trav. Bruxelles, 14 septembre 2010, *Chron. D.S.*, 2011, p. 27, note ; Trib. trav. Liège, 28 novembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 41 ; C. trav. Anvers, 7 décembre 2005, *Chron. D.S.*, 2006, p. 332).

(87) Voy. aussi S. GILSON, « La modification unilatérale du contrat de travail : vue d'ensemble », in S. GILSON (éd.), *La modification unilatérale du contrat de travail*, Liège, Anthémis, 2012, p. 19.

(88) Voy. S. GILSON et L. DEAR, « La modification unilatérale des conditions de travail: un fait unique, des conséquences multiples et variées », in J. JACQMAIN (éd.), *Une terre de droit du travail: les services publics*, Brussel, Bruylant, 2005, p. 300.

(89) En néerlandais : « *het wijzigingsbeding* ».

(90) Voy. entre autres P. HUMBLET, « *Ius dominandi of ius variandi : what's in a name ?* », *R.W.*, 1994-95, p. 242 et I. VAN PUYVELDE, « *De vermoedelijke wil tot verbreken* », in M. RIGAUX et W. RAUWS (éds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 8*, Antwerpen, Intersentia, 2010, pp. 304-305.

(91) Voy. par exemple Cass., 23 décembre 1993 (l'utilisation privée de la voiture d'entreprise).

(92) Certains auteurs défendent néanmoins qu'il est possible à l'employeur de qualifier certains éléments rémunérateurs d'éléments accessoires et qu'« ainsi l'employeur peut modaliser l'octroi d'un avantage en nature tel qu'une voiture de société » (voy. S. GILSON, « La modification unilatérale du contrat de travail : vue d'ensemble », in S. GILSON (éd.), *La modification unilatérale du contrat de travail*, Liège, Anthémis, 2012, pp. 20-21 et les références citées).

Une clause permettant la modification unilatérale d'un tel élément essentiel sera considérée comme nulle, conformément à l'article 25 de la loi relative aux contrats de travail. En effet, l'article 25 de la loi relative aux contrats de travail interdit à l'employeur de se réserver la possibilité de modifier unilatéralement les conditions de travail. Comme nous avons eu l'occasion de le relever (voy. *supra*, 2.2.5.1), cette disposition ne concerne cependant que les éléments essentiels de la relation de travail.

Ceci étant, en l'absence d'une définition uniforme et claire de la notion de conditions de travail « essentielles », les tribunaux pourraient, par une appréciation en fait, considérer certains éléments comme accessoires.

La spécificité du secteur public, résultant de son obligation de pourvoir à un service aux citoyens, pourrait mener à considérer que l'une ou l'autre condition de travail n'est pas, en l'espèce, un élément essentiel.

En cela, les juridictions pourraient, *de facto*, assouplir l'interdiction de modification, en ne remettant pas en cause l'interdiction de modification d'un élément essentiel, mais en considérant qu'une condition de travail, telle que la fonction ou le lieu de travail, n'est pas, en fonction des circonstances de l'affaire, essentielle.

Dans ce contexte, les employeurs publics ont tout intérêt à motiver, substantiellement, leur décision de modification unilatérale. En effet, l'exposé du motif (par hypothèse d'intérêt général) d'un changement de fonction, de lieu de travail, etc. constituera certainement un élément important du débat judiciaire. L'appréciation par le juge d'un changement résultant d'une forme de sanction disciplinaire déguisée ou, au contraire, d'une modification nécessaire à la bonne exécution du service public sera certainement différente.

5.4. De lege ferenda

De lege ferenda, une autre piste peut être envisagée pour aboutir à une plus grande flexibilisation des relations de travail contractuelles ⁽⁹³⁾. Elle consiste à permettre à l'employeur public d'imposer, à une collectivité de travailleurs, une modification des conditions de travail, moyennant accord syndical. Il s'agirait donc de mettre en place un mécanisme de modification collective des conditions de travail, moyennant l'accord des représentants des travailleurs.

(93) L'exemple suivant permet d'illustrer le propos. Un conseil communal approuve, après concertation syndicale conforme à la loi de 1974 et conclusion d'un protocole d'accord, une modification du statut des agents locaux. Cette modification prévoit la suppression d'un sursalaire pour travail du samedi mais, en contrepartie, une augmentation de la part patronale dans les chèques-repas. Pour les statutaires, cette modification entre après en vigueur, l'adoption de la modification par le conseil communal. Il n'en est rien pour les contractuels : ce changement requiert, en principe, l'accord individuel de chaque travailleur sous contrat.

Cette proposition pourrait se formaliser par une modification de la loi du 19 décembre 1974 ^{(94), (95)}. Elle reconnaîtrait un caractère contraignant aux dispositions « collectives » prises après concertation ou négociations avec les organisations syndicales. Dans ce cadre, les conditions de travail individuelles céderaient le pas face au fruit de la négociation collective. Les dispositions des contrats de travail individuels contraires aux dispositions prises avec un accord syndical dans le cadre de la loi du 19 décembre 1974 seraient frappées de nullité. Cela permettrait, par exemple, de réorganiser les fonctions d'un service par le biais d'un accord collectif, qui modifierait collectivement les conditions de travail individuelles.

Cette proposition est inspirée du mécanisme analogue que nous retrouvons dans la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives ⁽⁹⁶⁾, par lequel une convention collective peut modifier les conditions de travail individuelles. Les dispositions d'un contrat de travail contraires à celles d'une convention collective sont, en effet, frappées de nullité ⁽⁹⁷⁾.

C'est ainsi qu'un paragraphe pourrait être ajouté, en ce qui concerne les matières soumises à négociation syndicale, à l'article 2 de la loi du 19 décembre 1974. Ce paragraphe pourrait être libellé comme suit :

« Article 2, § 4. Les dispositions du contrat de travail individuel qui sont contraires à une loi, un décret, une ordonnance, les arrêtés ou règlements, règles générales ou directives générales prises conformément à la présente procédure sont nulles. »

En matière de concertation syndicale, une disposition analogue pourrait être ajoutée à l'article 11 de la loi du 19 décembre 1974.

Nous insistons sur le fait qu'une telle mesure *de lege ferenda* ne pourrait être prise que dans l'hypothèse où il y a eu effectivement accord avec les organisations syndicales. Il serait difficilement concevable qu'un projet soumis à négociation ou concertation, mais n'ayant pas recueilli l'accord syndical, puisse entraîner la nullité des dispositions individuelles inscrites dans les contrats de travail contraires à celles-ci.

Cette proposition aboutirait à une forme plus grande de « contractualisation » de la négociation sociale du secteur public, à l'instar de celle du secteur privé, et qui permettrait de corriger l'impossibilité absolue, ou presque absolue, de modification unilatérale d'un élément essentiel ou convenu de la relation de travail.

VI. Conclusion

Il ressort de la jurisprudence et de la doctrine examinées que, en matière de modification unilatérale des éléments essentiels ou convenus de la relation de travail des

(94) Loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités, *M.B.*, 24 décembre 1974.

(95) Voy. aussi I. DE WILDE et P. HUMBLET, « Collectieve arbeidsovereenkomsten in de publieke sector? Een tweeluik », *R.D.S.*, 2015/1-2, pp. 355-356.

(96) Loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, *M.B.*, 15 janvier 1969.

(97) Voy. l'article 11 de la loi du 5 décembre 1968.

contractuels de la fonction publique, les tenants de la théorie de « l'acte équipollent à rupture », issue du droit du travail du secteur privé, ont clairement pris le pas sur le principe de mutabilité, issu du droit administratif. En cette matière, plus encore que dans d'autres, il n'y a pas eu combinaison harmonieuse des principes dégagés respectivement par le droit social et le droit administratif. Tout simplement, l'application du droit social a exclu, purement et simplement, le principe de la loi du changement.

Si cette prééminence de l'interdiction de modification unilatérale nous semble devoir être suivie, en règle générale, il n'en demeure pas moins qu'elle gagnerait à être assouplie dans certaines circonstances, vu la nécessité impérieuse, pour les pouvoirs publics, de continuer à assurer le service aux citoyens.

Dépourvues de l'instrument de la convention collective, les autorités publiques se trouvent, en réalité, dans une situation plus difficile encore que les employeurs du secteur privé. Si l'interdiction de modification unilatérale s'applique tant aux contractuels du secteur public qu'à leurs homologues du secteur privé, cette interdiction se trouve assouplie par la faculté de conclure une convention collective qui sera, dans tous les cas, hiérarchiquement supérieure au contrat de travail. Cet instrument qu'est la convention collective de travail n'étant pas disponible pour les employeurs publics (sauf de rares exceptions ⁽⁹⁸⁾), cela signifie que les pouvoirs publics ne peuvent modifier unilatéralement les éléments essentiels ou convenus qu'en recueillant l'accord individuel de chaque travailleur concerné.

Il pourra certes être répondu que l'autorité publique a délibérément engagé un travailleur sous contrat de travail, alors que l'engagement statutaire lui aurait garanti une plus grande souplesse. Il n'en demeure pas moins que, dans ce domaine comme dans beaucoup d'autres, nous pensons que tant les travailleurs que les employeurs gagneraient à disposer d'un *corpus* juridique plus précis pour l'engagement sous contrat de travail dans les services publics. Nous pourrions alors forger, dans cette législation consacrant la spécificité des contractuels de la fonction publique, une combinaison harmonieuse des dispositions du droit du travail et des principes généraux de droit administratif ⁽⁹⁹⁾. Cette alchimie est-elle vraiment impossible ?

(98) Voy. aussi I. DE WILDE et P. HUMBLET, « Collectieve arbeidsovereenkomsten in de publieke sector? Een tweeluik », *R.D.S.*, 2015/1-2, pp. 341-342.

(99) L'enjeu sera identique en matière de motivation du licenciement des travailleurs non soumis à la loi du 5 décembre 1968. Une simple transposition de la convention collective de travail n° 109 ferait l'impasse sur les obligations spécifiques aux autorités publiques. L'établissement de directives claires en matière de motivation et de procédure préalable au licenciement permettrait de mettre un terme aux débats actuels sur l'application des principes *audi alteram partem* et des droits de la défense, ainsi que de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.