

AGENTS CONTRACTUELS ET SECTEUR PUBLIC : **OXYMORE OU MORT DU STATUT ?**

Jean BOURTEMBOURG

Avocat au barreau de Bruxelles

Maître de conférences à l'UCL-Mons

1. Les considérations dont nous ont fait part Jérôme SOHIER et Vincent VUYLSTEKE ouvrent des questionnements qui, à peine formulés, en appellent d'autres qui conduisent à s'interroger sur ce que l'on croyait acquis.

2. Le fait ne peut être ignoré : les pouvoirs locaux comptaient à l'échelle de la Belgique, au deuxième trimestre de l'année 2015, 361.414 agents, dont 131.911 statutaires et 229.503 contractuels.

Plus de 63 % des agents sont donc des agents contractuels.

Entre 2005 et 2015 le nombre de contractuels – hors contractuels subventionnés – a augmenté de 16,35 %, là où le nombre de statutaires diminuait de 0,33 %.

3. Un arrêté royal du 21 décembre 2013 nous apprend que, dans le secteur communal, le fonctionnaire sanctionnateur peut être contractuel.

4. Comment s'étonner de cette situation lorsque les communes connaissent de graves différences de financement sauf si l'on voulait empêcher les pouvoirs locaux de participer à des programmes qui sont conçus, notamment pour eux qui leur permettent de :

- faire appel au régime des contractuels subventionnés ;
- participer aux conventions de premier emploi dans des projets globaux de société ;
- participer aux programmes d'insertion professionnelle avec le CPAS ;
- bénéficier de programmes Maribel, le tout supposant d'engager des travailleurs contractuels.

5. Depuis des années, l'autorité ne cesse de proclamer, de manière récurrente, le principe statutaire pour immédiatement ouvrir la brèche au recrutement contractuel. La distorsion entre le droit et le fait devient de plus en plus évidente ; elle est source de difficultés et d'incompréhension.

D'une part, on voit dans certaines entités où le statut doit être considéré comme étant en extinction, des statutaires considérés comme des travailleurs de seconde zone, d'autre part dans d'autres entités – et on songe particulièrement aux pouvoirs locaux – on voit le principe d'égalité sérieusement malmené par cela que le contractuel ne peut mener carrière tandis qu'il paiera cher, au moment de son admission à la pension, le fait de n'avoir pas été nommé.

6. On supposait jusqu'il y a peu qu'il était des fonctions qui ne pouvaient être occupées que par un agent statutaire dès lors que leur exercice impliquait celui d'une parcelle de la puissance publique.

7. L'arrêt Khemessi, n° 127.677 prononcé par le Conseil d'Etat le 2 février 2004, se prononçait de manière claire lorsqu'une fonction implique l'exercice d'une parcelle de la puissance publique, elle ne peut être confiée à un agent contractuel, sauf si une disposition législative expresse l'autorise.

8. La question s'est alors posée de savoir si un membre du personnel qui n'est pas soumis au statut peut intervenir pour prendre à l'égard d'un travailleur statutaire des mesures prévues par le statut de ce dernier.

Dans un premier temps, le Conseil d'Etat suivra le raisonnement proposé par l'arrêt Khemessi : la décision unilatérale portant nomination d'un agent constitue un acte de puissance publique. Le pouvoir de révoquer se rattache au pouvoir de nommer. Dès lors, le pouvoir de révoquer ne peut être exercé que par une personne ou un organe titulaire d'une parcelle de la puissance publique (Maes, n° 161.214, du 10 juillet 2006).

9. La Cour constitutionnelle interviendra. L'article 29, § 1^{er}, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques dispose qu'une entreprise publique autonome peut recruter et employer du personnel en vertu d'un contrat de travail afin, notamment, d'exécuter des tâches nécessitant une connaissance ou une expérience de haute qualification.

Le Conseil d'Etat interroge la Cour constitutionnelle sur la compatibilité de la disposition avec les articles 10 et 11 de la Constitution si toutefois elles devaient être interprétées comme n'incluant pas, parmi les tâches nécessitant une connaissance ou une expérience de haute qualification, les fonctions de managers en gestion des ressources humaines.

Le recrutement par voie contractuelle de managers en gestion des ressources humaines au sein des entreprises publiques autonomes est-il admissible ?

La Cour décidera que le principe d'égalité et de non-discrimination n'impose pas qu'un statut juridique identique soit appliqué à toute personne qui travaille au sein des services publics et il appartient à l'autorité compétente de choisir « *la voie la plus appropriée* » pour réaliser les missions de services publics dont elle est chargée.

Le statut d'entreprise publique autonome n'est en rien de nature à justifier l'interdiction d'engager, par voie contractuelle, des managers en gestion des ressources humaines.

Cet arrêt de la Cour constitutionnelle conduira à l'arrêt Maes n° 188.123 prononcé le 21 novembre 2008 par le Conseil d'Etat de même qu'à l'arrêt d'assemblée Bequet n° 192.102 du 31 mars 2009 : la thèse relative aux limites des prérogatives d'un agent contractuel ne repose sur aucun fondement constitutionnel, législatif ou réglementaire. S'il est vrai qu'une sanction disciplinaire prononcée à l'égard d'un agent sous statut est un acte administratif assorti des privilèges du préalable et de l'exécution d'office, l'on ne peut cependant en déduire « *qu'il ne pourrait pas rentrer dans les compétences d'un agent contractuel* ».

Il paraît dès lors suffire qu'une disposition n'interdise pas un recrutement contractuel pour des fonctions supérieures pour qu'il en soit déduit que le membre du personnel contractuel peut, à l'égard des membres du personnel statutaire, décider de sanctions disciplinaires.

10. On peut immédiatement se demander comment il serait possible de réserver certains actes de puissance publique à des travailleurs statutaires tout en plaçant ceux-ci sous l'autorité de travailleurs contractuels qui pourraient les sanctionner !

Le pouvoir de commander emportant le principe de pouvoir faire ce que l'inférieur a le droit de faire, il faudrait ici en déduire que le supérieur ne pourrait pas faire ce que l'inférieur peut faire mais peut, quand même, le sanctionner pour n'avoir pas bien fait ce qui est réservé aux travailleurs statutaires.

11. On a oublié le fondement donné à la thèse selon laquelle l'agent doit être régi par une situation légale et réglementaire. C'était parce qu'ainsi le voulait l'une des lois du service public qui comporte le pouvoir de modification unilatérale de l'organisation et de l'action, pour pourvoir à la nécessité des changements jugés opportuns.

Dès 1968, Monsieur Cyr CAMBIER écrivait ce qui suit :

« Les caractéristiques du régime réglementaire qui sont de permettre à l'administration de modifier unilatéralement pour l'avenir la situation des agents cessent d'apparaître comme un apanage redoutable de la puissance publique ; les textes ne se chargent-ils pas de domestiquer l'action de celle-ci ?

Mais, du coup, les vertus qui inspiraient l'adoption du système réglementaire perdent de leur efficacité. L'on entendait ménager à l'administration une liberté de mouvement. Ce n'est pas ce que le régime adopté consacre. Il recherche (...) le difficile équilibre entre ce qui revient au pouvoir et à ses agents ; en fin de compte, c'est à ces derniers qu'il assure une situation privilégiée de stabilité ».

12. Le dépérissement voire l'agonie diront certains du principe statutaire se matérialise également dans la triste et douloureuse histoire de l'arrêté royal principes généraux.

On ne la résumera pas ici.

Qu'on retienne, cependant, que les premiers arrêtés royaux « *principes généraux* » contenaient un corps relativement détaillé de règles issues du statut des agents de l'Etat et trouvant à s'appliquer à la fonction publique des entités fédérées. L'arrêté royal du 22 décembre 2000 qui leur succèdera réduit ces principes à une peau de chagrin sauf la réaffirmation du principe du régime statutaire.

La modification de l'article 87 de la loi spéciale du 8 août 1980 sonne le glas de la seule disposition qui semble-t-il imposait aux entités fédérées le principe statutaire.

13. La situation actuelle n'est guère tenable. La distorsion entre le droit, le discours et le fait devient insupportable, surtout pour les agents contractuels.

Les propositions d'amélioration de la situation des contractuels sont souvent bloquées par cela que cela rendrait le contrat plus attractif et réduirait à une peau de chagrin la fonction publique statutaire.

14. Je me permets, pour terminer, de vous soumettre trois réflexions.

Il paraît évident, tenant compte de l'ampleur du recrutement contractuel d'une part et de la circonstance d'autre part, que de plus en plus nombreux sont ceux qui font toute leur carrière en qualité d'agents contractuels, qu'il convient d'organiser, à leur profit, des possibilités de développement de carrière sauf à jeter aux orties un autre fondement de la fonction publique le système de carrière et non celui de l'emploi et à maintenir une discrimination de plus en plus insupportable.

15. On insistera sur la différence fondamentale entre les statutaires et les contractuels à propos de la protection juridictionnelle. L'illégalité de la rupture se traduira, devant le tribunal du travail, par une indemnité, le cas échéant alourdie si l'on admettait que le principe « *audi alteram partem* » et l'obligation de motivation formelle sont applicables et ont été méconnus.

Cependant, si en toute matière, les cours et tribunaux doivent refuser l'application d'un acte administratif illégal, les juridictions du travail acceptent de l'appliquer lorsque l'acte administratif illégal est une décision de licenciement d'un travailleur contractuel.

A cela s'ajoute que la conception de certaines juridictions du travail témoigne sans doute d'une méconnaissance de la réalité du secteur public. Il en est ainsi lorsqu'un arrêt de la Cour du travail de Bruxelles, 2^{ème} chambre, estime que quelle que soit la nature du travail que l'autorité confie à un agent contractuel, même si l'autorité recrute faussement l'agent à un grade correspondant à des fonctions qu'il

n'a jamais été question de lui faire remplir, il faudra s'attacher à la réglementation et dénier à l'agent le droit à percevoir la rémunération conforme à ce qu'il fait.

16. Les juridictions du travail ne connaissent pas à suffisance, au contraire du Conseil d'Etat, les institutions publiques, leurs exigences de fonctionnement et les principes qui les gouvernent. Les juridictions du travail comptent dans leurs rangs, selon le principe de l'échevinage, outre des magistrats professionnels, des juges sociaux. Mais ces juges sont désignés sur présentation d'organisations représentatives des travailleurs et des employeurs du secteur privé. Tous les travailleurs et les institutions soumis au statut syndical ne sont-ils pas victimes d'une discrimination par cela qu'ils sont les seuls à ne pouvoir bénéficier de l'échevinage.

17. Le travailleur contractuel a, en réalité, tout intérêt à s'adresser, quand il le peut à une autorité de tutelle plutôt qu'au juge du travail, seule la première pourra annuler la décision de licenciement et contraindre l'autorité à reprendre l'agent à son service.

18. Soit, demain, les juges du travail se reconnaissent compétents pour annuler le licenciement irrégulier d'un travailleur contractuel soit il convient de permettre au Conseil d'Etat de se prononcer en l'espèce sachant qu'il est déjà le juge spécialisé de la fonction publique.

19. Le troisième et dernier point à résoudre est celui de la pension. On retiendra une déclaration récente du Ministre des pensions à cet égard. S'agissant du secteur des pouvoirs locaux, il a évoqué la piste d'un deuxième pilier réservé aux agents contractuels du secteur public financé en déduction des cotisations que les pouvoirs locaux doivent payer au titre de la responsabilisation.

Ne faut-il pas étendre à tous les agents contractuels le bénéfice d'un tel régime comblant, à tout le moins, en partie la différence entre le régime public et le régime privé.

Le statut se meurt, certains disent qu'il est mort, préparons la relève.

24 juin 2016