

Droit de la fonction publique

Pr. Dr. Ann Lawrence Durviaux,
avocat

Rappel

- PLAN DES EXPOSES
 - Chapitre 1 : cadre général
 - Section 1: facteurs et savoirs déterminants
 - Section 2: le cadre normatif
 - §1. Le droit supra-national
 - CEDH + droit communautaire
 - §2. Le droit interne
 - Section 3 : La relation individuelle de travail
 - Section 4 : les relations collectives de travail

Rappel

- PLAN DES EXPOSES
 - Chapitre 2 : Les fonctions publiques
 - Droits et obligations des agents,
 - Début, déroulement et fin de carrière,
 - Déontologie et régime disciplinaire sont étudiés
 - Chapitre 3 : droit social de la fonction publique
 - Chapitre 4 : responsabilité civile et pénale des fonctionnaires et question clés du contrôle juridictionnel

Chapitre 3. Le droit social de la fonction publique

- PLAN
- Section 1. Les agents contractuels
 - §1. Hypothèses de l'engagement par contrat
 - §2. Le principe d'égalité et de non-discrimination
 - §3. Durée de l'engagement
 - §4. La rémunération des agents
 - §5. La discipline des agents contractuels
 - §6. La modification unilatérale d'un élément du contrat
 - §7. Rupture du contrat
 - §8. Prescription
 - §9. Les CCT
- Section 2. Le statut social des agents (pour mémoire)

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels

- Le droit administratif doit être articulé avec le droit commun de la relation de travail
- §1 . Déjà exposé
- §2 . Le principe d'égalité de traitement
 - Des agents dans les liens d'un contrat de travail et des agents statutaires sont amenés à accomplir des tâches similaires. Compte tenu des différences existantes entre les deux relations de travail, se pose la question du caractère justifié ou non des différences de traitement en matière de conditions d'engagement, de modification ou de rupture de la relation de travail, de protection sociale, de discipline, notamment.
 - Ces différences de traitement n'en sont pas pour autant automatiquement discriminatoires et contraires aux principes d'égalité et de non-discrimination prévus par les articles 10 et 11 de la Constitution.
 - La Cour constitutionnelle a été amenée à considérer ces différences de traitement.

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels

- §2 . Le principe d'égalité de traitement
 - 1^{ère} question : la responsabilité extra contractuelle des agents statutaires et contractuels
 - Article 18 de la loi du 3.07.1978 sur le contrat de travail : immunité de l'agent contractuel pour sa faute légère accidentelle
 - Par trois arrêts (des 18 décembre 1996, 9 février 2000 et 28 janvier 2003), la Cour constitutionnelle a considéré que cette différence de traitement entre agents contractuels et statutaires était injustifiée « *étant donné la similitude des relations de travail comparées, notamment sous l'angle de la subordination juridique* ».
 - La différence de traitement a été jugée soit injustifiée, soit disproportionnée

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels

- §2 . Le principe d'égalité de traitement
 - 1^{ère} question : la responsabilité extra contractuelle des agents statutaires et contractuels
 - Article 18 de la loi du 3.07.1978 sur le contrat de travail : immunité de l'agent contractuel pour sa faute légère accidentelle
 - Par trois arrêts (des 18 décembre 1996, 9 février 2000 et 28 janvier 2003), la Cour constitutionnelle a considéré que cette différence de traitement entre agents contractuels et statutaires était injustifiée « *étant donné la similitude des relations de travail comparées, notamment sous l'angle de la subordination juridique* ».
 - La différence de traitement a été jugée soit injustifiée, soit disproportionnée
 - La loi du 10 février 2003 est venue « corriger » très imparfaitement les choses

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels

- §2 . Le principe d'égalité de traitement. 2^{ème} question la prescription
 - Un secrétaire communal a assigné son employeur en responsabilité afin d'obtenir une augmentation barémique qui lui aurait été illégalement refusée.
 - Par un arrêt du 27 juin 2001, la Cour d'Appel de Mons s'avancant vers une solution qui lui donne gain de cause, envisage de limiter la condamnation à une période de cinq ans, soit celle fixée par l'article 15 de la loi du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail, tout en faisant observer que si cette demande émanait d'un agent statutaire, la prescription trentenaire prévue à l'époque par l'article 2262 du code civil aurait été appliquée.
 - La question préjudicielle s'imposait.

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels

- §2 . Le principe d'égalité de traitement. 2^{ème} question la prescription
 - Par son arrêté du 16 octobre 2001 (n°127/2001), la Cour constitutionnelle a répondu à cette question, en soulignant dans un premier temps que « *les agents statutaires ne sont, en principe, pas comparables aux agents contractuels puisqu'ils se trouvent dans des situations juridiques fondamentalement différentes.* »
 - Dans un second temps, la Cour a toutefois souligner qu'il ressortait des motifs de l'arrêté a quo, que l'appelant avait assigné son employeur pour obtenir l'indemnisation du préjudice que celui-ci lui avait causé en n'appréciant pas ses mérites sur la base de critères objectifs.
 - A cet égard, constate la Cour, il se trouve dans une « *situation qui n'est pas différente de celle d'un agent statutaire qui agirait pour le même motif contre l'intercommunale qui l'emploie. Les règles juridiques différentes qui régissent la relation de travail de l'une et l'autre catégories d'agents n'empêchent pas qu'il se trouve, par rapport à la question de droit posée par leur action, dans une situation comparable* ».

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels

- §2 . Le principe d'égalité de traitement. 2^{ème} question la prescription
 - A l'instar de la démarche entreprise en matière de responsabilité, la Cour d'arbitrage a examiné si les agents statutaires et contractuels se trouvaient dans une situation comparable quant à la question de droit posée par leur action originaire.
 - Dans la mesure où la Cour d'arbitrage répond par l'affirmative, elle examine ensuite si la différence de traitement entre les différents agents statutaires et contractuels est adéquate, justifiée et proportionnée.

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels

- §2 . Le principe d'égalité de traitement. 2^{ème} question la prescription
 - Dans le cas d'espèce, la Cour d'arbitrage a précisé que l'article 15 de la loi du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail qui prévoit une prescription de 5 ans limitée à 1 an après la rupture du contrat de travail pour les agents contractuels ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution.
 - Elle a ainsi précisé que « *la prescription quinquennale est la prescription applicable à la plupart des actions nées d'une relation de travail. La constatation qu'il existe encore quelques actions contractuelles, nées d'une relation de travail, qui sont prescrites après 30 ans, ne peut amener à juger la prescription quinquennale discriminatoire. Le principe d'égalité et de non-discrimination aurait des conséquences absurdes s'il imposait d'écarter une règle, devenue générale en matière de prescription des actions en responsabilité contractuelle, dès lors qu'elle souffre encore quelques exceptions* »

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels

- §2 . Le principe d'égalité de traitement. Précisions
 - La Cour du travail de Liège précise bien en quoi toute différence de traitement entre agents statutaires et contractuels ne constitue pas *ipso facto* une discrimination au sens des articles 10 et 11 de la Constitution : « *une différence de traitement entre le personnel contractuel et le personnel statutaire d'une même entité se justifie par les statuts propres à ces deux catégories de travailleurs. Ces statuts, qui forment chacun un tout homogène, ont leurs caractéristiques propres, tant en ce qui concerne la rémunération au sens large, que les congés, que l'évolution de carrière etc., chaque statut offre des avantages particuliers ou a ses inconvénients, de sorte qu'une différence de traitement entre ces deux catégories de travailleurs n'est pas nécessairement discriminatoire* »

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels

- §2 . Le principe d'égalité de traitement. Précisions
 - Le professeur J. JACQMAIN a pu souligner que le recours croissant à l'engagement par contrat dans le secteur public, obligeait les services du personnel à maîtriser un corps de règle à côté de celles qui s'appliquent aux agents statutaires et suscitait l'éclosion d'un contentieux du contrat de travail. Mais plus fondamentalement, il invite à l'approche comparative systématique des situations juridiques de ces deux catégories de personnel, censées coexister

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels

- §3. Durée de l'engagement ?
- A côté du contrat de travail à durée indéterminée et à temps plein, la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail permet d'autres engagements permettant une adaptation aux nécessités des activités économiques fluctuantes et diverses : le contrat à durée déterminée, pour un travail nettement défini, de remplacement, à domicile ou d'étudiant.
- D'autres formules de travail comme les fonctions de représentants de commerce, le travail à temps partiel, le recours à l'intérim ou à des contrats de mise à l'emploi ou de stage constituent autant de formules contractuelles offrent une souplesse certaine dans l'organisation d'une relation de travail.
- Les hypothèses d'engagement par contrat dans la fonction publique sont limitées à des fins précises, répondre à des besoins exceptionnels et temporaires en personnel, remplacer des agents absents, permettre d'accomplir des tâches auxiliaires et spécifiques ou pourvoir au recrutement de personnes hautement qualifiées.

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels

- §3. Durée de l'engagement ?
- Faut-il nécessairement conclure que l'engagement d'agents contractuels se fait essentiellement par le biais de contrats de remplacement, de contrats à durée déterminée ou pour un travail nettement défini ?
- Un examen plus attentif des faits semble indiquer un hiatus entre la théorie et la pratique

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels

- §3. Durée de l'engagement ?
- Les contrats de travail à durée limitée comme les contrats de remplacement, les contrats à durée déterminée ou les contrats pour un travail nettement défini doivent être constatés ***par écrit pour chaque travailleur individuellement, au plus tard au moment de l'entrée en service de celui-ci.***
- A défaut d'avoir respecté cette formalité légale, ils sont requalifiés en contrats à durée indéterminée.
- En l'absence de signature d'un contrat, l'engagement est *de facto* conclu à durée indéterminée

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels

- §3. Durée de l'engagement ?
- Madame LEURQUIN-DE VISSCHER a fait observer que la pratique semblait s'écarter des contraintes légales.
- A l'exception des contrats de remplacement qui sont généralement conclus pour une durée déterminée, la plupart des contrats conclus par les Régions sont conclus à durée indéterminée, en dépit de l'article 2 de l'ARPG.
- En effet, les besoins exceptionnels et temporaires devraient naturellement être rencontrés par des contrats à durée déterminée, les tâches auxiliaires ou spécifiques pouvant l'être par des contrats conclus à durée déterminée ou indéterminée.
- Madame LEURQUIN-DE-VISSCHER explique cette pratique en partie par l'oubli d'indiquer dans les contrats individuels la durée de l'engagement mais également par le fait qu'une personne maintenue en service alors qu'elle a été engagée à durée déterminée, bénéficie du jeu de l'article 10 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail, l'engagement étant alors censé avoir été conclu pour une durée indéterminée.

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels

- §3. Durée de l'engagement ?
- Cette pratique est la source des nombreuses difficultés, parfois ressenties comme des discriminations, en raison de la coexistence de deux systèmes de relation individuelle de travail dans la durée (statut et contrat de travail). Comment un service de gestion du personnel pourra-t-il combiner par exemple, l'engagement par contrat et le système de carrière, socle de tout statut, en maintenant une cohérence dans ses équipes ?

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels

- §4. La rémunération
- En droit du travail et de la sécurité sociale, la notion de rémunération varie d'une loi à l'autre.
- Elle se distingue fondamentalement du traitement de l'agent qui à l'origine avait uniquement pour but de permettre à l'agent de tenir son rang dans la société.
- La Cour de Cassation a défini la notion de **rémunération** telle que reprise par la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail comme **la contrepartie du travail effectué en exécution d'un contrat de travail**

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels

- §4. La rémunération
- Dans la mesure où le droit à la rémunération est né de l'exécution du contrat de travail et constitue la contrepartie du travail exécuté, sauf dispositions légales ou conventionnelles dérogatoires, le travailleur ne peut prétendre à une rémunération durant la période où, même par le fait de l'employeur, il n'exécute pas de travail
- Cependant, la loi du 3 juillet 1978 permet le maintien du salaire à l'agent contractuel pendant une période limitée en cas de **maladie sous forme du salaire garanti**
- La rémunération d'un agent contractuel est donc directement dépendante des prestations de travail effectuées et non d'une position administrative d'activité de services leur permettant de bénéficier d'un traitement dans diverses hypothèses comme c'est le cas pour les agents statutaires.

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels

- §4. La rémunération
- En dépit de ces différences, **la loi du 12 avril 1965 sur la protection de la rémunération** s'applique aux deux relations de travail (contrat et statut).
- Les contestations relatives à la rémunération des agents statutaires ou contractuels sont de la compétence des juridictions judiciaires

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels

- §4. La rémunération : modification de la rémunération ou d'un de ses éléments
- La rémunération des agents contractuels constitue un élément essentiel du contrat de travail qui ne peut être modifié unilatéralement par l'employeur public.
- En cas de modification unilatérale d'un élément de la rémunération par l'employeur, le travailleur ou l'employeur peut :
 - soit réclamer une exécution en nature consistant dans le paiement de la rémunération convenue par les parties majorée des intérêts légaux,
 - soit invoquer l'existence d'un acte équipollent à rupture dans le chef de l'employeur.
- A l'opposé, le traitement des agents statutaires est régi par la loi du changement. L'agent statutaire n'a pas de droit acquis à sa rémunération qui peut toujours être modifié pour l'avenir

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels

- §4. La rémunération : modification de la rémunération ou d'un de ses éléments
- La rémunération des agents contractuels constitue un élément essentiel du contrat de travail qui ne peut être modifié unilatéralement par l'employeur public.
- En cas de modification unilatérale d'un élément de la rémunération par l'employeur, le travailleur ou l'employeur peut :
 - soit réclamer une exécution en nature consistant dans le paiement de la rémunération convenue par les parties majorée des intérêts légaux,
 - soit invoquer l'existence d'un acte équipollent à rupture dans le chef de l'employeur.
- A l'opposé, le traitement des agents statutaires est régi par la loi du changement. L'agent statutaire n'a pas de droit acquis à sa rémunération qui peut toujours être modifié pour l'avenir

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels

- §4. La rémunération : modification de la rémunération ou d'un de ses éléments
- Dans le secteur privé, les compléments au salaire qui ne procèdent pas d'une libéralité de l'employeur ont la même nature conventionnelle que la rémunération : l'article 3 de la loi du 12 avril 1965 incite, d'ailleurs, à les assimiler au salaire, la CCT n°23 évoque une rémunération qui inclut la prime de fin d'année
- Cette tendance à intégrer dans la rémunération les avantages et allocations diverses accordées aux agents statutaires n'existe pas
- Dès lors, les primes allouées aux agents contractuels sont intégrées à la rémunération et deviennent un élément essentiel de la relation de travail. Par conséquent, toute modification importante et unilatérale de l'employeur public risque d'être considérée comme un acte équipollent à rupture dans son chef.

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels

- §4. La rémunération : application conventionnelle des barèmes
- La rémunération des agents contractuels est généralement fixée dans un contrat standard qui fait souvent référence à échelle barémique prévue à l'origine pour les agents statutaires. La technique suscite quelque problème, comme l'illustre un récent arrêt de la Cour de travail de Liège
- Une personne titulaire d'un diplôme d'architecte engagée pour une durée de 6 mois par une commune. D'abord affectée à des tâches d'administration, elle conclut un nouveau contrat à durée indéterminée pour exercer les fonctions d'agent technique (D7). La clause contractuelle qui fixait sa rémunération faisait référence à l'échelle D7 lui garantissant une rémunération comparable à celle d'un agent de l'Etat exerçant une fonction comparable.

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels

- §4. La rémunération : application conventionnelle des barèmes
- Constatant que d'autres agents de la commune exerçant des fonctions analogues bénéficiaient de l'échelle D9, l'agente contractuelle a entamé une procédure judiciaire ayant pour objet une régularisation de sa rémunération sur base de l'échelle barémique D9.
- La Cour a tranché le litige sur base de l'exécution de bonne foi des conventions (article 1134, alinéa 3 du Code civil), et non pas en se fondant sur le principe de la convention loi.
- En effet, **en l'absence de base contractuelle permettant à l'agent public sous contrat de réclamer l'application d'une autre grille barémique qui corresponde aux fonctions réellement exercées**, les juridictions du travail examinent si, conformément au principe de l'exécution de bonne foi des conventions, l'échelle barémique appliquée correspond bien à la fonction réelle de l'agente comparée à celle des autres agents de la commune.

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels

- §4. La rémunération : application conventionnelle des barèmes
- Aux termes de l'instruction de la cause, la Cour du travail a estimé que l'agente avait bien été rémunérée à une échelle barémique qui correspondait à la fonction réellement exercée de sorte qu'elle ne peut bénéficier de dommages et intérêts équivalents à une régularisation de rémunération.

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels

- §4. La rémunération : suspension du contrat de travail
- Il a été rappelé qu'en droit du travail, la Cour de Cassation a défini la notion de rémunération comme la contrepartie du travail effectué en exécution du contrat de travail. Dès lors, le travailleur ne peut prétendre à une rémunération durant la période où, même par le fait de l'employeur, il n'exécute pas de travail sauf dérogation légale ou conventionnelle
- La loi du 3 juillet 1978 a ainsi prévu que le travailleur qui n'effectuerait pas de prestations de travail conserverait malgré tout sa rémunération : salaire garanti en cas de maladie, vacances annuelles, impossibilité d'entamer ou de poursuivre le travail, etc

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels

- §4. La rémunération : suspension du contrat de travail
- A l'opposé, les agents statutaires bénéficient des congés définis par le statut, le paiement du traitement étant déterminé par le statut au travers des positions administratives.

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels **§5. La discipline**

- L'exercice du pouvoir disciplinaire, inhérent à l'organisation pyramidale de l'administration et au système de carrière d'une relation de travail de type statutaire, ne peut être transposé comme tel, dans la relation de travail reposant sur un contrat.
- Quasi inexistant en droit du travail, le contentieux disciplinaire des agents statutaires est par contre, très important. En effet, les sanctions disciplinaires répriment les manquements aux devoirs des agents statutaires
- Par contre, les articles 16 et 17 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail relatifs aux obligations générales du travailleur ne prévoient pas de sanction en cas de manquement à l'opposé, par exemple, du Code du travail français.
- L'effet pervers réside dans la logique du tout ou rien pour l'agent contractuel, si un problème se pose, le licenciement avec préavis, sanction ultime, intervient

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels **§5. La discipline**

- Si aucune disposition de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail ne prévoit le principe de l'application des sanctions disciplinaires à l'encontre d'un travailleur, **l'idée de discipline n'est pas étrangère à cette relation de travail. Elle repose sur l'existence du lien de subordination.** Elle est mise en œuvre par la loi du 8 avril 1965 relative aux règlements de travail
- Le règlement de travail doit en effet énoncer les pénalités, c'est-à-dire les sanctions disciplinaires qui pourront trouver à s'appliquer en cas de manquement établi et imputé aux membres du personnel ; le montant et la destination des amendes, seule sanction disciplinaire évoquée par la loi ; ainsi que les manquements imputables aux membres du personnel susceptibles de donner lieu à l'application d'une sanction

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels **§5. La discipline**

- .De façon curieuse, l'article 19 bis inséré par la loi du 18 décembre 2002 exclut pour la majorité des services publics, soit ceux qui n'étaient pas régis par la loi de 1965 avant l'entrée en vigueur de la loi du 18 décembre 2002, l'application de l'intégralité des articles prévus au chapitre IV Pénalités.
- Ceci a pour conséquence de rendre inapplicable notamment l'article 16 de la loi du 8 avril 1965 instituant les règlements de travail qui prévoit que seules les pénalités prévues par le règlement de travail peuvent être appliquées
- Toutefois, ce principe figure à l'article 6,6 de la loi de 1965 sur le règlement de travail. Il ressort en outre, du principe « *Nulla poena sine lege* » qui s'applique également en matière disciplinaire

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels **§5. La discipline**

- SANCTIONS DISCIPLINAIRES ?
- Les sanctions figurant habituellement dans les statuts sont-elles transposables à la relation de travail reposant sur un contrat ?
- Les sanctions telles que la remarque verbale, l'avertissement, la réprimande, le blâme, une note figurant dans le dossier personnel, la suspension temporaire des fonctions sans perte de rémunération, l'amende, la mise à pied avec perte de rémunération, la rétrogradation, ainsi qu'éventuellement, le licenciement éventuellement pour motif grave, peuvent-elles être infligées à un agent contractuel ?
- Assurément non, comme l'indique justement Madame JANVIER, **certaines sanctions ne sont pas compatible avec la nature même du contrat de travail (rétrogradation, retenue sur salaire), d'autres sanctions « telles que l'avertissement, la réprimande ou le blâme, qui ne portent pas atteinte au droit pécuniaire du travailleur, sont possibles, mais la question reste de savoir si, pour cela, un règlement disciplinaire est réellement indispensable, avec toutes les formalités administratives qu'il implique – obligatoirement – en général ».**

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels **§5. La discipline**

- SANCTIONS DISCIPLINAIRES ?
- La transposition pure et simple des sanctions disciplinaires statutaires se heurte à différents obstacles.
 - D'une part, l'article 25 de la loi du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail prévoit que **toute clause par lequel l'employeur se réserve le droit de modifier unilatéralement les conditions de travail est nulle.**
 - D'autre part, l'article 51 de la loi du 5 décembre 1968 dispose que **les clauses d'un règlement de travail ne peuvent déroger à une loi impérative, hiérarchiquement supérieure**

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels **§5. La discipline**

- Concrètement, les sanctions disciplinaires de rétrogradation, de mise à pied avec ou sans perte de rémunération portent potentiellement atteinte à un élément essentiel du contrat de travail de l'agent contractuel.
 - Les dispositions du règlement de travail prévoyant ces sanctions sont dès lors susceptibles d'être jugées contraires à l'article 25 de la loi du 3 juillet 1978, disposition impérative hiérarchiquement supérieure.

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels **§5. La discipline**

- Deux arrêts de la Cour de Cassation sont intervenus à cet égard.
- Dans un premier arrêt du 4 décembre 1975, la Cour de Cassation a examiné la licéité des sanctions disciplinaires de **rétrogradation** prononcées à l'encontre d'un agent contractuel sous l'empire de la loi du 10 mars 1900 sur le contrat de travail, soit avant l'entrée en vigueur de l'article 25 de la loi du 3 juillet 1978. Elle a considéré que **la sanction disciplinaire de rétrogradation ne constituait pas nécessairement une modification unilatérale des conditions de travail et ce, en dépit du fait qu'elle entraînait une diminution de la rémunération du travailleur.**

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels **§5. La discipline**

- Deux arrêts de la Cour de Cassation sont intervenus à cet égard.
- Dans un deuxième arrêt du 10 octobre 1998, la Cour de Cassation a examiné la même question après l'entrée en vigueur de l'article 25 de la loi du 3 juillet 1978. Une enseignante du réseau de l'enseignement libre subventionné nommée à titre définitif était retombée dans une nomination provisoire, suite à une mesure disciplinaire, et avait été licenciée trois mois plus tard moyennant préavis. La Cour de Cassation a considéré que **les dispositions du statut disciplinaire ne pouvaient déroger au principe de l'interdiction de modifier unilatéralement les conditions de travail inscrit à l'article 25 de la loi du 3 juillet 1978 et s'avéraient dès lors illicites**
- Le Conseil d'Etat a considéré lui aussi que **la suspension du contrat de travail comme sanction disciplinaire** ne s'applique qu'au personnel statutaire et non aux agents contractuels dans la mesure où la suspension peut être analysée comme une **modification unilatérale d'un élément essentiel du contrat de travail**

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels **§5. La discipline**

- CRITIQUES (Mesdames DETRY et CASTIAUX)
- Ces dernières expliquent que la loi du 8 avril 1965 a **expressément confié aux seuls règlements de travail le soin d'édicter des sanctions disciplinaires**, de sorte que les mentions du règlement de travail qui font application de la loi du 8 avril 1965 et prévoient des sanctions disciplinaires, interviennent **sur base d'une délégation expresse du législateur. Elles font en quelque sorte disparaître le conflit de normes.**
- La Cour de Travail de Bruxelles dans un arrêt du 22 juin 1990 s'est prononcée en ce sens : q« *il n'existe donc pas de conflit de normes au sens de l'article 51 de la loi du 5 décembre 1968 entre, d'une part, le contrat de travail qui prévoit dans ses dispositions la fonction qu'exercerait normalement le travailleur et le salaire correspondant et, d'autre part, le règlement de travail qui indique les sanctions disciplinaires et parmi celles-ci « la rétrogradation » que subira le travailleur en cas de manquement à sa fonction (. . .)* ». Elle a considéré que la sanction de rétrogradation prévue dans le règlement de travail est régulière puisque les sanctions disciplinaires et pénalités trouvent leur fondement dans la loi du 8 avril 1965.

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels **§5. La discipline**

- La Cour du travail de Liège a également admis que le règlement de travail puisse prévoir une suspension dans l'exécution du contrat de travail sans paiement de rémunération à titre de sanction disciplinaire.
- La sanction doit néanmoins être proportionnée aux faits commis.
- La question de la légalité des sanctions disciplinaires qui modifient des conditions de travail convenues entre parties demeure, dès lors, controversée.
- Le système de chambre de recours composée paritairement de représentant de l'autorité et de représentants syndicaux, imposé par l'ARPG, n'est pas transposable aux agents contractuels.
- Les décisions disciplinaires de l'autorité ne peuvent être contestées que devant le tribunal du travail sur base de l'article 578,1° du code judiciaire.

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels **§ 6 Modification unilatérale du contrat**

- La « loi du changement », selon la très piquante précision du Professeur Jacqmain, « *attribut aussi célèbre que mystérieux que la fonction publique* », permet à l'employeur public de modifier unilatéralement les éléments de statut sans que le personnel puisse invoquer des droits acquis pour y faire obstacle.
- Le contrat de travail détermine les droits et obligations des parties et ne peut être modifié que de l'accord des parties, sous réserve d'un éventuel vice de consentement, une modification du contrat défavorable à un travailleur pouvant avoir été obtenu par erreur, extorqué par violence morale. Le professeur FORIERS souligne qu'« évoquer l'idée qu'un contrat puisse être modifié unilatéralement relève de prime abord de l'hérésie : *pacta sunt servanda* ».

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels **§ 6 Modification unilatérale du contrat**

- Les conséquences de la loi du changement sont bien connues. Une autorité publique peut modifier les règles d'organisation d'un service public, en ce compris le statut qui s'applique aux agents qui ne peuvent faire valoir aucun droit acquis.
- Le statut étant une norme à valeur réglementaire, la modification apportée doit nécessairement revêtir la forme d'une disposition générale, concerner tous les agents ou une catégorie définie de ceux-ci, sans jamais viser un cas individuel.
- En matière de rémunération, si l'agent statutaire n'a pas de droits acquis au montant de sa rémunération il a un droit à la rémunération pour le travail accompli.

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels **§ 6 Modification unilatérale du contrat**

- Le droit du travail consacre sous certaines conditions la possibilité pour l'employeur de modifier unilatéralement certaines conditions de travail. Ce droit de modification ou *ius variandi* a été développé par la jurisprudence et la doctrine sans que son fondement juridique soit clairement établi.
- Une certaine idée de « l'autorité » ou de l'entreprise, « en tant que situation de fait » implique pour certains, que l'employeur dispose d'un certain droit de modification afin d'assurer une direction efficace à l'entreprise. N'est sans doute pas étrangère, l'idée du caractère partiellement indéterminé de la prestation de travail, conséquence du fait que le travailleur met sa force de travail à disposition de l'employeur pour une période déterminée ou indéterminée.

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels **§ 6 Modification unilatérale du contrat**

- Si le fondement du *ius variandi* est incertain, ce droit de modification unilatérale par l'employeur n'est pas absolu. Ces contours ont d'ailleurs été strictement définis par la jurisprudence de la Cour de Cassation.
- Dans un premier temps, la Cour de Cassation a considéré que l'article 25 de la loi du 3 juillet 1978 qui interdit les clauses contractuelles autorisant l'employeur à modifier unilatéralement le contrat de travail **ne visait que les éléments essentiels du contrat et non les éléments accessoires**
- La Cour de Cassation a ensuite indiqué que les conditions convenues ne pouvaient être modifiées unilatéralement : « *le ius variandi de l'employeur se limite aux conditions accessoires qui n'ont pas été fixées contractuellement* ».

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels **§ 6 Modification unilatérale du contrat**

- Bien qu'il y ait des controverses sur l'étendue du *ius variandi*, la modification unilatérale importante d'un élément essentiel du contrat par l'employeur est illicite
- Du fait de son statut d'autorité publique, l'Etat, la Communauté ou la Région peuvent-ils modifier unilatéralement les conditions de travail d'un agent contractuel plus largement sur base de la loi du changement ?
- La réponse varie selon que l'accent est mis sur le statut d'autorité publique et ses lois du service public ou sur le lien contractuel

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels **§ 6 Modification unilatérale du contrat**

- BUTTGENBACH et DEMBOUR ont défendu la thèse selon laquelle les agents contractuels étaient également soumis à la loi du changement de sorte que l'autorité avait le pouvoir de modifier unilatéralement les conditions de travail de l'agent contractuel : *« même à l'intérieur du lien contractuel, l'administration conserve toujours le droit de modifier unilatéralement la situation juridique de l'agent, en vertu de la loi du changement, et, précisément, parce que nonobstant le contrat, l'agent se trouve en situation légale et réglementaire. (. . .). La loi du changement a ici pour effet d'interdire à l'agent la revendication de l'exécution en nature des obligations contractuelles initiales de l'administration, lorsque cette exécution contredit l'intérêt du service public. Pour le reste, le contrat subsiste bien entendu en dépit de la modification imposée »*

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels **§ 6 Modification unilatérale du contrat**

- Les deux grands auteurs liégeois s'inspiraient de la théorie française des contrats administratifs qui n'a cependant pas été reçue dans les mêmes termes en droit belge.
- Cette thèse a dès lors logiquement été contestée tant par la doctrine que par la jurisprudence. L'autorité qui a conclu un contrat de travail ne peut « *faire l'impasse sur l'essence même de la relation contractuelle (. . .) l'autorité ne peut se réserver le droit de modifier les dispositions essentielles du contrat de travail au nom des nécessités du service public, à peine de faire disparaître les notions mêmes de contrat et de statut* »

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels **§ 6 Modification unilatérale du contrat**

- Par ailleurs et d'un point de vue plus technique, la loi du changement est un principe général de droit administratif non écrit, susceptible à l'interdiction légale de modifier les conditions essentielles du contrat de travail résultant des articles 20, 1° et 25 de la loi du 3 juillet 1978 qui sont reconnus comme impératifs
- Illustrations jurisprudentielles dans les notes

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels **§ 6 Modification unilatérale du contrat**

- Sanctions ?
- A l'exception des modifications unilatérales de l'employeur dans le cadre strictement défini du *ius variandi*, la modification unilatérale des conditions de travail par l'employeur constitue un manquement contractuel qui permet au travailleur, lorsque les conditions sont réunies, d'invoquer une rupture dans le chef de l'employeur dans la mesure où la modification unilatérale peut être qualifiée d'acte équipollent à rupture, de solliciter la résolution judiciaire du contrat de travail suite à une faute de l'employeur ou de réclamer en justice l'exécution forcée du contrat.

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels **§ 7 Rupture**

- La rupture du contrat de travail des agents contractuels est régie par les modes généraux d'extinction des obligations (la résiliation de commun accord, la résolution judiciaire, la condition résolutoire, l'événement du terme, la novation, l'annulation, la force majeure).
- Elle peut intervenir par l'expiration du terme, par l'achèvement du travail en vue duquel le travail a été conclu, par la volonté unilatérale de l'une des parties que ce soit moyennant préavis ou paiement d'une indemnité, en cas de motif grave de rupture ou par la mort du travailleur.
- La qualité publique de l'employeur emporte d'autres spécificités.

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels **§ 7 Rupture**

- Le principe de l'audition préalable (*audi alteram partem*) a été érigé au rang de principe général, en cas d'adoption de mesures disciplinaires, mais également de mesures non disciplinaires prises à l'encontre d'un agent lorsqu'elle est grave et prise en raison de son comportement (mesure prise en cas de manquements professionnels...), mais encore en cas de mesures qui portent gravement atteinte à un droit ou à un intérêt d'un administré
- Il émerge également dans le cadre du licenciement d'un agent contractuel bien qu'il puisse entrer en conflit avec les délais prévus par l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail (licenciement pour motif grave) qui prévoit un double délai de 3 jours d'une part, entre la connaissance des faits et le licenciement et, d'autre part, entre le licenciement et la notification des motifs.

Chapitre 3. S1. Les agents contractuels **§ 7 Rupture**

- L'audition préalable de l'agent ne s'impose qu'au cas, fréquent, où l'autorité est en présence d'éléments contradictoires. Ce principe ne ressort pas des droits de la défense au sens strict mais du principe d'équitable procédure. Dans la mesure où il n'est pas considéré comme relevant de l'ordre public, son respect doit être demandé par le travailleur.
- Par un arrêt du 10 décembre 2003, la Cour du travail de Bruxelles a considéré qu'une commune aurait dû procéder à l'audition de son agente contractuelle afin d'être informée de manière complètement objective des circonstances de fait qui précédaient son licenciement et éviter tout risque d'erreur ou de contestation. Elle invoque les principes généraux de bonne administration et d'audition préalable qui, dans le souci du respect des droits de la défense, imposent d'entendre l'intéressée.