

Le point sur le licenciement des agents contractuels dans le secteur public

Jonathan DE WILDE D'ESTMAEL

Maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles

Assistant-doctorant à l'Université catholique de Louvain

Avocat SOTRA

Cet article a pour ambition de faire le point sur les aspects du droit du licenciement, spécifiques au secteur public (audition préalable, motivation, mention des voies de recours) suite aux arrêts récents prononcés dans cette matière par la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle.

L'auteur y expose la manière dont les obligations qui demeurent doivent concrètement être mises en œuvre, en illustrant son propos au moyen d'une jurisprudence abondante et souvent inédite des juridictions du travail et du Conseil d'État.

Il s'agit, en d'autres mots, d'offrir au lecteur une mise à jour de la liste des contraintes particulières qui pèsent sur les employeurs publics lorsqu'ils décident de se séparer d'un de leurs collaborateurs.

TABLE DES MATIÈRES

I.	Introduction	2
II.	L'audition préalable	2
A.	Un droit finalement largement reconnu aux contractuels	2
B.	Un droit applicable à toutes les situations de licenciement ?	4
C.	Le contenu concret de l'obligation d'audition préalable	7
D.	Les sanctions	8
III.	La motivation	9
A.	L'affirmation traditionnelle d'un droit de rupture « discrétionnaire » en droit du travail	9
B.	Une obligation de motivation (formelle) spécifique au secteur public en voie de disparition...	10
C.	La reconnaissance d'une obligation générale de motivation <i>a posteriori</i> dans le secteur privé	12
D.	Vers une application analogique de la C.C.T n° 109 au secteur public ?	13
E.	L'arrêt n° 84/2018 du 5 juillet 2018 de la Cour constitutionnelle	14
F.	La sanction	16
IV.	L'indication des voies de recours	16
V.	Conclusion	17

I. Introduction

Le licenciement des contractuels de la fonction publique est au cœur de nombreuses controverses doctrinales et jurisprudentielles depuis plus de 30 ans. Ces 5 dernières années ont néanmoins été marquées par une succession d'arrêts de principe, tantôt de la Cour de cassation tantôt de la Cour constitutionnelle, dont le moins que l'on puisse dire est qu'ils ont eu le « chic » de surprendre et de brouiller les cartes. Je constate, sur le terrain, que les administrations sont nombreuses qui, s'étant arrêtées à l'épisode du 12 octobre 2015, pensent qu'aucune obligation particulière ne leur échoie, tant sur le plan de la motivation que de l'audition préalable. Elles risquent d'être un peu surprises si elles lisent les lignes qui suivent...

Dans la présente contribution, j'ai souhaité faire le point, c'est-à-dire présenter le dernier état de la jurisprudence, autour de quatre questions concrètes : faut-il (toujours) entendre l'agent avant de le licencier ? Faut-il une justification particulière pour pouvoir licencier un agent dans le secteur public ? Doit-on inscrire ces motifs dans le courrier de licenciement ? Faut-il inscrire les voies de recours dans le courrier ?

J'ai volontairement fait l'impasse sur les développements doctrinaux qui concernent ces questions. Il était en effet impossible, dans le nombre de pages qui m'était imparti, de faire état, même en les résumant, de tous les arguments échangés pendant parfois plus de 30 années de controverses. Je me suis focalisé sur les solutions actuellement arrêtées, n'abordant les éléments des anciennes controverses que dans la mesure où un tel développement s'avérerait nécessaire pour éclairer la situation actuelle.

II. L'audition préalable

A. Un droit finalement largement reconnu aux contractuels

À l'exception de quelques conventions sectorielles particulières, le droit du travail n'impose pas aux employeurs d'entendre un travailleur en ses explications avant de le licencier¹. Tout au plus, certains juges

1. C. trav. Bruxelles, 16 janvier 2017, R.G. n° 2014/AB/1145, commenté par B. PATERNOSTRE dans *Orientations*, 2017/4, p. 22 ; C. trav. Bruxelles, 13 avril 2010, R.G. n° 2008-AB-51577 ; C. trav. Bruxelles, 19 mai 2014, R.G. n° 2012-AB-242, www.socialweb.be.



considèrent-ils, dans les situations les plus iniques², que ne pas avoir pris la peine de permettre au travailleur de s'expliquer constitue un abus de droit, une violation du principe d'exécution de bonne foi des conventions inscrit à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil et/ou un manquement à l'obligation, inscrite à l'article 16 de la loi du 3 juillet 1978, de respect et d'égards mutuels³.

Dans le secteur public, le principe général de droit administratif « *audi alteram partem* » contraint cependant les administrations actives d'« entendre »⁴ une personne avant de prendre à son égard une mesure susceptible d'affecter gravement sa situation personnelle, en particulier lorsque cette mesure est dictée par des considérations liées à sa personne ou à son comportement⁵. La question se posait dès lors de savoir si ces autorités devaient également respecter ce principe dans leurs rapports avec leur personnel contractuel et, plus particulièrement, lorsqu'elles décident de licencier un contractuel pour des motifs liés à sa conduite. Jusqu'il y a peu, la doctrine⁶ et la jurisprudence⁷ se prononçaient majoritairement en faveur de l'application du principe de l'audition

préalable en cas de licenciement dans le secteur public, en faisant toutefois généralement une exception du licenciement pour motif grave⁸. Dans ce cas en effet, on jugeait que le principe « *audi alteram partem* » était *a priori*⁹ incompatible avec le respect du délai de 3 jours prévu à l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978. Une tendance minoritaire, essentiellement au nord du pays, refusait cependant l'idée même que les principes généraux du droit administratif puissent s'appliquer à une relation régie par un contrat de travail¹⁰. Dans un arrêt du 12 octobre 2015¹¹, la Cour de cassation avait pris le contre-pied de la tendance majoritaire en jugeant qu'il ne saurait être imposé aux employeurs publics, en vertu du principe général de bonne administration, l'obligation d'entendre un agent contractuel avant de le licencier. La Cour de cassation relevait que les règles relatives à la cessation des contrats de travail à durée indéterminée (reprises aux articles 32, 3^o, 37 et 39 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail) ne prévoyaient pas une telle obligation. Elle estimait qu'en imposant l'obligation d'audition aux employeurs publics, les juges dérogeaient au prescrit de la loi du 3 juillet 1978. Or, poursuit la Cour, il ne peut être dérogé au

2. Il s'agit le plus souvent de travailleurs bénéficiant d'une grande ancienneté sans reproche au sein de l'entreprise qui sont « jetés dehors » sur base de griefs imputés par l'employeur avec une légèreté fautive.
3. Voir notamment C. trav. Liège, 21 septembre 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 143 ; C. trav. Anvers, 22 avril 1983, *Chron. D.S.*, 1984, p. 15 ; O. DEPRINCE, « Audition préalable et motivation du licenciement : un état de la question et réflexions », in M. DUMONT (dir.), *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, CUP, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 137.
4. Il n'est pas toujours requis que le destinataire de l'acte soit entendu personnellement et oralement. Le Conseil d'État a en effet déjà jugé que le fait que celui-ci ait eu la possibilité de faire valoir ses observations par l'intermédiaire de son conseil (C.E., 12 décembre 2002, Taymans, n° 113.544) ou par écrit (C.E., 26 février 2014, Louvet, n° 226.552 ; C.E., 1^{er} août 2012, Shabani, n° 220.401, p. 9 ; C.E., 18 novembre 2004, Lomastro, n° 137.261) pouvait dans certains cas suffire.
5. F. PIET, D. RENDERS et A. TRYBULOWSKI, « Les droits de la défense et les actes unilatéraux de l'administration : où l'unilatéralité ne va pas sans contradiction », in P. MARTENS (sous la direction de), *Les droits de la défense*, Formation permanente CUP, vol. 146, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 71 à 79.
6. Voir notamment V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 873 ; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 169 à 191 ; M. DETRY et D. CASTIAUX, « La discipline des contractuels : quelle spécificité ? » in J. JACQMAIN (dir.), *Une terre de droit du travail : les services publics*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 229 ; Th. STIEVENARD, « Le licenciement des agents contractuels des collectivités locales », *Rev. dr. commun.*, 4/2003, pp. 47 à 81 ; M. DAVAGLE, « Le licenciement est-il une mesure disciplinaire ? », in S. GILSON (coord.), *Discipline et surveillance dans la relation de travail*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2013, p. 180 ; M. JOURDAN, « La rupture de la relation de travail des membres du personnel soumis à la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail », J. JACQMAIN (dir.), *Une terre de droit du travail : les services publics*, pp. 342 et 343 ; L. DEAR, « L'audition préalable et la motivation du congé », in Ch.-E. CLESSE et S. GILSON (coord.), *Le licenciement abusif*, Limal, Anthemis, 2009, p. 107 ; O. DEPRINCE, « Audition préalable et motivation du licenciement : un état de la question, quelques réflexions », o.c., p. 143 ; J. JACQMAIN, « Le licenciement des travailleurs contractuels dans les services publics : avec ou sans motivation formelle ? », *Chron. D.S.*, 2007, p. 515 ; W. RAUWS, « Aansprakelijkheids- en tuchtrekening voor contractuelen bij de overheid », in M. DE VOS et I. PLETS (éd.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Bruges, die Keure, 2005, pp. 156 à 163.
7. C.E., 24 octobre 2011, n° 215.972 ; C. trav. Bruxelles, 26 novembre 2002, *Chron. D.S.*, 2003, p. 458, note J. JACQMAIN ; C. trav. Bruxelles, 10 décembre 2003, *J.T.T.*, 2005, p. 185, note J. JACQMAIN ; C. trav. Bruxelles, 30 mai 2006, *J.T.T.*, 2007, p. 522 ; C. trav. Bruxelles, 18 décembre 2008, *J.T.T.*, 2009, p. 153 ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 25 mai 2011, *J.T.T.*, p. 2011, p. 473 ; C. trav. Bruxelles, 14 février 2012, *J.T.T.*, 2012, p. 213 ; C. trav. Bruxelles, 23 avril 2012, *J.T.T.*, 2012, p. 284 ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 8 janvier 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 228 ; C. trav. Bruxelles, 14 juillet 2014, R.G. n° 2013/AB/520, www.socialweb.be ; C. trav. Liège, 9 novembre 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 73 ; C. trav. Liège (sect. Namur), 26 avril 2011, R.G. n° 8.850, www.juridat.be ; C. trav. Liège (sect. Neufchâteau), 20 novembre 2014, inédit, R.G. n° 2013/AU/69 ; C. trav. Mons, 12 mai 2010, R.G. n° 21.557, www.juridat.be ; C. trav. Mons, 10 janvier 2011, *J.T.T.*, 2012, p. 10, note H. DECKERS et *Chron. D.S.*, note J. JACQMAIN ; C. trav. Mons, 21 novembre 2012, *Chron. D.S.*, 2013, p. 381 et *J.L.M.B.*, 2013, p. 1227 ; C. trav. Mons, 20 avril 2015, R.G. n° 2013/AM/70, www.terralaboris.be ; C. trav. Gand (sect. Bruges), 24 avril 2012, inédit, R.G. n° 2010/AR/101 ; Trib. trav. Mons (sect. La Louvière), 23 octobre 2009, inédit, R.G. n° 08/1322 ; Trib. trav. Mons (sect. Mons), 17 juin 2013, inédit, R.G. n° 12/1/A ; Trib. trav. Bruxelles, 30 octobre 2000, *J.T.T.*, 2001, p. 53 ; Trib. trav. Bruxelles, 19 mars 2003, inédit, R.G. n° 31/279/02 ; Trib. trav. Bruxelles, 30 novembre 2006, inédit, R.G. n° 82.087/04.
8. G. JACQUEMART, « Le statut hybride des agents contractuels de la fonction publique locale », *Orientations*, 2014/9, p. 5 ; C. trav. Liège (sect. Namur), 5 août 2008, *J.T.T.*, 2009, p. 14 et *J.L.M.B.*, 2010, p. 636 ; C. trav. Liège, 28 octobre 2008, *J.T.T.*, 2009, p. 43 ; C. trav. Liège, 22 décembre 2010, R.G. n° 36.666/AL/2009, www.juridat.be ; C. trav. Liège (sect. Namur), 28 juin 2011, *Chron. D.S.*, 2013, p. 373 ; C. trav. Bruxelles, 14 juillet 2014, inédit, R.G. n° 2012/AB/958 ; C.E., 13 octobre 2009, Commune d'Ixelles, n° 196.880. *Contra* M. DAVAGLE, « Le licenciement est-il une mesure disciplinaire ? », o.c., p. 182 ; O. DEPRINCE, « Licenciement pour motif grave : faut-il revenir encore sur la question de l'audition préalable ? », in S. GILSON (coord.), *Le congé pour motif grave – Notion, évolutions, questions spéciales*, Limal, Anthemis, 2011, pp. 92 et 93 ; Trib. trav. Mons, 17 juin 2013, inédit, R.G. n° 12/1/A. Voir aussi l'avis plus nuancé de P. JOASSART et N. BONBLED, « Les principes généraux du droit administratif et de bonne administration en droit social », in P.-O. DE BROUX, B. LOMBAERT et F. TULKENS (dir.), *Actualité des principes généraux en droit administratif, social et fiscal*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 104 et 105.
9. Dans un jugement du 17 juin 2013 (inédit, R.G. n° 12/1/A), le Tribunal du travail de Mons avait jugé que le principe d'audition préalable s'appliquait dans un cas de motif grave à défaut pour l'employeur public d'avoir démontré concrètement l'impossibilité d'organiser l'audition dans le délai imparti par l'article 35.
10. K. SALOMEZ et H. FUNCK, « Le licenciement d'un agent contractuel d'un service public, un acte non de droit public mais de droit privé », *Chron. D.S.*, 2013, pp. 337 et 339 ; A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel – juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, Bruges, la Charte, 2007, pp. 582 à 588 ; A. DE BECKER, « Ontslag van contractanten in de publieke sector », in M. RIGAUX et W. RAUWS (éd.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 8*, Anvers, Intersentia, 2010, pp. 145 à 178 ; K. SALOMEZ, « Ontslag van contractanten in overheidsdienst, publiekrecht of privaatrecht ? », note sous Trib. trav. Gand, 6 décembre 2007, *R.W.*, 2008-2009, pp. 1480 à 1485 ; C. trav. Anvers, 20 avril 2009, *Chron. D.S.*, 2013, p. 355 ; C. trav. Gand, 13 février 2013, *Chron. D.S.*, 2013, p. 366 ; C. trav. Bruxelles, 3 septembre 2010, *Chron. D.S.*, 2013, p. 359 ; Trib. trav. Tournai, 7 mars 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 243(extraits) ; C. trav. Liège, 24 juin 2009, *J.T.T.*, 2010, p. 13 ; C. trav. Liège, 5 septembre 2012, *Chron. D.S.*, 2013, p. 337, note F. LAMBINET et S. GILSON.
11. Cass., 12 octobre 2015, *Pas.*, 2015, I, p. 2314 ; *J.T.T.*, 2016, p. 27, note G. LEMAIRE ; *R.A.B.G.*, 2016, p. 943, note V. DOOMS ; *Rev. dr. commun.*, 2016/1, obs. J. BOUVIER et J. VAN BOL ; *T. Gem.*, 2016, p. 125, note S. DE SOMER et V. VUYLSTEKE.



moyen d'un principe général du droit à des dispositions légales¹²...

Cette position a été reprise par les juridictions de fond¹³ ainsi que le Conseil d'État¹⁴, ce qui avait fait croire à certains à la fin de la controverse¹⁵. Elle faisait néanmoins l'objet d'une virulente critique de la part d'une partie de la doctrine¹⁶, qui considérait qu'elle créait une discrimination entre le personnel statutaire des pouvoirs publics, d'une part, et le personnel contractuel des pouvoirs publics, de l'autre, en ce qu'elle aboutit à ce que seuls les premiers bénéficient du droit d'être entendus préalablement à la rupture de la relation de travail et non les seconds¹⁷. Assez rapidement – dans un jugement du 14 avril 2016 –, le Tribunal du travail francophone de Bruxelles saisit la Cour constitutionnelle de la question à l'occasion d'un litige concernant une employée de la Commune d'Evere, licenciée moyennant le paiement d'une indemnité compensatoire. Dans un arrêt du 6 juillet 2017¹⁸, la Cour constitutionnelle lui répond que « les articles 32, 3°, et 37, § 1^{er}, de la loi du 3 juillet 1978 précitée, interprétés comme autorisant une autorité publique à licencier un travailleur avec lequel elle a conclu un contrat de travail pour des motifs liés à sa personne ou à son comportement, sans être tenue d'entendre préalablement ce travailleur, ne sont pas compatibles avec les articles 10 et 11 de la Constitution »¹⁹. Dans cet arrêt, la Cour rappelle que le principe *audi alteram partem* s'impose à l'autorité publique en raison de sa nature particulière, à savoir qu'elle agit nécessairement en tant que gardienne de l'intérêt général et qu'elle se doit, à ce titre, de statuer en pleine connaissance de cause lorsqu'elle prend une mesure grave liée à la personne ou au comportement d'un administré. La Cour décide, ensuite, que la différence objective qui existe entre les agents statutaires et les contractuels ne permet pas de justifier une différence de traitement dans l'exercice du droit

garanti par ce principe de bonne administration *audi alteram partem*²⁰.

Dans cet arrêt n° 86/2017 du 6 juillet 2017, la Cour constitutionnelle condamne dès lors clairement l'interprétation faite par la Cour de cassation du prescrit des articles 32, 37 et 39 de la loi du 3 juillet 1978 et impose désormais – à nouveau – aux employeurs publics de procéder à l'audition préalable de leurs travailleurs avant de prendre une décision de rupture unilatérale de leur contrat de travail²¹.

B. Un droit applicable à toutes les situations de licenciement ?

L'arrêt n° 86/2017 du 6 juillet 2017 concernait le cas d'une personne licenciée moyennant le paiement d'une indemnité compensatoire de préavis en raison de son inaptitude à gérer une équipe. La question s'est très vite posée de savoir si cette solution pouvait être généralisée à toutes les situations de licenciement.

1. Le licenciement pour un motif non lié à la conduite ou à la personne du travailleur

Dans l'arrêt n° 86/2017 du 6 juillet 2017, la Cour constitutionnelle énonce que « B.7. Le principe général de bonne administration *audi alteram partem* impose à l'autorité publique d'entendre préalablement la personne à l'égard de laquelle est envisagée une mesure grave pour des motifs liés à sa personne ou à son comportement. » Peut-on en déduire que le principe d'audition préalable ne s'applique pas lorsque le licenciement est sans rapport avec la personne ou le comportement du travailleur ? Comme nous le verrons de suite, cette question était et demeure largement controversée. Je répondrai néanmoins déjà à la question en relevant que la Cour constitutionnelle, en affirmant que le principe s'applique dans ces deux

12. À s'en tenir au texte de l'arrêt, on constate que la Cour de cassation n'a pas jugé que le principe « *audi alteram partem* » ne s'appliquait pas au licenciement, mais bien que l'application de celui-ci serait contraire au prescrit d'une norme hiérarchiquement supérieure : la loi du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail. En suivant le même raisonnement, on doit alors admettre que les dispositions particulières, que l'on retrouve dans certains règlements de travail ou statuts spécifiques, qui imposent à l'autorité d'entendre leur travailleur avant de les licencier sont elles aussi contraires à la loi du 3 juillet 1978. À ma connaissance, une telle conclusion n'a à ce jour été admise que dans le cadre de licenciement pour motif grave. On se souviendra en effet que la Cour du travail de Mons, dans un arrêt du 21 novembre 2012, avait écarté l'application d'une obligation d'audition préalable inscrite expressément dans le règlement de travail, au motif que celle-ci contrevient au prescrit de l'article 35 de la loi sur le contrat de travail et que cette dernière constituait une norme hiérarchiquement supérieure au règlement de travail (*Chron. D.S.*, 2013, p. 381 et *J.L.M.B.*, 2013, p. 1227 ; *contra* C. trav. Liège, 11 janvier 2013, *Chron. D.S.*, 2013, p. 387).
13. C. trav. Mons, 5 juillet 2017, inédit, R.G. n° 2016/AM/201 ; C. trav. Mons, 28 mars 2017, inédit, R.G. n° 2016/AM/92 ; C. trav. Mons, 18 octobre 2016, R.G. n° 2014/AM/422, www.juridat.be ; C. trav. Mons, 8 décembre 2015, R.G. n° 2014/AM/422, www.juridat.be ; C. trav. Mons, 24 novembre 2015, R.G. n° 2014/AM/213, www.juridat.be ; C. trav. Liège, 13 novembre 2015, inédit, R.G. n° 2014/AL/646 ; C. trav. Liège (sect. Namur), 14 avril 2016, *J.L.M.B.*, 2016, p. 685 ; C. trav. Bruxelles, 26 juin 2017, inédit, R.G. n° 2015/AB/621 ; C. trav. Bruxelles, 20 juin 2017, inédit, R.G. n° 2015/AB/408 ; C. trav. Bruxelles, 28 février 2017, inédit, R.G. n° 2014/AB/1128 ; C. trav. Bruxelles, 18 octobre 2016, inédit, R.G. n° 2014/AN/868.
14. C.E., 27 septembre 2016, la S.C.R.L. Intercommunale d'étude et de gestion (I.E.G.), n° 235.871.
15. R. CAPART et E. DELBROUWIRE, « Le licenciement des agents contractuels du secteur public en 2016 : au milieu du gué », in H. MORMONT (sous la direction de), *Droit du travail tous azimuts*, Formation permanente CUP, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 744 ; V. DOOMS, « Aan de saga van de motivering wordt een abrupt einde gesteld », *R.A.B.G.*, 2016, pp. 956 et 957 ; J. BOUVIER et J. VAN BOL, « L'agent contractuel est-il licenciable ad nutum ? », *Rev. dr. commun.*, 2016/1, p. 18 ; G. LEMAIRE, « La motivation du licenciement des travailleurs 'contractuels' occupés dans les services publics », *J.T.T.*, p. 30 ; A. CASTADOT, « Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public » (deuxième partie), *J.T.T.*, 2017, p. 18.
16. S. GILSON, F. LAMBINET et Z. TRUSGNACH, *Les obligations particulières de l'employeur public lors du licenciement des travailleurs contractuels*, Limal, Anthemis, 2016, 195 p.
17. *Ibid.*, pp. 71 et 72 et 96 et 97.
18. C.C., 6 juillet 2017, n° 86/2017, *Rev. dr. commun.*, 2017/3, p. 31 ; *J.L.M.B.*, 2017, p. 1696, note ma note « L'audition préalable au licenciement dans le secteur public : un partout ? », pp. 1700 à 1707.
19. *Ibid.*
20. *Ibid.*, B.7.
21. Voir ma note sur l'arrêt précité « L'audition préalable au licenciement dans le secteur public : un partout ? », *J.L.M.B.*, 2017, pp. 1700 à 1707.



cas, ne dit pas qu'il ne s'applique pas dans les autres ; que le contexte, factuel autant que légal, de l'affaire dont elle était saisie ne l'obligeait du reste pas à envisager d'autres cas que ceux-là.

Ceci dit, une partie importante de la jurisprudence (antérieure à l'arrêt de la Cour constitutionnelle) juge que l'obligation d'audition préalable ne s'applique que lorsque le licenciement est fondé sur le comportement ou, à tout le moins, la personne du travailleur²². Pierre JOASSART et Nicolas BONBLED considèrent de ce fait que l'obligation d'audition préalable ne trouverait pas à s'appliquer à un licenciement lié à une réorganisation de service²³ ou à celui décidé en raison d'une incapacité de travail et/ou d'une inaptitude dans le poste de travail sans possibilité de reclassement²⁴. Exclure cette seconde hypothèse m'apparaît pour le moins étonnant, dans la mesure où la doctrine – dont les auteurs précités eux-mêmes – est quasiment unanime à admettre l'application de l'adage *audi alteram partem*, non seulement lorsque la mesure est envisagée en raison du comportement de l'intéressé, mais aussi, et plus largement, lorsque celle-ci est en lien avec sa personne. Or, il me semble difficilement contestable qu'une mesure dictée par l'état de santé d'un individu est une mesure prise à l'égard de la personne de celui-ci.

Plus fondamentalement, Steve GILSON, France LAMBINET et Zoé TRUSNAGH reprochent à cette thèse restrictive de « confondre le principe du respect du droit de la défense et les principes de bonne administration et d'équitable procédure, qui, quant à eux, exigent une audition préalable sans pour autant nécessairement impliquer une 'défense' »²⁵. Avec d'autres²⁶, ils mettent l'accent sur le fait que l'obligation trouve également son fondement dans le devoir de minutie et dans l'obligation qui incombe aux autorités publiques de statuer en toute connaissance de cause. Pour eux, la circonstance que la mesure envisagée est susceptible de léser gravement une personne justifierait à elle seule l'obligation d'audition préalable²⁷. Une partie de la jurisprudence va en ce sens. La Cour du travail de Mons a ainsi estimé, dans un arrêt du 10 janvier 2011²⁸, que même dans l'hypothèse d'une restructuration, l'audition conserve un intérêt

dès lors que le travailleur concerné est susceptible, par exemple, de faire des propositions de solution alternative (ex. réaménagement de son temps de travail) ou d'exposer les raisons pour lesquelles sa présence au service de l'employeur serait indispensable.

À mon sens, la gravité de la mesure ne peut pas constituer la seule condition d'application du principe. Parce qu'elle participe au principe de bonne administration, l'obligation d'audition préalable n'a de sens que si elle est de nature à permettre à l'autorité de recueillir des éléments utiles à sa prise de décision. Il me semble dès lors qu'il ne saurait être question d'imposer à l'administration d'entendre un travailleur lorsque l'audition n'est pas susceptible d'influer sur le contenu de la décision²⁹. Cela pourrait être le cas lors d'une fermeture de service, dès lors qu'aucune possibilité de réaffectation n'est envisageable.

2. Le licenciement pour motif grave

Le licenciement pour motif grave constitue, par hypothèse, une mesure dictée par un motif lié au comportement du travailleur. J'ai néanmoins montré plus haut que, dans ce cas, le délai de trois jours dans lequel l'employeur doit procéder au licenciement à partir du moment où il a acquis une connaissance suffisante des faits constituait, aux yeux d'une partie de la jurisprudence, un obstacle à la reconnaissance du droit à l'audition préalable. Dans un arrêt du 22 février 2018³⁰, la Cour constitutionnelle s'est penchée sur la question de savoir si cette exclusion – qui découle cette fois-ci d'une interprétation de l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 – n'était pas, elle aussi, constitutive d'une discrimination à l'égard des contractuels de la fonction publique. Reprenant le raisonnement qu'elle a tenu dans l'arrêt n° 96/2017 du 6 juillet 2017, la Cour y répond par l'affirmative. L'autorité publique doit donc également entendre le travailleur avant de le licencier pour motif grave.

Pour répondre à l'objection liée au respect du délai de trois jours, la Cour constitutionnelle met en exergue, au point B.8.1. de son arrêt, le fait que la jurisprudence admet que l'audition du travailleur puisse, dans certaines circonstances et nonobstant son

22. C. trav. Bruxelles, 22 novembre 2003, *Chron. D.S.*, 2003, p. 458, obs. J. JACQMAIN ; C. trav. Mons, 20 avril 2015, R.G. n° 2014/AM/37, www.terralaboris.be ; Trib. trav. Bruxelles, 12 février 2015, R.G. n° 13/9165, www.socialweb.be ; Cl. WANTIEZ, note sous C. trav. Bruxelles, 8 janvier 2013, *J.T.T.*, p. 228.
23. Voir dans le même sens, O. DEPRINCE, « Audition préalable et motivation du licenciement : un état de la question, quelques réflexions », o.c., p. 138.
24. P. JOASSART et N. BONBLED, « Les principes généraux du droit administratif et de bonne administration en droit social », o.c., p. 102 ; dans le même sens, en ce qui concerne un licenciement décidé en raison d'une incapacité de plus de 6 mois sur la base de l'ancien article 78 de la loi du 3 juillet 1978, voir C. trav. Mons, 20 avril 2015, inédit, R.G. n° 2013/AM/70.
25. S. GILSON, F. LAMBINET et Z. TRUSNAGH, *Les obligations particulières de l'employeur public lors du licenciement des travailleurs contractuels*, o.c., 2016, p. 122.
26. F. PIET, D. RENDERS et A. TRYBULOWSKI, « Les droits de la défense et les actes unilatéraux de l'administration : où l'unilatéralité ne va pas sans contradiction », in P. MARTENS (sous la direction de), *Les droits de la défense*, Formation permanente CUP, vol. 146, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 76.
27. S. DEPRE, « La mobilité », *A.P.T.*, 2005, p. 287 ; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 188.
28. C. trav. Mons, 10 janvier 2011, *J.T.T.*, 2012, p. 10.
29. F. PIET, D. RENDERS et A. TRYBULOWSKI, « Les droits de la défense et les actes unilatéraux de l'administration : où l'unilatéralité ne va pas sans contradiction », o.c., pp. 80 et 81 et la jurisprudence citée.
30. C.C., 22 février 2018, n° 22/2018.



résultat, constituer le point de départ de ce délai³¹. On relèvera que cette jurisprudence, si elle tempère effectivement la rigueur du délai de 3 jours, ne va pas jusqu'à garantir que le délai sera effectivement prolongé en raison de l'obligation d'audition³². Certains juges³³ ont en effet déjà refusé de voir dans l'audition le point de départ du délai de 3 jours, notamment dans des cas où les faits sont flagrants et/ou lorsque l'employeur dispose déjà d'une connaissance suffisante des faits pour se prononcer en connaissance de cause tant sur la réalité que sur la gravité de ceux-ci. L'idée est qu'il faut éviter que l'audition puisse être abusivement utilisée par des employeurs ayant laissé passer le délai afin de « sauver » la situation, en procédant artificiellement à l'audition du travailleur alors que la décision est en réalité déjà prise de le licencier pour motif grave. Eu égard aux conséquences financières parfois importantes que peut entraîner l'invalidation du motif grave, les autorités publiques pourraient être avisées, dans ces cas flagrants, de renoncer à organiser une audition préalable du travailleur, dès lors qu'elles constateraient que la tenue effective de cette audition ne leur permettrait pas de respecter le délai de 3 jours prescrit par l'article 35³⁴. Le travailleur pourrait-il obtenir, dans ce cas, une indemnisation en raison de l'absence d'audition ? Deux arguments permettront, à mon sens, de contrer une telle demande. D'une part, la jurisprudence administrative a déjà admis qu'« *il peut être dérogé à ce principe en cas d'urgence ou lorsque la mesure est prise sur la base de la constatation, par l'autorité, d'un fait évident et indiscutable* »³⁵. Compte tenu des motifs de l'arrêt du 22 février 2018, les juridictions du travail seront vraisemblablement réticentes à appliquer cet enseignement à tous les cas de motif grave. Il me semble cependant que celles-ci ne sauraient maintenir l'obligation de procéder à l'audition du travailleur lorsque – c'est l'hypothèse ici étudiée – celle-ci est en fait inutile compte tenu du caractère flagrant des faits reprochés. D'autre part, quand bien même l'absence d'audition préalable serait déclarée fautive, il faudra encore que le travailleur parvienne à démontrer que celle-ci lui a occasionné un dommage légitime, ce qui paraît délicat dès lors que la juridiction du travail

reconnaît par ailleurs le bien-fondé du motif grave. En ce sens, il a déjà été jugé qu'un travailleur ne subissait aucune perte de chance de conserver son emploi lorsqu'à l'issue d'un débat judiciaire où il a eu l'occasion de faire valoir tous les arguments qu'il aurait pu développer lors de cette audition, le juge décide finalement de valider le licenciement pour motif grave qui lui avait été notifié³⁶.

Il me semble, enfin, utile de rappeler que le délai de 3 jours ne commence à courir qu'à partir du moment où l'autorité *compétente pour licencier le travailleur* acquiert une connaissance suffisante des faits³⁷. Il a ainsi été jugé que lorsque la compétence de licencier appartient à un organe collégial, le délai de 3 jours ne commencera à courir qu'au plus tôt au moment où celui-ci aura été valablement saisi des faits³⁸. La connaissance qu'auraient certains de ces membres ne suffit pas³⁹. Cela laisse en général aux autorités concernées une certaine marge pour organiser l'audition, d'autant que la Cour de cassation admet que l'article 35 ne prescrit pas que les mesures d'enquête requises pour prendre une décision en toute connaissance de cause soient entamées sans délai et menées avec célérité⁴⁰. Un récent arrêt de la Cour du travail de Bruxelles devrait cependant réveiller la diligence des autorités. Dans un arrêt du 9 janvier 2018, la Cour du travail de Bruxelles a en effet jugé qu'une telle situation ne pouvait aller jusqu'à dénaturer le principe de célérité qui fonde le licenciement pour motif grave⁴¹. Elle rappelle, à cet égard, que le juge peut déduire du fait que l'employeur a fait durer inutilement longtemps l'examen du caractère sérieux des faits pris en considération comme motif grave, que ceux-ci n'ont pas été de nature à rendre immédiatement et définitivement impossible toute collaboration entre les parties et ne constituent, dès lors, pas un motif grave⁴². Elle estime – et sur ce point son raisonnement m'apparaît tout à fait inédit – qu'à l'égard des autorités publiques, l'obligation de célérité trouverait également son fondement dans le principe du délai raisonnable. Pour la Cour, « *ne pas avoir égard au principe du délai raisonnable* (dans la phase qui précède la saisine de l'organe collégial), *pour les contractuels du secteur*

31. La Cour constitutionnelle cite le passage suivant de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 1996 (*Pas.*, I., n° 380) : « *le fait qui constitue le motif grave de rupture est connu de la partie donnant congé lorsque celle-ci a, pour prendre une décision en connaissance de cause quant à l'existence du fait et des circonstances de nature à lui attribuer le caractère d'un motif grave, une certitude suffisant à sa propre conviction et aussi à l'égard de l'autre partie et de la justice ; Que quel que soit son résultat, l'audition préalable du travailleur peut, suivant les circonstances de la cause, constituer une mesure permettant à l'employeur d'acquiescer une telle certitude ; que de la circonstance que le licenciement a été décidé après un entretien, sur la base de faits qui étaient connus de l'employeur avant cet entretien, il ne peut être déduit que celui-ci disposait déjà, à ce moment, de tous les éléments d'appréciation nécessaires pour prendre une décision en connaissance de cause* ».

32. *Contra* C. trav. Liège, 11 janvier 2013, *Chron. D.S.*, 2013, p. 387 : la Cour a jugé que, lorsque celle-ci est imposée par le statut administratif, l'audition constituait nécessairement le point de départ du délai de 3 jours.

33. C. trav. Mons, 23 février 2015, R.G. n° 2013/AM/142 ; C. trav. Gand, 13 septembre 1995, *Chron. D.S.*, 1996, p. 31.

34. Tel est le conseil que donne l'Union des Villes et des Communes de Wallonie à ses membres. Voir S. SMOOS, « Audition préalable en cas de licenciement », décembre 2017, disponible sur le site www.uvcw.be (dernière consultation le 10 septembre 2018).

35. C.E., 26 novembre 1999, sprl NAPI Import-Export, n° 83.496 ; dans le même sens, C.E., 18 novembre 2016, n° 236.451 qui visent des faits « *susceptibles d'une constatation simple et directe* ».

36. C. trav. Bruxelles, 14 juillet 2014, inédit, R.G. n° 2013/AB/536.

37. C. trav. Liège, 13 novembre 2015, inédit, R.G. n° 204/AL/646. Voir dans le même sens, P. JOASSART et N. BONBLED, « Les principes généraux du droit administratif et de bonne administration en droit social », *o.c.*, p. 105.

38. C. trav. Liège, 16 octobre 2015, inédit, R.G. n° 2014/AL/55.

39. C. trav. Liège, 22 décembre 2010, *Chron. D.S.*, 2013, p. 368.

40. Cass., 17 janvier 2005, *J.T.T.*, 2005, p. 137 ; dans le même sens, C. trav. Mons, 29 juin 2017, inédit, R.G. n° 2016/AM/172.

41. C. trav. Bruxelles, 19 janvier 2018, *J.T.T.*, 2018, p. 282.

42. La Cour cite : Cass., 8 avril 1991, *Pas.*, I., 1991, p. 718.



public alors que ce principe est d'application pour les procédures disciplinaires des statutaires, serait la source d'une différence de traitement injustifiée (comp. avec C. Const., 6 juillet 2017, n° 86/2017) ». La Cour conclut en l'espèce que l'autorité, parce qu'elle est restée inactive pendant plusieurs semaines, a violé le principe du délai raisonnable, ce qui entraîne – selon la Cour – l'irrégularité de la modalité de licenciement que constitue le motif grave.

C. Le contenu concret de l'obligation d'audition préalable

Le droit à l'audition préalable découle des principes de bonne administration et d'équitable procédure. Il implique que la personne à l'égard de laquelle l'autorité publique entend prendre une mesure préjudiciable soit mise en mesure de faire valoir utilement son point de vue sur les faits en question et la mesure envisagée. En ce sens, le Conseil d'État juge que « lorsqu'une autorité administrative se propose de prendre à l'égard d'un membre de son personnel, en raison de son comportement, une mesure grave, tel un licenciement, elle doit, en vertu du principe *audi alteram partem*, l'en informer au préalable, lui indiquer les griefs qui lui sont faits, lui donner connaissance des éléments sur lesquels elle se fonde et lui permettre de s'expliquer ; que le respect du principe *audi alteram partem* implique également que l'agent ait accès au dossier rassemblant toutes les pièces sur lesquelles l'autorité administrative entend se fonder »⁴³. Il faudrait en outre, ajoute une partie de la doctrine, que l'intéressé se voie accorder un délai raisonnable pour préparer sa défense ainsi que la possibilité d'être assisté du conseil de son choix⁴⁴.

On retrouve ces mêmes composantes dans la jurisprudence des juridictions du travail. La Cour du travail de Bruxelles a ainsi jugé à plusieurs reprises que l'effectivité du droit à l'audition préalable « requiert, notamment, que l'agent ait connaissance de ce qui lui est reproché et qu'il puisse être assisté d'un défenseur de son choix »⁴⁵. La Cour du travail de Mons indique, quant à elle, que ce droit « implique que l'autorité administrative informe au préalable la personne concernée de la mesure de licenciement qu'elle compte prendre à son égard, lui indique les griefs qui lui sont faits, les éléments sur lesquels elle se fonde et lui permette de s'en expliquer ». La Cour

précise d'ailleurs que « (l')audition doit porter à la fois sur les faits reprochés et sur la mesure envisagée »⁴⁶. De même, la Cour du travail de Liège a jugé que ce droit – improprement qualifié de « droit de la défense » – était violé lorsque le travailleur « a été entendu à l'issue d'un préavis de une heure, sans avoir été informé du motif de sa convocation, sans avoir pu prendre connaissance des déclarations préalablement recueillies auprès de plusieurs membres du personnel, sans avoir ainsi pu préparer utilement sa défense et, enfin, sans avoir pu être accompagné de son délégué syndical, absent ce jour-là »⁴⁷.

Même s'ils apparaissent à première vue très proches l'un de l'autre, le principe *audi alteram partem* se distingue néanmoins des droits de la défense par son caractère moins absolu⁴⁸. Le principe d'audition préalable n'est pas d'ordre public, de sorte que le juge n'est pas habilité à soulever le moyen d'office⁴⁹. Le Conseil d'État a par ailleurs pointé certains tempéraments quant aux modalités de la procédure contradictoire consacrées par ce principe, notamment le fait que celui-ci « n'impose pas qu'une audition ait nécessairement lieu dès lors que l'agent peut valablement faire valoir ses observations par écrit, ni que l'autorité compétente pour prendre la décision finale procède elle-même à l'audition, le cas échéant, ni qu'elle réponde à l'intégralité des arguments invoqués par l'agent, ni qu'un procès-verbal de l'audition soit dressé »⁵⁰. Concernant ce dernier point, Steve GILSON, France LAMBINET et Zoé TRUSNAGH relèvent cependant – à raison – que « lorsque l'audition ne se déroule pas devant l'autorité investie du pouvoir de décision, elle n'a toutefois de sens que si cette dernière est dûment avisée des propos échangés durant l'audition par l'établissement d'un procès-verbal »⁵¹.

De manière générale, on relève que la jurisprudence, en particulier celle du Conseil d'État, adopte une approche téléologique et pragmatique du contenu du principe d'audition préalable, en appréciant au cas par cas si l'autorité a effectivement permis à la personne intéressée de faire valoir utilement son point de vue. Elle laisse une certaine latitude aux autorités publiques pour organiser concrètement ce droit, eu égard aux circonstances de l'espèce (gravité de la mesure, attitude de l'administré, l'urgence, ...). Ainsi, le Conseil d'État a déjà admis que lorsque l'intéressé avait eu l'occasion de s'expliquer à propos des faits

43. C.E., 23 janvier 2013, Youlal, n° 222.198.

44. P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 221 ; contra B. LOMBAERT, I. MATHY et V. RIGODANZO, *Éléments du droit de la fonction publique*, Waterloo, Kluwer, 2007, p. 227.

45. C. trav. Bruxelles, 5 décembre 2017, *J.T.T.*, 2018, p. 101 ; C. trav. Bruxelles, 8 janvier 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 229.

46. C. trav. Mons 10 janvier 2011, inédit, R.G. n° 2010/AM/56.

47. C. trav. Liège (9^e ch.), 20 juin 2011, inédit, R.G. n° 2010/AL/531.

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

49. A.-L. DURVIAUX, *Droit de la fonction publique*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 202.

50. C.E., 18 novembre 2016, Nondjock, n° 236.451.

51. S. GILSON, F. LAMBINET et Z. TRUSNAGH, *Les obligations particulières de l'employeur public lors du licenciement des travailleurs contractuels*, o.c., p. 119, citant C.E., 14 décembre 2010, n° 209.760.



par l'intermédiaire de son avocat, l'autorité n'avait plus l'obligation de l'entendre personnellement⁵². Le Conseil d'État a également souligné le fait que la mise en œuvre du principe d'audition préalable ne pouvait pas entraver l'exercice courant de l'autorité au sein du service⁵³. Il a été admis en ce sens qu'une administration ne violait pas le principe d'audition préalable en n'entendant pas le destinataire d'une mesure de licenciement, lorsque l'intéressé a été convoqué à plusieurs reprises et s'est vu offrir la possibilité de se défendre par écrit, alors même que son absence aux auditions était justifiée par des certificats médicaux⁵⁴.

D. Les sanctions

Tout droit pour être effectif doit contenir une sanction. C'est assurément un des points les plus problématiques de la matière. Il a en effet été jugé à plusieurs reprises que l'absence d'audition préalable n'avait pas pour effet d'invalider le congé en tant que tel⁵⁵. Ce qui n'a cependant pas empêché certains travailleurs licenciés par des pouvoirs locaux d'obtenir leur réintégration – souvent provisoire – par les pouvoirs locaux qui les employaient, après avoir obtenu l'annulation de la décision de licenciement par l'autorité de tutelle⁵⁶. Dans le cas de licenciements notifiés moyennant un préavis à prester, certaines juridictions avaient estimé pouvoir sanctionner l'absence d'audition préalable par l'annulation, non plus du congé en tant que tel, mais du préavis, de sorte que l'employeur se retrouvait contraint de verser au travailleur une indemnité compensatoire de préavis⁵⁷. Cette solution est néanmoins actuellement majoritairement rejetée⁵⁸. De même, un tel manquement ne saurait conduire, dans le cadre d'un motif grave, l'employeur à devoir payer au travailleur licencié une indemnité compensatoire de préavis⁵⁹.

La seule sanction qui demeure aujourd'hui clairement effective réside dans la mise en œuvre de la responsabilité de l'employeur public sur la base de la théorie de l'abus de droit et/ou de l'article 1382 du Code

civil. Le non-respect du principe d'audition préalable constitue en effet une faute susceptible de conduire à l'octroi de dommages-intérêts. Il faut cependant que le travailleur puisse démontrer l'existence d'un dommage en lien causal nécessaire avec le manquement allégué – l'absence d'audition préalable – et qui ne soit pas déjà indemnisé par ailleurs. Les postes de dommages généralement retenus par les juridictions du travail visent, d'une part, le sentiment d'injustice ressenti par le travailleur et, d'autre part, la perte d'une chance de conserver son emploi⁶⁰. Les montants octroyés sont généralement modérés, de l'ordre de 2 500 €⁶¹ en moyenne, et couvrent le plus souvent de manière forfaitaire (*ex aequo et bono*) l'intégralité du dommage complémentaire que le travailleur a subi tant en raison de l'absence d'audition que du défaut de motivation de la décision de licenciement.

L'octroi d'une indemnisation pour la perte d'une chance de conserver son emploi suppose que le travailleur parvienne à convaincre le juge que les arguments ou les informations qu'il aurait pu fournir à l'occasion de son audition, si elle avait eu lieu, avaient une chance raisonnable⁶² d'infléchir la décision prise par son employeur⁶³. Les juridictions admettent généralement que le travailleur a perdu une telle chance lorsque l'employeur s'est fondé, pour prendre sa décision, sur des éléments incomplets, non contrôlés, tendancieux ou inexacts⁶⁴. Plus original, le Tribunal du travail de Liège, division Neufchâteau, a récemment retenu que l'absence d'audition avait fait perdre une chance au travailleur d'exposer les problèmes qu'il rencontrait dans l'exécution de son contrat de travail et de se voir proposer une formation pour y remédier ; il alloue 3 000 € au travailleur pour une perte d'une chance, qualifiée de « minime », de conserver son emploi⁶⁵. Il appartient au travailleur de faire la preuve d'éléments concrets démontrant l'existence et l'étendue de son dommage⁶⁶. Sur ce point, la jurisprudence de la Cour du travail de Bruxelles m'apparaît critiquable, qui retient l'existence de la perte d'une chance dans le chef d'un travailleur de conserver son

52. C.E., 12 décembre 2002, Taymans, n° 113.544.

53. C.E., 9 novembre 2004, Cabolet, n° 137.129.

54. C.E., 18 février 2013, Jordens, n° 222.541. Voir également C.E., 12 décembre 2012, Taymans, n° 113.544.

55. C. trav. Liège, 28 octobre 2008, *J.T.T.*, 2009, p. 43 ; C. trav. Liège, 5 août 2008, *J.T.T.*, 2009, p. 14.

56. Sur la compétence de l'autorité de tutelle pour prononcer l'annulation du licenciement, voir J. JACQMAIN, « Annulation d'un licenciement par la tutelle », *Chron. D.S.*, 2016, p. 368 ; C.E. (8^e ch.), 22 novembre 2016, Commune de Dour, n° 236.475.

57. C. trav. Liège, 9 novembre 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 73.

58. H. DECKERS, « La sanction de l'absence d'audition préalable au licenciement d'un agent contractuel du secteur public », *Chron. D.S.*, 2013, n° 7, p. 348.

59. S. GILSON, F. LAMBINET et Z. TRUSGNACH, *Les obligations particulières de l'employeur public lors du licenciement des travailleurs contractuels*, o.c., p. 124.

60. Voir C. trav. Bruxelles, 8 janvier 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 228. La Cour alloue au travailleur *ex aequo et bono* respectivement 2 500 € pour le dommage matériel lié à la perte d'une chance de conserver son emploi et 2 500 € pour le dommage moral.

61. P. JOASSART et N. BONBLED (o.c., p. 109) font état d'une fourchette allant de 1 250 € à 12 500 €, citant pour ce dernier montant l'arrêt prononcé par la Cour du travail de Mons le 10 janvier 2011 (*J.T.T.*, 2012, p. 10). Il convient cependant de relever que ce montant, outre le fait qu'il couvrirait en l'espèce tant le dommage découlant de l'absence de motivation que d'audition, n'avait pas été contesté par la ville...

62. Voir Trib. trav. Namur, 19 février 2013, inédit, R.G. n° 11/2598/A, qui estime que « lorsque les chances du travailleur de conserver son poste sont infimes, la motivation et/ou son audition préalable n'y changent rien ». Voir également C. trav. Bruxelles, 25 avril 2018, *J.T.T.*, 2018, p. 351.

63. C. trav. Bruxelles, 10 décembre 2003, *J.T.T.*, 2005, p. 185 ; C. trav. Bruxelles, 26 novembre 2002, *Chron. D.S.*, 2003, p. 458 ; Trib. trav. Charleroi, 18 juin 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 172, note S. GILSON.

64. Voir notamment C. trav. Liège, 18 octobre 1999, *J.T.T.*, 2000, p. 378 ; C. trav. Mons 10 janvier 2011, inédit, R.G. n° 2010/AM/56 ; Trib. trav. Mons, 17 juin 2013, inédit, R.G. n° 12/1/A ; Trib. trav. Mons (div. La Louvière), 23 octobre 2009, inédit, R.G. n° 08/1322/A.

65. Trib. trav. Liège (div. Neufchâteau), 16 janvier 2017, inédit, R.G. n° 15/577/A.

66. Art. 1215, al. 1^{er}, C. civ. *Contra* S. GILSON, F. LAMBINET et Z. TRUSGNACH, o.c., pp. 132 et 133, qui estiment que l'existence de la perte d'une chance de conserver son emploi doit *a priori* être reconnue, sous peine de vider de tout son sens l'obligation d'audition préalable. Selon eux, le juge ne devrait rejeter l'existence d'un tel dommage que dans les cas où le travailleur n'avait aucun élément à faire valoir lors de l'audition.



emploi dans les cas où l'employeur ne parvient pas à démontrer, au moyen de pièces probantes établissant le bien-fondé des motifs, que le licenciement était en fait inévitable⁶⁷. Cela revient à mon sens à inverser la charge de la preuve du dommage, laquelle repose en principe exclusivement sur le travailleur⁶⁸.

Je suis d'avis, bien que conscient d'être relativement isolé sur ce point⁶⁹, que l'indemnisation pour la perte d'une chance de conserver son emploi doit être exclue lorsque le travailleur a bénéficié par ailleurs d'une indemnité compensatoire de préavis. Il est en effet généralement admis que cette indemnité couvre de manière forfaitaire tous les dommages, tant matériels que moraux, qui découlent de la rupture du contrat de travail⁷⁰. Le travailleur, qui s'est vu octroyer une telle indemnité, a donc déjà été intégralement indemnisé du dommage qui aurait éventuellement pu être évité s'il avait été entendu. La théorie de la perte d'une chance ne peut aboutir qu'à une indemnisation partielle du dommage réellement subi par la victime, non à l'octroi d'une indemnisation supplémentaire. Or, c'est – me semble-t-il – la solution à laquelle les juridictions aboutissent lorsqu'elles octroient, en sus de l'indemnité compensatoire de préavis, une indemnité pour la perte d'une chance de conserver son emploi. Cela n'empêche cependant pas le travailleur de réclamer une indemnité distincte pour le préjudice moral qu'il estime avoir subi du fait de ce manquement, notamment pour le sentiment d'injustice ou de frustration qu'il a pu légitimement ressentir.

III. La motivation

A. L'affirmation traditionnelle d'un droit de rupture « discrétionnaire » en droit du travail

Le droit du travail belge s'est longtemps singularisé par l'affirmation d'un droit « discrétionnaire »⁷¹ dans le chef de chacune des parties au contrat de travail de rompre celui-ci sans avoir à motiver ce choix. La Belgique se trouvait, sur ce plan, relativement isolée sur la scène internationale. On considérait que ce que les travailleurs perdaient en stabilité d'emploi du fait

de l'absence d'obligation de motivation du licenciement était compensé par l'obligation imposée aux employeurs de respecter un délai de préavis, ou à défaut de verser une indemnité compensatoire, relativement importants. Le principe a cependant toujours connu des exceptions.

L'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail impose notamment à la partie qui rompt le contrat de travail pour motif grave, d'une part, d'indiquer formellement tous les faits justifiant le congé dans un courrier notifié à l'autre partie par lettre recommandée, remise de la main à la main ou par exploit d'huissier de justice dans les 3 jours qui suivent le congé. Elle doit, d'autre part, être en mesure de démontrer l'existence d'un motif grave, ce qui implique qu'elle démontre notamment la réalité des faits invoqués dans le courrier précités. Ainsi, la loi impose-t-elle depuis toujours – et ce tant pour le secteur privé que pour le secteur public⁷² – à la partie qui entend se prévaloir d'un motif grave une obligation de motivation formelle et substantielle, ce qui se comprend aisément dès lors que la conséquence de ce mode de rupture consiste justement à priver celui qui le subit du bénéfice du préavis ou de l'indemnité compensatoire de préavis.

Si, en dehors du motif grave, le droit du travail belge a longtemps été, et demeure dans une certaine mesure, réfractaire à l'idée d'imposer aux parties une obligation de motivation formelle du congé, soit une obligation de préciser par écrit dans le courrier de congé ou un acte subséquent les motifs concrets de la rupture, l'idée que les parties disposeraient d'un droit discrétionnaire de rupture est largement erronée⁷³ dès lors que l'on se place sur le plan de la motivation substantielle. L'employeur ne peut, et n'a jamais pu, licencier un travailleur pour n'importe quel motif. Le développement de la théorie de l'abus de droit a permis, dans un premier temps, aux juridictions du travail de sanctionner les situations dans lesquels l'employeur avait exercé son droit de rupture d'une manière manifestement déraisonnable. Sur cette base, les juridictions ont notamment pu sanctionner des licenciements donnés dans l'intention de nuire (représailles⁷⁴, motifs futilles ou

67. C. trav. Bruxelles, 8 janvier 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 228 ; C. trav. Bruxelles, 22 décembre 2010, inédit, R.G. n° 2009/AB/52389.

68. Art. 1215, al. 1^{er}, C. civ.

69. Voir néanmoins, dans mon sens, C. trav. Liège (9^e ch.), 20 juin 2011, inédit, R.G. n° 2010/AL/531. De manière plus (trop) prudente, H. DECKERS indique quant à lui qu'« il n'est pas certain que le dommage tiré de la 'perte de chance' de conserver son emploi puisse aisément se différencier de celui tiré de la perte de cet emploi lui-même... » (« La sanction de l'absence d'audition préalable au licenciement d'un agent contractuel du secteur public », o.c., p. 348).

70. Voir Cass., 7 mai 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 410, note Cl. WANTIEZ ; Cass., 26 septembre 2005, R.G. n° 5.04.0176.N, www.juridat.be.

71. V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 875.

72. Cela faisait dire à la Cour du travail de Mons, dans un arrêt du 19 novembre 2012 (inédit, R.G. n° 2011/AM/463) qu'« il est sans intérêt aucun dans l'hypothèse d'un licenciement pour motif grave d'un agent contractuel occupé pour le compte d'une autorité administrative de s'attacher à vérifier le respect par l'autorité administrative de son obligation de motivation formelle de l'acte de rupture car cette obligation se confond avec l'obligation imposée à tout employeur (qu'il appartienne au secteur privé ou au secteur public) de notifier par écrit et avec précision les faits graves constitutifs d'un motif grave telle qu'imposée par l'article 35 de la loi du 3/7/1978 ce qui implique, également, dans le chef de l'employeur, l'obligation d'évoquer ne fût-ce qu'implicitement la base légale sur laquelle il entend s'appuyer pour fonder sa décision ». S'il est vrai que l'examen de la validité formelle d'un motif grave se superpose pour partie avec celui de la question de l'obligation de motivation, la Cour ne pouvait cependant pas, dès lors qu'elle relevait un manquement sur le plan de la motivation, faire l'économie d'une approche dissociée de ces questions sur le plan de la sanction.

73. Voir S. GILSON, « L'absence de motivation formelle du congé, une règle en sursis ? (1) L'exemple du licenciement des contractuels de la fonction publique », *Orientations*, 2006/4, p. 8.

74. C. trav. Bruxelles, 1^{er} avril 1981, *J.T.T.*, 1983, p. 25 ; C. trav. Liège, 13 décembre 1978, *J.T.T.*, 1979, p. 143 ; C. trav. Liège, 24 septembre 1990, *R.R.D.*, 1991, p. 74. Parce que le travailleur avait tenté de faire valoir ses droits (C. trav. Bruxelles, 1^{er} avril 1981, *J.T.T.*, 1983, p. 25 ; C. trav. Liège, 13 décembre 1978, *J.T.T.*, 1979, p. 143 ; C. trav. Liège, 24 septembre 1990, *R.R.D.*, 1991, p. 74) ou qu'il s'était opposé à une demande illégitime de son employeur (C. trav. Liège, 5 décembre 1991, *J.T.T.*, 1992, p. 77 ; Trib. trav. Bruxelles, 11 mai 1990, *Chron. D.S.*, 1991, p. 77).



diffamatoires⁷⁵), décidés avec une légèreté blâmable, sans intérêt légitime ou en détournement de la finalité économique et sociale de ce droit⁷⁶. L'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 – sur lequel je reviendrai – imposait en outre aux employeurs d'être en mesure de justifier, à l'égard des ouvriers engagés dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée, que le licenciement était fondé sur un motif lié au comportement de ce travailleur, à son aptitude ou aux nécessités de l'entreprise. Le législateur est ensuite intervenu pour accroître la protection des travailleurs exerçant certaines fonctions (représentant du personnel, conseiller en prévention, etc.) ou dans certaines circonstances particulières (femmes enceintes, plainte pour harcèlement, demande de crédit-temps, etc.), en imposant aux employeurs une obligation de motivation substantielle négative et *a posteriori*, le plus souvent celle d'être en mesure de faire la preuve que le licenciement n'est pas lié à la circonstance qui justifie la protection. De même, il est interdit à l'employeur de licencier un travailleur pour un motif fondé sur un critère protégé par les dispositions en matière de discrimination.

B. Une obligation de motivation (formelle) spécifique au secteur public en voie de disparition...

1. La motivation formelle

La doctrine⁷⁷ et la jurisprudence⁷⁸ essentiellement francophones affirmaient que les employeurs publics avaient l'obligation de motiver formellement le licenciement par application de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. Elles considéraient que le licenciement d'un contractuel de la fonction publique constituait un « acte administratif » au sens de la définition donnée à ces termes au premier tiret de l'article 1^{er}, pointant

le fait qu'il s'agit d'un acte unilatéral, émanant par hypothèse d'une autorité publique, et destiné à produire des effets de droit à l'égard d'un administré ; cette dernière notion étant définie largement par la loi comme « toute personne physique ou morale dans ses rapports avec les autorités administratives ». En sens contraire⁷⁹, il était soutenu – en particulier au nord du pays – que l'obligation de motivation n'était imposée aux autorités que lorsqu'elle réalisait des actes de nature administrative, ceux à l'occasion desquels elles font usage de leurs prérogatives de puissance publique et singulièrement du privilège du préalable, alors que le licenciement s'inscrit dans la sphère contractuelle. On arguait également de ce que les contractuels ne pouvaient être assimilés à des administrés, car ils se trouvaient à l'égard de l'administration dans un rapport de cocontractant et non dans un rapport de sujétion, qui caractérise l'action administrative.

Dans son arrêt du 12 octobre 2015, la Cour de cassation a jugé que « ainsi que le relève les travaux préparatoires de la loi, il ne résulte pas (des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991) qu'une autorité publique qui informe un travailleur qu'elle met fin à son contrat de travail existant entre eux est tenue de motiver expressément ce licenciement ». Autrement dit, la loi du 29 juillet 1991 n'est pas applicable au licenciement des contractuels de la fonction publique. La motivation de l'arrêt sur ce point, en particulier la référence faite aux travaux parlementaires, a été vivement critiquée par une partie de la doctrine⁸⁰. Il est vrai que le cas particulier du licenciement n'est nulle part abordé dans les travaux parlementaires⁸¹. Si la controverse continue à faire rage en doctrine, force est néanmoins de constater que, sur le terrain, l'immense majorité des juridictions du travail s'est finalement ralliée à la position de la Cour de cassation et refuse dorénavant de reconnaître l'existence d'une

75. C. trav. Mons, 11 octobre 1983, *R.D.S.*, 1984, p. 94 ; C. trav. Bruxelles, 4 mars 1980, *J.T.T.*, 1980, p. 244.

76. Voir C. trav. Mons, 16 mai 2017, inédit, R.G. 2016/AM/225. La Cour juge abusif le licenciement décidé par une commune, en dehors de tout impératif de gestion, juste pour permettre la libération du poste en faveur de la fille du directeur général. Elle alloue à la travailleuse licenciée une indemnité de 10 000 € à ce titre.

77. Voir notamment V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 872 et 873 ; P. BOUCQUEY, « La motivation formelle en matière de fonction publique », in P. JADOUL et S. van DROOGHENBROEK (dir.), *La motivation formelle des actes administratifs*, Bruges, la Charte, 2005, pp. 103 et s. ; S. GILSON, « L'absence de motivation formelle en matière de fonction publique », *Orientations*, 2006/4, p. 10 ; P. CRAHAY, « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », *Orientations*, 2014/4, p. 4.

78. C. trav. Mons, 21 novembre 2012, *Chron. D.S.*, 2013, p. 381 et *J.L.M.B.*, 2013, p. 1227 ; C. trav. Mons, 20 avril 2015, R.G. n° 2013/AM/70, www.terralaboris.be ; C. trav. Bruxelles, 10 décembre 2003, *J.T.T.*, 2005, p. 185 ; C. trav. Gand (sect. Bruges), 24 avril 2012, inédit, R.G. n° 2010/AR/101 ; Trib. trav. Charleroi, 18 juin 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 172 ; Trib. trav. Bruxelles, 30 octobre 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 52.

79. K. SALOMEZ, *De rechtspositie van de ontslagmacht naar Belgisch arbeidsrecht*, Bruges, la Charte, 2004, p. 237 ; A. DE BECKER, « De motivering van het ontslag van een arbeidscontractant in de publieke sector », *R.W.*, 2007-2018, pp. 90 et s. ; R. JANVIER, « Recrutement d'un agent contractuel pour un service public, prêt à accepter l'insécurité quant à son statut juridique », in F. DELPEREE (dir.), *Les agents contractuels de la fonction publique régionale*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 213 ; M. PAQUES et G. PARTSCH, « L'hypothèse du contrat dans la fonction publique locale », *R.D.S.*, 1996, p. 39 ; C. trav. Anvers, 20 avril 2009, *Chron. D.S.*, 2013, p. 355 ; C. trav. Bruxelles, 3 septembre 2010, *Chron. D.S.*, 2013, p. 359 ; Trib. trav. Bruxelles, 1^{er} septembre 2001, inédit, R.G. n° 25.911.

80. S. GILSON, F. LAMBINET et Z. TRUSGNACH, *Les obligations particulières de l'employeur public lors du licenciement des travailleurs contractuels, o.c.*, pp. 61 à 67 ; A. HACHEZ et P. VANHAVERBEKE, « La motivation du licenciement. Discrimination secteur privé versus secteur public », in S. GILSON et P. VANHAVERBEKE (coord.), *La rupture du contrat de travail : entre harmonisation et discrimination*, Limal, Anthémis, 2015, pp. 92 et 93.

81. La note du Gouvernement annexée au rapport de la Commission de l'Intérieur du Sénat en vue de préciser la notion d'« acte administratif » semble cependant exclure les contrats de la notion et mentionne le « caractère exécutoire », en visant expressément la mise en œuvre du principe de l'exécution préalable, comme étant un des éléments constitutifs de l'acte auquel s'applique la loi. Il se dégage néanmoins des travaux parlementaires une volonté commune des auteurs de la loi d'imposer aussi largement que possible à l'autorité administrative l'obligation de motiver formellement ses décisions à portée individuelle. L'exclusion du contrat apparaît en ce sens comme une exception – qui pourrait dès lors devoir s'interpréter de manière stricte – au droit fondamental à l'information que la loi a entendu consacrer. Or, cette exception avait été justifiée par le fait que le contrat constitue le résultat d'un accord de volonté entre les parties contractantes qui « savent donc très bien ce qu'elles ont voulu, se sont mutuellement informées, et sont consentantes » (note, p. 15). Une telle justification n'est évidemment pas transposable aux décisions par lesquelles l'administration décide ultérieurement de rompre unilatéralement le contrat.



obligation de motivation dans le chef des autorités publiques sur la base de la loi du 29 juillet 1991⁸².

Pour être complet, signalons que certains auteurs⁸³ ont cherché à minimiser la portée de l'arrêt du 12 octobre 2015, en soutenant une thèse qu'ils qualifient eux-mêmes de « médiane ». Selon cette thèse, la décision de la Cour de cassation ne viserait en réalité que la motivation du courrier de congé notifié au travailleur et non la délibération, réalisée en amont, au terme de laquelle l'autorité a décidé la rupture. Pour ces auteurs, cette dernière décision devrait toujours être motivée. Il a été objecté à cette thèse que la décision de l'autorité ne produit en elle-même aucun effet juridique, seule la notification du congé au travailleur ayant pour effet de rompre le contrat ; que la décision par laquelle l'autorité décide le licenciement ne pourrait dès lors constituer un acte administratif au sens de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1991⁸⁴. Plus fondamentalement, il me semble que la position médiane n'a pas grand sens au regard de l'objectif poursuivi par la loi du 29 juillet 1991 qui – rappelons-le – est de permettre aux administrés d'être immédiatement informés des motifs des décisions prises à leur égard par l'administration. Pour les membres de la Commission de l'Intérieur, il était d'ailleurs clair que « *lorsqu'un acte doit être motivé, la notification de la décision suppose à la fois la notification du dispositif de l'acte et de la motivation...* »⁸⁵. La « thèse médiane », en ce qu'elle revient à soutenir que la décision seule doit être motivée et non sa notification, doit donc être rejetée dans son principe. Du reste, si l'intention de ces défenseurs est de chercher une oreille plus réceptive en recourant à la tutelle, cet espoir m'apparaît réduit dès l'instant où le Conseil d'État s'est rallié à la position de la Cour de cassation, dans son arrêt du 27 septembre 2016⁸⁶.

À défaut de pouvoir encore fonder leur demande sur la loi du 29 juillet 1991, certains plaideurs soutiennent dorénavant que l'absence de motivation formelle du licenciement serait constitutive d'une violation du droit international, notamment de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ils s'appuient, pour ce faire, sur l'arrêt prononcé par la Cour européenne des droits de l'homme le 10 juillet 2002 dans l'affaire *K.M.C. contre Hongrie*⁸⁷ et, le plus souvent, sur

l'opinion concordante rendue par le juge Pinto Albuquerque dans cette affaire afin d'expliquer pourquoi, selon lui, la Hongrie était tenue de respecter les prescriptions reprises dans l'article 4 de la Convention OIT n° 156 et l'article 24 de la Charte sociale européenne (révisée) alors même qu'elle n'avait pas ratifié ces dispositions (ce qui est également le cas de la Belgique). Les positions sont divisées en doctrine quant au caractère transposable de cette jurisprudence au contexte belge⁸⁸. Sans chercher à trancher cette intéressante controverse, qui dépasse quelque peu l'objet spécifique de la présente contribution, je soulignerai simplement le fait que, dans l'affaire *K.M.C. contre Hongrie*, la requérante n'avait pas introduit de recours dans les temps et avait plaidé, avec succès, qu'elle avait été privée du droit de contester de manière effective son licenciement du fait qu'elle n'avait pas été en mesure de connaître les motifs de celui-ci avant que son droit d'action ne s'éteigne en raison de la prescription. Ce n'est donc pas l'absence de motivation du licenciement en tant que telle que la Cour a sanctionnée, mais bien l'impossibilité dans laquelle la travailleuse s'était trouvée d'avoir accès, de manière effective, à un juge pour contester son licenciement. Il en découle, selon moi, que cette jurisprudence ne devrait pas s'appliquer dans les cas où le travailleur est encore dans les temps pour introduire son recours et *a fortiori* lorsque celui-ci l'a effectivement introduit dans les temps devant les juridictions du travail.

2. La motivation substantielle

Il a été plusieurs fois affirmé, notamment avant l'adoption de la loi du 29 juillet 1991⁸⁹, que le fait que l'administration soit dispensée de donner les motifs de sa décision dans l'acte (motivation formelle) ne signifiait pas que sa décision ne doit pas être justifiée, c'est-à-dire fondée sur des motifs objectifs, pertinents et légalement admissibles⁹⁰. En ce sens, Pierre JOASSART et Nicolas BONBLED prédisaient en 2015 qu'il n'était pas exclu qu'« *à défaut d'intervention législative rapide, les cours et tribunaux considèrent que le principe général imposant une motivation substantielle, en fait et en droit, des actes administratifs induit une forme de contrôle des motifs et de la proportionnalité du licenciement en rapport à ces motifs* »⁹¹.

82. Voir notamment C. trav. Mons, 8 décembre 2015, inédit, R.G. n° 2014/AM/422 ; C. trav. Bruxelles, 18 octobre 2016, inédit, R.G. n° 2014/AB/868 ; C. trav. Mons, 1^{er} décembre 2017, R.G. n° 2016/AM/336, *Sem. soc.*, 2018/5.

Contra : C. trav. Bruxelles, 8 juin 2018, *J.T.T.*, 2018, p. 353 qui, reprenant sa jurisprudence antérieure, affirme que « l'obligation de motiver formellement la décision de licenciement découle de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs », sans la moindre référence à l'arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 2015.

83. S. GILSON, F. LAMBINET et Z. TRUSGNACH, *Les obligations particulières de l'employeur public lors du licenciement des travailleurs contractuels*, o.c., pp. 67 à 70 ; dans le même sens, C. trav. Liège, sect. Namur, 26 juin 2001, *J.T.T.*, 2002, p. 66.

84. T. STIEVENARD, « Le licenciement des contractuels de la fonction publique », in *Droit et contentieux de la fonction publique : 10 années d'actualité*, Bruxelles, IFE, 2013, pp. 324 et 325. Repris par A. CASTADOT, « Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public » (deuxième partie), *J.T.T.*, 2017, p. 19.

85. Rapport fait au nom de la Commission, *Doc. parl.*, Sénat, 1988, 215/3, p. 25.

86. C.E., 27 septembre 2016, *IEG*, n° 235.871.

87. Cour eur. D.H., *K.M.C. contre Hongrie*, 10 juillet 2012, req. n° 19.554/11.

88. En faveur de l'application de cette jurisprudence en Belgique, voir F. LAMBINET et S. GILSON, « Vers une obligation de motivation formelle et substantielle du congé en droit belge ? », *B.S.J.*, janvier 2013, p. 337 ; C. DESMET, « Le congé en droit belge devra-t-il bientôt être formellement motivé ? », *Chron. D.S.*, 2013, p. 337 ; Trib. trav. Liège (div. Dinant), 18 janvier 2016, inédit, R.G. n° 14/481 ; Trib. trav. Liège (div. Neufchâteau), 16 janvier 2017, inédit, R.G. n° 15/577/A. En défaveur, H. FUNCK, « L'arrêt K.M.C. c. Hongrie : un arrêt non applicable en droit belge », *Chron. D.S.*, 2013, p. 400. Voir également à ce sujet, A. CASTADOT, « Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public » (deuxième partie), *J.T.T.*, 2017, pp. 21 à 23.

89. Proposition de loi relative à la motivation formelle des actes administratifs, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, 1988, 215/1, p. 2 ; C.E., 5 juin 1962, Baetens, n° 9429.

90. H. VANDERLINDEN, « L'agent contractuel est-il licenciable ad nutum ? », note sous Cass., 12 octobre 2015, *Rev. dr. commun.*, 2016, p. 18.

91. P. JOASSART et N. BONBLED, « Les principes généraux du droit administratif et de bonne administration en droit social », o.c., p. 115.



Procédant à une lecture combinée de ce principe et de la jurisprudence *K.M.C. contre Hongrie*, ces auteurs poursuivaient par la considération qu'il serait « cohérent, et sans qu'une habilitation législative soit nécessaire (tout comme le principe audi alteram partem a été reconnu sans intervention législative), que les juridictions du travail procèdent à un contrôle substantiel des motifs, dont il devrait se déduire assez logiquement, compte tenu des instruments internationaux, que le licenciement ne peut intervenir que pour des faits liés à la conduite du travailleur, à son aptitude ou aux nécessités de l'entreprise ». La sanction préconisée par ces auteurs : l'octroi de dommages et intérêts pour la perte d'une chance de conserver son emploi⁹².

Compte tenu de la position adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt du 12 octobre 2015 à propos du principe d'audition préalable, il me semble douteux que les juridictions du travail puissent encore, sur la base d'un (autre) principe de droit administratif, ajouter des obligations dans le chef des employeurs publics à celles reprises dans la loi du 3 juillet 1978, à moins bien entendu de dénoncer à la Cour constitutionnelle l'existence d'une nouvelle discrimination entre agents contractuels et statutaires. Une telle dénonciation pourrait néanmoins s'avérer superflue. On verra en effet que l'évolution récente de la jurisprudence constitutionnelle à propos de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 aboutit, selon une certaine lecture, au résultat attendu de ces auteurs... sans nécessité de mobiliser les principes généraux de droit administratif.

C. La reconnaissance d'une obligation générale de motivation *a posteriori* dans le secteur privé

Dans l'entrefaite, le droit du travail devait connaître une évolution significative sur le plan de la motivation, y compris substantielle, avec l'adoption de la loi du 26 décembre 2013 concernant l'introduction d'un statut unique entre ouvriers et employés⁹³ et, plus encore, celle de la Convention collective de travail n° 109 du 12 février 2014 concernant la motivation du licenciement. Nous avons vu que le droit du travail belge a longtemps été marqué par l'affirmation d'un droit discrétionnaire des parties de mettre unilatéralement fin au contrat de travail sans avoir motivé leur choix – il suffisait de respecter les règles en matière de préavis et de ne pas abuser de ce droit – et que la longueur des préavis a longtemps servi de justification au maintien

de cette situation. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 26 décembre 2013 sur le statut unique, les ouvriers bénéficiaient cependant de préavis de licenciement nettement moins longs que les employés. En guise de compensation⁹⁴, le législateur leur avait offert une protection particulière inscrite à l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail. Cette disposition permettait aux ouvriers engagés dans les liens d'un contrat de travail à durée indéterminée de bénéficier d'une indemnité forfaitaire complémentaire équivalente à six mois de rémunération lorsque l'employeur ne parvenait pas à établir que le licenciement était justifié par un motif lié à l'aptitude ou à la conduite de celui-ci, ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service. Cette disposition avait notamment permis au législateur d'éviter la censure de la Cour constitutionnelle – alors Cour d'arbitrage – en 1993⁹⁵.

Dans son arrêt du 7 juillet 2011, la Cour constitutionnelle devait cependant définitivement condamner la différence de traitement entre les ouvriers et les employés, en ce qui concerne notamment la durée des préavis. Le législateur se voyait accorder un délai de deux ans pour y mettre fin. Près de 5 mois après l'échéance fixée, la loi du 26 décembre 2013 concernant l'introduction d'un statut unique entre ouvriers et employés en ce qui concerne les délais de préavis et le jour de carence ainsi que de mesures d'accompagnement voyait le jour. Elle instaure, à partir du 1^{er} janvier 2014, des délais de préavis communs aux ouvriers et aux employés. Le maintien de l'article 63 en faveur des ouvriers ne se justifiait dès lors plus⁹⁶. Aussi, l'article 38 de la loi prévoyait-il que cette disposition cesserait de s'appliquer, pour les employeurs du secteur privé, à partir de l'entrée en vigueur d'une convention collective de travail conclue au sein du Conseil national du travail relative à la motivation du licenciement et, pour les employeurs ne relevant pas du champ d'application de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires et leurs travailleurs, à partir de l'entrée en vigueur d'un régime analogue à celui prévu par la convention collective de travail précitée. Les partenaires sociaux parvinrent à un accord au sein du Conseil national du travail, qu'ils formalisèrent dans la Convention collective de travail n° 109 du 12 février 2014 concernant la motivation du licenciement (entrée en vigueur le 1^{er} avril 2014). Dans le secteur public, aucune disposition n'a à ce jour été adoptée, de sorte que l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 demeure formellement en vigueur.

92. *Ibid.*

93. Loi concernant l'introduction d'un statut unique entre ouvriers et employés en ce qui concerne les délais de préavis et le jour de carence ainsi que de mesures d'accompagnement, *M.B.*, 31 décembre 2013 (vig. 1^{er} janvier 2014).

94. C.A., 21 juin 2001, n° 84/2001, point B.6. Voir également les références aux travaux parlementaires faites par la Cour au point B.3.

95. C.A., 8 juillet 1993, n° 56/1993, point B.4.2.

96. La Cour constitutionnelle a effectivement jugé, dans l'arrêt n° 187/2014 prononcé le 18 décembre 2014, que le maintien de l'article 63 était discriminatoire. Elle a cependant décidé de maintenir les effets de cette disposition jusqu'au 1^{er} avril 2014.



D. Vers une application analogique de la C.C.T. n° 109 au secteur public ?

Le Tribunal du travail d'Anvers, division Tongres, interrogea la Cour constitutionnelle sur la conformité, au regard du prescrit des articles 10 et 11 de la Constitution, du maintien de l'article 63 en faveur des ouvriers employés dans le secteur public. Sans grande surprise⁹⁷, la Cour constitutionnelle jugea, dans son arrêt n° 101/2016 du 30 juin 2016, que celui-ci créait une discrimination en favorisant les ouvriers par rapport aux employés engagés dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée, alors que les délais de préavis étaient uniformisés depuis le 1^{er} janvier 2014. Elle exhorte le législateur à adopter sans délai un régime de protection contre le licenciement manifestement déraisonnable en faveur des travailleurs du secteur public, rappelant que dans le secteur privé un tel régime est en place depuis le 1^{er} avril 2014. Elle indique que « *Dans l'attente de l'intervention du législateur, il appartient aux juridictions, en application du droit commun des obligations, de garantir sans discrimination les droits de tous les travailleurs du secteur public en cas de licenciement manifestement déraisonnable, en s'inspirant, le cas échéant, de la convention collective de travail n° 109* »⁹⁸.

Par l'expression « *droit commun des obligations* », la Cour constitutionnelle renvoie en réalité à la figure de l'abus de droit qui permet aux juridictions de sanctionner l'exercice inconvenant du droit de rupture – notamment au niveau des motifs sur lesquels le congé est fondé⁹⁹ –, lorsqu'aucune autre disposition ne vient au secours du travailleur. Fondée sur le principe de l'exécution de bonne foi inscrit à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil¹⁰⁰, la théorie de l'abus de droit a longtemps constitué la seule voie d'action ouverte aux employés qui se plaignaient d'avoir été injustement licenciés¹⁰¹. Selon la conception traditionnelle, la mise en œuvre de cette théorie impose au travailleur de faire la démonstration d'une faute commise par son employeur à l'occasion de son licenciement, qui soit distincte du non-respect des règles relatives à la rupture du contrat de travail¹⁰². Il lui appartient également d'établir l'existence d'un dommage particulier¹⁰³. Ces conditions strictes expliquent le succès mitigé de la mise en œuvre de ce moyen.

Le système mis en place par les partenaires sociaux dans la C.C.T. n° 109 – dont les juges devraient « s'inspirer » – se différencie de la solution offerte par la théorie de l'abus en de nombreux points. Premièrement, la Convention collective donne une définition précise des motifs acceptables. Empruntant la formule de l'article 63, elle-même inspirée de la recommandation n° 119 du 26 juin 1963 de l'OIT, l'article 7 de la C.C.T. n° 109 définit le licenciement manifestement déraisonnable comme étant « *le licenciement d'un travailleur engagé pour une durée indéterminée, qui se base sur des motifs qui n'ont aucun lien avec l'aptitude ou la conduite du travailleur ou qui ne sont pas fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service, et qui n'aurait jamais été décidé par un employeur normal et raisonnable* ». S'il est également fait référence à l'« employeur normal et raisonnable » dans le cadre de la théorie de l'abus de droit, l'appréciation qui en est faite dans ce cadre s'avère généralement particulièrement sévère. Willy VAN EECKHOUTE et Vincent NEUPREZ relevaient (avant 2014) que « *Si l'ouvrier peut profiter d'une interprétation large de la notion de licenciement abusif, l'employé ne peut pas considérer comme abus de droit tout exercice déraisonnable ou inéquitable du droit de licencier, mais seulement l'exercice inconvenant de ce droit, c'est-à-dire l'exercice à ce point déraisonnable qu'aucune personne raisonnable dans la même situation n'aurait agi de la sorte* »¹⁰⁴. L'interprétation conciliante, voulue par la Cour constitutionnelle, appelle donc une redéfinition des limites traditionnellement données à l'abus de droit. Deuxièmement, la C.C.T. n° 109 instaure un système probatoire particulier, qui impose à l'employeur de prouver les motifs du licenciement, selon une intensité qui varie en fonction des circonstances¹⁰⁵, alors que sur la base de la théorie de l'abus de droit, la charge de prouver le caractère abusif du licenciement repose toute entière sur le travailleur. Troisièmement, la C.C.T. n° 109 prévoit une indemnisation forfaitaire du dommage subi lorsque le licenciement est reconnu déraisonnable, par l'octroi d'une indemnité allant de 3 à 17 semaines de rémunération¹⁰⁶. Quatrièmement et enfin, la C.C.T. n° 109 reconnaît et organise un véritable droit dans le chef du travailleur à obtenir les motifs de son licenciement, dans des dispositions dont la violation est sanctionnée par l'octroi d'une amende civile équivalente à 2 semaines de rémunération¹⁰⁷.

97. Notamment parce qu'elle s'était déjà prononcée sur l'existence d'une telle discrimination dans l'arrêt n° 187/2014 prononcé le 18 décembre 2014.

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

99. Recommandation (O.I.T.) n° 119 du 26 juin 1963 sur la cessation de la relation de travail, remplacée depuis lors par la Recommandation (O.I.T.) n° 166 du 22 juin 1982 sur le licenciement.

100. Cass., 19 septembre 1983, *R.C.J.B.*, 1986, p. 282.

101. Cela n'empêchait néanmoins pas les ouvriers licenciés d'y avoir également recours (Cass., 18 février 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 117, concl. J.M. GENICOT, note P. JOAS-SART, « *L'ouvrier et l'abus de droit de licencier* »).

102. W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social '08-'09 – droit du travail*, t. 3, Waterloo, Kluwer, 2018, p. 2126, n° 4091 (dans la dernière version de leur ouvrage, la question de l'abus de droit n'est plus abordée de manière aussi complète).

103. C'est-à-dire un dommage qui diffère de celui qui est causé par le licenciement lui-même (Cass., 26 septembre 2005, *J.T.T.*, 2005, p. 494).

104. W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social '08-'09 – droit du travail*, t. 3, o.c., p. 2124.

105. Art. 10, C.C.T. n° 109.

106. Art. 9, § 2, C.C.T. n° 109.

107. Art. 3 à 7, C.C.T. n° 109.



L'invitation qui leur est faite par la Cour constitutionnelle a été diversement reçue par les juridictions du travail. Certaines juridictions ont décidé de la suivre pleinement et se fondent désormais sur les motifs inscrits à l'article 8 de la C.C.T. n° 109 pour apprécier l'existence d'un licenciement abusif dans le chef d'un employeur public¹⁰⁸. Certaines ont même été jusqu'à évaluer le dommage subi par le travailleur en « s'inspirant » des forfaits inscrits à l'article 9 de la C.C.T. précitée¹⁰⁹. D'autres, au contraire, se refusent catégoriquement à toute application, fût-elle analogique, des dispositions de la C.C.T. n° 109 aux contractuels de la fonction publique¹¹⁰. Elles relèvent que les dispositions des conventions collectives de travail ne s'appliquent pas à ces travailleurs, dès lors qu'ils sont exclus du champ d'application de la loi du 5 décembre 1968¹¹¹. Elles estiment qu'il n'appartient pas au juge de se substituer au législateur en étendant l'application de ces dispositions à une catégorie de travailleurs auxquels elles ne s'appliquent manifestement pas. À l'appui de cette position, elles rappellent que, dans un arrêt du 11 novembre 2008, la Cour de cassation a jugé qu'« *il ne peut être remédié à la lacune de la loi du 10 avril 1971 constatée par la Cour constitutionnelle en son arrêt du 16 novembre 2004 par une simple extension de l'application de la loi aux stagiaires non rémunérés qui sont victimes d'un accident du travail alors qu'ils effectuent dans une entreprise des travaux prescrits par leur programme d'études* »¹¹². Dans un arrêt du 22 janvier 2018¹¹³, la Cour du travail de Liège prend également acte de l'interdiction qui lui est faite d'étendre le champ d'application de la C.C.T. n° 109. Elle rappelle cependant que la Cour de cassation fait l'obligation aux juges de « *remédier à toute lacune de la loi dont la Cour constitutionnelle a constaté l'inconstitutionnalité, ou à celle qui résulte de ce qu'une disposition de la loi est jugée inconstitutionnelle, lorsqu'il peut suppléer à cette insuffisance dans le cadre des dispositions légales existantes pour rendre la loi conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution* » (je souligne)¹¹⁴. La Cour du travail va alors chercher un critère qui lui permettrait d'appliquer le droit commun de l'abus de droit, tout en remédiant à la discrimination mise en lumière par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 101/2016 du 30 juin 2016. Et la Cour de juger que « *dès lors qu'il convient de rechercher un critère pour apprécier un dépassement manifeste de l'exercice normal du droit de licencier qui ne discrimine pas les ouvriers du secteur public par rapport à ceux du secteur privé, il se justifie pour jauger l'attitude prétendument abusive d'un employeur du secteur public de*

se référer au comportement attendu de l'employeur diligent et prudent d'un ouvrier dans le secteur privé, lequel est soumis à la CCT n° 109 ». Ainsi, la Cour justifie le fait que l'on puisse, comme le suggérait la Cour constitutionnelle, appliquer le droit commun de l'abus de droit en se référant aux critères de la C.C.T. n° 109.

Si certaines juridictions – comme la Cour du travail de Liège – reprennent les critères du licenciement inscrits à l'article 8 de la C.C.T. n° 109 (comportement, aptitude et nécessité de l'entreprise), voire même les forfaits d'indemnisation de l'article 9, aucune n'a, à ma connaissance, poussé l'analogie jusqu'à imposer aux employeurs l'obligation de transmettre les motifs au travailleur dans les 2 mois de sa demande, ni *a fortiori* les sanctions attachées au non-respect de cette formalité prévues à l'article 7. Les contractuels de la fonction publique ne bénéficient dès lors pas (plus), à l'instar des travailleurs du secteur privé, d'un réel droit d'être informés des motifs concrets de leur licenciement...

E. L'arrêt n° 84/2018 du 5 juillet 2018 de la Cour constitutionnelle

La Cour constitutionnelle vient de prononcer, le 5 juillet 2018, un arrêt important en matière de motivation du licenciement dans le secteur public. L'arrêt concerne au premier abord la question de la non-application de la loi du 29 juillet 1991 au licenciement dans le secteur public. Mais on comprend, de la motivation de l'arrêt, que la Cour entendait également réaffirmer la position qu'elle avait « suggérée » dans son arrêt n° 101/2016 du 30 juin 2016 à propos de l'application des principes inscrits dans la C.C.T. n° 109 au licenciement dans le secteur public. Aussi, il m'a semblé pertinent d'aborder cet arrêt dans un paragraphe distinct.

À l'origine de la question, le Tribunal du travail de Liège, division Namur, était saisi par un ouvrier licencié, qui réclamait à son ancien employeur – la Commune de La Bruyère – des dommages et intérêts pour licenciement abusif en raison de l'absence d'audition préalable et de motivation de son licenciement. Dans son jugement, le Tribunal relevait qu'au contraire des travailleurs du secteur privé, les contractuels de la fonction publique ne pouvaient pas bénéficier des dispositions de la C.C.T. n° 109 et que, depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 2015, ils étaient également privés du recours à loi du 29 juillet 1991

108. Trib. trav. fr. Bruxelles (4^e ch.), 20 février 2017, inédit, R.G. n° 7015/A (rejet).

109. Trib. trav. Anvers (div. Tongres), 24 mai 2017, inédit, R.G. n° 14/1451/A ; Trib. trav. Liège (div. Verviers), 26 octobre 2016, inédit, R.G. n° 15/1020/A.

110. Trib. trav. néerl. Bruxelles, 24 avril 2017, inédit, R.G. n° 15/3082/A ; Trib. trav. Anvers, 13 décembre 2016, inédit, R.G. n° 15/6576/A.

111. Art. 2, § 3, de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, *M.B.*, 15 janvier 1969.

112. Cass., 11 novembre 2008, R.G. n° 07.0013.N.

113. C. trav. Liège, 22 janvier 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 669, note R. LINGUET ; dans le même sens, C. trav. Liège (div. Neufchâteau), 12 septembre 2018, inédit, R.G. n° 16/142/A.

114. Cass., 5 février 2016, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1645, obs. Q. PIRONNET ; *J.T.*, 2016, p. 511, obs. S. VERSTRAELEN. Cette directive était déjà donnée dans Cass., 11 novembre 2008, R.G. n° 07.0013.N.



relative à la motivation formelle des actes administratifs. Il se demandait néanmoins si cette dernière exclusion n'était pas susceptible de créer une discrimination entre ces contractuels et leurs collègues engagés dans le cadre d'une relation statutaire. Le Tribunal va donc saisir la Cour constitutionnelle, en lui posant la question suivante : « *La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, éventuellement lue en combinaison avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme*¹¹⁵, *interprétée en ce sens qu'elle ne s'appliquerait pas au licenciement des contractuels de la fonction publique viole-t-elle les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'elle ne permettrait pas au travailleur occupé sous contrat de travail de connaître les motifs ayant présidé à la décision de licenciement qui s'impose à lui, alors que le travailleur statutaire lié à un même employeur peut quant à lui exiger de pouvoir prendre connaissance des raisons à l'origine de la rupture de la relation statutaire qui le liait à l'autorité ayant décidé unilatéralement d'y mettre un terme ?* ».

La Cour répond à la question par la négative : l'exclusion des contractuels de la fonction publique du bénéfice n'est pas, pour elle, contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution lus en combinaison avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Pour ce faire, elle va suivre, dans un premier temps, le même raisonnement que celui qu'elle avait tenu dans ses arrêts des 7 juillet 2017 et 22 février 2018 concernant l'audition préalable, en refusant d'exclure d'entrée de jeu la comparaison entre les agents statutaires et les contractuels¹¹⁶ et en précisant la nécessité d'examiner les spécificités de la situation de ces deux catégories d'agents au regard de l'objet et de la finalité des dispositions en cause. Sur ce dernier point, la Cour considère néanmoins que la nature de la protection offerte aux deux catégories de travailleurs est de nature à justifier la différence de traitement dénoncée quant à l'application de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle. La Cour pointe que l'agent statutaire voit son emploi garanti par le fait que la cessation de celui-ci ne peut être décidée que sur la base d'un des motifs limitativement énumérés par le statut. En cas de contestation, il doit introduire un recours en annulation devant le Conseil d'État endéans un délai de 60 jours, en invoquant à peine d'irrecevabilité tous les moyens dans sa requête, ce qui impose que les agents concernés aient rapidement

connaissance des motifs qui sous-tendent la décision. La Cour relève qu'à l'inverse, « *l'agent contractuel est soumis aux règles applicables au contrat de travail, selon lesquelles toute partie au contrat peut y mettre fin, de façon unilatérale, pour des motifs librement choisis* ». L'agent contractuel dispose d'un délai d'un an après la cessation du contrat pour introduire un recours devant le tribunal du travail, ce qui – selon la Cour – lui permettrait de demander à l'employeur de connaître les motifs de son licenciement¹¹⁷... Avant de valider la position de la Cour de cassation, la Cour constitutionnelle rappelle – et ce point est loin d'être anodin – qu'elle a jugé, dans son arrêt du 30 juin 2016, que « *dans l'attente de l'intervention du législateur, il appartient aux juridictions, en application du droit commun des obligations, de garantir sans discrimination les droits de tous les travailleurs du secteur public en cas de licenciement manifestement déraisonnable, en s'inspirant, le cas échéant, de la convention collective de travail n° 109* »¹¹⁸. Il ne ressort toutefois pas clairement de l'arrêt si cet ajout constitue un des motifs qui ont conduit la Cour à juger que la non-application de la loi du 29 juillet 1991 au licenciement des agents contractuels n'était pas discriminatoire (proportionnée) ou s'il s'agissait seulement d'une manière pour elle d'inciter le juge *a quo* à s'y conformer.

On pourrait reprocher à la Cour d'avoir adopté une vision trop processuelle de l'obligation de motivation formelle inscrite dans la loi du 29 juillet 1991. À la lecture des travaux parlementaires, il apparaît en effet que l'intention du législateur était certes de favoriser le contrôle juridictionnel des décisions prises par les administrations, mais également – et à mon sens au premier chef – de consacrer le droit de tout citoyen d'être informé des motifs d'une décision prise à son égard. Il est significatif à cet égard que la seule disposition de la Convention européenne des droits de l'Homme qui a été citée dans les travaux préparatoires soit l'article 10 (en ce qu'il garantit le droit à recevoir des informations)¹¹⁹ et non l'article 6. Il est probable que si la Cour s'était penchée sur cette seconde finalité de la loi, elle aurait pu juger, comme elle l'a fait concernant l'obligation d'audition préalable, que l'obligation de motivation formelle s'imposait à l'autorité publique parce que cette information permet de prévenir l'arbitraire, de prévenir les erreurs administratives¹²⁰ et, de ce fait, de sauvegarder l'intérêt général. Il me semble que la Cour a, ce faisant, quelque

115. Par cette précision un peu maladroite, on comprend que le tribunal cherchait à ce que la Cour constitutionnelle examine la situation de ces catégories non seulement au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, mais également au regard de la garantie du procès équitable reconnue par la disposition précitée et dont la Cour européenne des droits de l'homme a sanctionné la violation en raison de l'absence de motivation du licenciement d'un agent public dans l'affaire *K.M.C. contre Hongrie*.

116. *Ibid.*, point B.5 et 8.

117. *Ibid.*, point B.8, § 2.

118. *Ibid.*, point B.9, § 3.

119. Proposition de loi relative à la motivation formelle des actes administratifs, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, 1988, 215/1, p. 7 ; Rapport fait au nom de la Commission, *Doc. parl.*, Sénat, 1988, 215/3, p. 4.

120. Cet aspect a été évoqué à plusieurs reprises lors des travaux parlementaires. Voir notamment dans l'exposé des motifs de la proposition de loi, o.c., p. 1 : « *A l'administré, la motivation procure la possibilité d'être informé des motifs de l'acte administratif en même temps qu'elle lui permet de pouvoir discuter en toute connaissance de cause avec son auteur, de manière à éventuellement pouvoir "aménager" la décision. En cas de recours, le requérant informé des motifs d'un acte contesté sera plus à même d'organiser ses moyens. Enfin, elle constitue le gage d'un examen sérieux et impartial de l'affaire* » ; dans le rapport, o.c., p. 10 : « *Un membre déclare qu'il estime que la proposition constitue une initiative louable et fondamentale dans le cadre de la protection des individus contre les erreurs administratives* ».



peu esquivé la question que lui posait le juge *a quo*. Dans sa question, le Tribunal du travail de Liège, division Namur, s'inquiétait en effet du caractère potentiellement discriminatoire de la non-application de la loi du 29 juillet 1991 « *en ce qu'elle ne permettrait pas au travailleur occupé sous contrat de travail de connaître les motifs ayant présidé à la décision de licenciement qui s'impose à lui, alors que le travailleur statutaire lié à un même employeur peut quant à lui exiger de pouvoir prendre connaissance des raisons à l'origine de la rupture de la relation statutaire qui le liait à l'autorité ayant décidé unilatéralement d'y mettre un terme* ». La question portait dès lors d'abord et avant tout sur le droit dont disposent les travailleurs de connaître les motifs de leur licenciement, droit qui – en tant que tel – est consacré par de nombreux instruments internationaux (souvent non ratifiés par la Belgique). Or, sur cette question précise, la Cour aurait sans doute dû constater que si on écarte l'application de la loi du 29 juillet 1991 ainsi que la jurisprudence *K.M.C contre Hongrie* – au sujet de laquelle curieusement elle s'est abstenue de se prononcer –, les contractuels ne disposent plus d'un droit à connaître les motifs de leurs licenciements. Le fait qu'ils puissent effectivement introduire une demande auprès de leur employeur dans le délai de prescription d'un an n'empêche pas que les contractuels de la fonction publique ne sont pas – en l'état actuel de notre droit – en mesure d'exiger que celle-ci y fasse droit. L'invitation faite aux juridictions d'appliquer par analogie la C.C.T. n° 109 est sans effet sur ce point.

F. La sanction

Lorsque la loi du 29 juillet 1991 était appliquée au licenciement des contractuels de la fonction publique, l'effectivité du contrôle opéré par les juridictions de l'obligation de motivation qui incombait aux autorités publiques n'était pas bien grande. Si l'on laisse de côté les quelques décisions qui avaient admis la nullité du préavis lorsque le licenciement avait été incorrectement motivé, la réussite du recours était toujours conditionnée par la démonstration de l'existence d'un préjudice spécifique. Or, à cet égard, la Cour du travail de Mons avait jugé que « *l'absence de motivation de la lettre de congé ne peut se résoudre par l'octroi de dommages et intérêts liés à la perte d'une chance de conserver son emploi puisque la lettre de congé n'est envoyée qu'une fois la décision de rupture adoptée par l'employeur et la chance de conserver son emploi a disparu ; elle n'entraîne que peu d'incidence sur le plan légal* »¹²¹.

Cela est certainement vrai dès lors qu'on se place exclusivement sous l'angle de la motivation formelle (ce qui était le cas à l'époque). Dès lors que le juge est amené à examiner la question de la motivation substantielle du licenciement, le constat est en effet tout différent. Si, comme la Cour constitutionnelle nous y invite, on retient que le licenciement ne peut être valablement notifié que pour des raisons liées au comportement, à l'aptitude ou aux nécessités de l'entreprise, il faut alors considérer qu'un travailleur licencié en dehors de ces hypothèses aurait normalement dû conserver son emploi. Sauf circonstances particulières, celui-ci pourra dès lors faire valoir (dans tous les sens du terme) l'existence d'une chance très importante de conserver son emploi¹²². Ce dommage devrait dès lors à mon sens correspondre à peu de chose près au montant de l'indemnité compensatoire de préavis (laquelle ne saurait cependant être allouée deux fois au travailleur – voir *supra*). Le recours aux forfaits inscrits à l'article 7, lorsque celui-ci est admis, pourrait dès lors dans certains cas s'avérer moins avantageux pour le travailleur.

IV. L'indication des voies de recours

L'article 2, 4°, de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration¹²³ prévoit que, afin de fournir une information claire et objective sur l'action de l'administration, « *tout document par lequel une décision ou un acte administratif à portée individuelle émanant d'une autorité administrative fédérale est notifié à un administré indique les voies éventuelles de recours, les instances compétentes pour en connaître ainsi que les formes et délais à respecter, faute de quoi le délai de prescription pour introduire le recours ne prend pas cours* ». Certains ont estimé que cette disposition s'appliquait également en cas de licenciement d'un contractuel de la fonction publique de sorte que l'autorité se voyait contrainte d'indiquer, dans la lettre de congé, le fait que le travailleur avait la possibilité de contester son licenciement devant le tribunal du travail ainsi que les formes et délais de ce recours¹²⁴. On s'entendait cependant sur le fait que l'absence d'une telle mention ne devait pas avoir d'autre conséquence que le report du délai de prescription¹²⁵.

L'article 15 de la loi du 3 juillet 1978, qui s'applique également aux contrats de travail conclus avec des employeurs publics¹²⁶, prévoit que les actions naissant

121. C. trav. Mons, 12 mai 2010, R.G. n° 21.577, www.socialweb.be.

122. P. JOASSART et N. BONBLED, « Les principes généraux du droit administratif et de bonne administration en droit social », o.c., p. 116.

123. Cette disposition s'applique essentiellement aux actes de l'administration fédérale. Les entités fédérées ont cependant adopté des dispositions similaires pour les actes relevant de leur sphère d'intervention ou de celle des entités locales qui en dépendent. Pour les autorités communales et provinciales wallonnes, par exemple, on se référera à l'article L.3321-1, 4°, du CDLD (qui reprend textuellement le prescrit de l'article 2, 4°, de la loi du 11 avril 1994).

124. M. JOURDAN, « La rupture de la relation de travail des membres du personnel soumis à la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail », in J. JACQMAIN (dir.), *Une terre du travail : les services publics*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 333 à 335 ; J. JACQMAIN, « The (wo)men who juggled with the civil service, and broke it », in S. DEGREZ et C. MOLITOR (éd.), *État des lieux de la fonction publique*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2005, p. 123.

125. Trib. trav. Charleroi, 18 juin 2007, inédit, R.G. n° 180.476.

126. Art. 1^{er}, al. 2, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.



du contrat sont prescrites un an après la cessation de celui-ci (ou cinq ans après le fait qui a donné naissance à l'action, sans que ce dernier délai puisse excéder un an après la cessation du contrat). La Cour du travail de Mons avait néanmoins, dans un arrêt du 24 février 2010, admis la recevabilité d'une action introduite plus d'un an après la cessation du contrat par un travailleur licencié par une intercommunale wallonne au motif que la lettre de congé ne mentionnait pas les voies de recours. La Cour du travail considérait que le délai de prescription inscrit à l'article 15 n'avait, du fait de cette lacune, pas pu commencer à courir. L'intercommunale s'est pourvue en cassation. Dans l'arrêt du 28 mars 2011, la Cour de cassation casse l'arrêt précité de la Cour du travail en jugeant que l'article L 1561-2, 4°, du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation (n.d.l.r. qui est calqué sur l'article 2, al. 4°, de la loi du 11 avril 1994) « *n'impose pas, s'agissant d'une décision mettant fin à un contrat de travail, l'indication sur celle-ci de l'action ouverte au tribunal du travail et du délai de prescription de cette action* »¹²⁷. La Cour estime que cette obligation ne concerne que les « *délais de recours* » au sens strict et non les délais de prescription. Certains ont contesté le bien-fondé de cette jurisprudence, en pointant notamment que l'article 2, 4°, de la loi du 11 avril 1994 fait état – certes maladroitement – du « *délai de prescription pour introduire le recours...* »¹²⁸. Il semble cependant que, sur le terrain, le moyen ne soit plus soulevé dans les prétoires.

V. Conclusion

Faisons donc le point...

Il apparaît aujourd'hui acquis que les autorités publiques ont, par application du principe « *audi alteram partem* », l'obligation de permettre à leurs travailleurs de s'expliquer avant de procéder à leur licenciement, à tout le moins lorsque la mesure est dictée par un motif lié à son comportement ou à sa personne. Cette obligation s'applique également au licenciement pour motif grave. Si les autorités disposent d'une certaine marge de manœuvre pour organiser l'exercice de ce droit¹²⁹, elles doivent néanmoins veiller à ce que le travailleur soit mis en mesure de faire valoir *utilement* son point de vue tant sur la mesure envisagée

que sur les motifs de celle-ci. Cela implique, en règle, que l'agent contractuel ait été informé de la mesure envisagée, des motifs de celle-ci, qu'il ait eu accès aux pièces du dossier, ... Il faut également, si l'on suit la tendance majoritaire, lui permettre de disposer du temps nécessaire pour préparer sa défense et de se faire accompagner, s'il le souhaite, du conseil de son choix. Cela sera très certainement chronophage. Ceci dit, on en disait de même de l'obligation de motivation formelle avant que celle-ci soit généralisée par la loi du 29 juillet 1991... Au-delà de l'aspect juridique – dont l'enjeu est pour le moins limité si l'on considère les montants alloués par les tribunaux –, il me semble néanmoins que l'audition du travailleur devrait contribuer, si pas à humaniser le licenciement, à responsabiliser plus encore les décideurs sur l'impact à la fois économique et moral qu'une telle mesure a nécessairement sur la personne qui la subit. En cela, elle constitue déjà une réelle avancée en faveur des travailleurs.

Sur le plan de la motivation, il me semble qu'il faut à présent faire le deuil de l'application de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, laquelle a été doublement condamnée par la Cour de cassation et par la Cour constitutionnelle. Le fait que les autorités publiques n'aient plus à motiver *a priori* le licenciement, en indiquant expressément les motifs de celui-ci dans le congé ne signifie toutefois pas que celles-ci disposent désormais d'un droit discrétionnaire. Elles pourraient en effet être amenées à justifier les motifs du licenciement *a posteriori* devant les juridictions qui – si elles suivent la recommandation pressante de la Cour constitutionnelle – pourraient exiger d'elles la démonstration de motifs liés au comportement, à l'aptitude ou aux nécessités du service. L'autorité serait dès lors prudente de rassembler les éléments probants utiles pour ce faire... et de permettre au travailleur d'exprimer son point de vue sur ceux-ci au moment où elle l'entendra. Dès lors qu'elle aura pris la peine de constituer un dossier et d'entendre le travailleur, il me semble cohérent que l'autorité expose dans sa décision les motifs de celle-ci, même si une telle obligation ne lui est plus aujourd'hui imposée. Cet exercice lui permettra, autant qu'au travailleur, de s'assurer du bien-fondé de la décision qu'elle s'apprête à prendre et sans doute – on peut l'espérer – d'éviter des procès.

127. Cass., 28 mars 2011, *Pas.*, 2011, I, p. 922 ; *J.T.T.*, 2011, p. 364 ; *Chron. D.S.*, 2013, p. 349 ; *J.L.M.B.*, 2012, p. 130.

128. S. GILSON, F. LAMBINET et Z. TRUSGNACH, *Les obligations particulières de l'employeur public lors du licenciement des travailleurs contractuels*, o.c., p. 181.

129. La Région wallonne a adopté, le 12 juillet 2018, une circulaire destinée à formaliser le processus de licenciement des membres du personnel contractuel (*M.B.*, 30 juillet 2018).

