

## Réflexions sur la "protection" des délégués syndicaux contractuels de la fonction publique

(Commentaire de l'arrêt de la Cour du travail de Mons (2<sup>e</sup> ch.) du 20 avril 2015, RG n° 2013/AM/70)

Jonathan DE WILDE D'ESTMAEL, Avocat au barreau de Namur, Assistant doctorant à l'UCL (CRIDES)

1

1. Dans l'arrêt commenté, la Cour du travail de Mons avait à se prononcer sur plusieurs chefs de demande formulés par une infirmière, occupée comme contractuelle au sein d'un home pour personnes âgées dépendant du CPAS de Soignies, à la suite de son licenciement. L'intéressée avait été licenciée moyennant le paiement d'une indemnité compensatoire de 6 mois (qui correspondait au minimum légal) sous déduction du salaire garanti qui lui avait été payé depuis le début de son incapacité de travail par application de l'ancien article 78 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail. Ses demandes portaient essentiellement sur 5 points:

- le premier – débat qui appartient aujourd'hui au passé du fait de l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2014 de la loi sur le statut unique – concernait l'octroi d'une indemnité complémentaire de préavis, équivalente à 4 mois de rémunération, par référence à la grille Claeys. Sur ce point, l'intéressée obtint gain de cause devant la cour;
- le deuxième amenait la cour à se prononcer sur les éléments constitutifs de la rémunération qui devait servir de base à cette indemnité de rupture. Le litige portait essentiellement sur le statut à conférer à – et la manière de prendre en compte – diverses primes (primes de nuit et de week-end, primes d'attractivité, primes de programmation sociale) dont l'intéressée avait bénéficié;
- dans le troisième, l'intéressée faisait valoir que la rémunération, qui lui avait été versée, était insuffisante, mettant en avant – d'une part – que le CPAS l'avait maintenue dans une échelle barémique inférieure à celle dont elle aurait dû bénéficier, du fait de la prise en compte partielle (prorata) des périodes de prestations à temps-partiel dans le calcul de son ancienneté barémique, et – de l'autre – qu'il avait procédé au retrait irrégulier d'une prime pour prestations exceptionnelles (11%) pendant certaines périodes d'incapacité de travail (de moins d'un mois). La cour fit également droit à la demande de l'intéressée sur ce point. La motivation de l'arrêt sur la question du calcul de l'ancienneté barémique, que la cour juge contraire à la loi du 5 mars 2002 relative au principe de non-discrimination en faveur des travailleurs à temps partiel (feuilles 15 à 18), mérite l'attention du lecteur;
- les 2 derniers points sur lesquels la cour était invitée à se prononcer – et qui retiendront notre attention dans les lignes qui suivent – avaient trait aux conséquences du non-respect, par le CPAS de Soignies, de la "protection" spécifique reconnue aux délégués syndicaux contractuels de la fonction publique et, plus largement, de la violation alléguée des principes généraux de droit administratif que sont les obligations d'audition préalable, de motivation formelle et d'égalité de traitement entre les membres du personnel.

2. Sur ces deux derniers points, la travailleuse reprochait essentiellement au CPAS d'avoir procédé à son licenciement, sans prendre la peine de l'auditionner au préalable et/ou – mettant en avant son statut de déléguée syndicale – d'enclencher la procédure

prévue aux articles 88 et suivants de l'arrêté royal du 28 septembre 1984 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités. Elle pointait également un défaut de motivation de la lettre de congé.

Dans le jugement frappé d'appel, le Tribunal du travail de Mons, section La Louvière, avait octroyé à l'intéressée une indemnité évaluée *ex æquo et bono* à 5000 € à titre de dommages et intérêts pour le préjudice que celle-ci avait subi, tout à la fois, en raison de l'absence d'audition préalable et de la méconnaissance de la procédure préalable au licenciement prévue pour les délégués syndicaux du secteur public. Le tribunal avait estimé que ces manquements avaient fait perdre à la travailleuse une chance de s'expliquer et, ainsi même, de conserver son emploi.

En ce qui concerne la "protection" des délégués syndicaux dans le secteur public, le CPAS de Soignies plaidait en appel qu'il avait totalement perdu de vue le statut de l'intéressée. Il soutenait que la décision de licenciement avait été prise exclusivement sur base de l'incapacité de travail ininterrompue de plus de 6 mois, conformément à une pratique habituelle au sein de ses services, sans aucune considération de la qualité de ses prestations ou de ses activités syndicales. À l'appui de cette affirmation, il produisait des formulaires C4 délivrés à pas moins de 11 travailleurs qu'il avait pareillement licenciés suite à une incapacité de travail ininterrompue de plus de 6 mois.

**3.** Avant d'exposer plus avant les arguments juridiques développés par les parties devant la cour et les motifs qui ont conduit cette dernière à réformer le jugement *a quo* et à débouter la travailleuse de sa demande d'indemnisation du chef énoncé ci-avant, il nous paraît utile de présenter brièvement en quoi consiste la "protection" organisée aux articles 87 et suivants de l'arrêté royal du 28 septembre 1984, en faveur des délégués syndicaux dans le secteur public.

Le principe, inscrit à l'article 87 de l'arrêté royal du 28 septembre 1984 et qui s'applique tant aux agents statutaires qu'aux contractuels, est que les dispositions qui concernent le régime et les sanctions disciplinaires, la suspension dans l'intérêt du service, la démission d'office ou le licenciement ne peuvent pas être appliquées aux délégués syndicaux «*pour les actes qu'ils accomplissent en cette qualité et qui sont directement liés aux prérogatives qu'ils exercent*». L'agent statutaire, qui fait l'objet d'une mesure défavorable prise en violation de cette interdiction, dispose de la possibilité de solliciter, devant le Conseil d'État, l'annulation – le cas échéant précédée de la suspension – de l'acte litigieux<sup>1</sup>, ce qui lui permet en principe d'être réintégré dans ses fonctions<sup>2</sup>. Il n'en va néanmoins pas de même pour les contractuels qui ne disposent pas de ce droit à être réintégrés dans leurs fonctions<sup>3</sup>. Ceux-ci se voient par ailleurs dénier le droit de se prévaloir de la protection prévue, dans le secteur privé, par la CCT n° 5 du 24 mai 1971

---

<sup>1</sup> C. DUMONT, "Les relations collectives de travail dans la fonction publique", in M. DUMONT (dir.), *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, CUP, Liège, Anthémis, 2008, p. 465. Le Conseil d'État adopte néanmoins une position particulièrement restrictive de la notion d'«*actes accomplis en qualité de délégué syndical et qui sont directement liés aux prérogatives*», qui le conduit à rejeter la plupart des demandes portées devant lui (voyez par exemple C.E., 15 septembre 2004, n° 134.157, *Pirotte*; C.E., 27 janvier 2015, n° 229.988, *Kagan*).

<sup>2</sup> Voyez néanmoins, sur l'effet rétroactif de la décision, prise par le Conseil d'État, d'annulation d'une sanction de démission d'office, B. LOMBART, note sous Cass., 18 octobre 2013, *R.C.J.B.*, 2015/03, pp. 212-229.

<sup>3</sup> Cass., 10 septembre 1999, *Chr. D.S.*, 1999, p. 578, note J. JACQMAIN.

concernant le statut des délégations syndicales du personnel de l'entreprise<sup>4</sup> et par la loi du 19 mars 1991 qui prévoit un régime de licenciement particulier pour les (candidats) représentants du personnel au CPPT et au conseil d'entreprise, lors même qu'ils assumeraient dans les faits les compétences du CPPT<sup>5</sup>.

Pour tenter de combler cette lacune, une procédure particulière a été insérée en 1995 aux articles 88 à 90 de l'arrêté royal du 28 septembre 1984 en faveur des «*membres du personnel engagés sous contrat de travail désignés par un dirigeant responsable d'une organisation syndicale représentative*»<sup>6</sup>. L'article 89 précise que la procédure ne doit être respectée que pour autant que l'organisation syndicale en question soit encore représentative au moment où le licenciement est envisagé. L'article 90 prévoit en outre que la procédure n'est pas applicable:

1. lorsque, sur la base des dispositions en vigueur dans le service public concerné, le membre du personnel dispose d'un recours interne qui suspend la décision de procéder au licenciement;
2. en cas de licenciement pour motif grave;
3. lorsque le contrat prend fin par l'expiration du terme ou par l'achèvement du travail en vue duquel le contrat a été conclu;
4. lorsque le contrat de remplacement prend fin au retour de la personne remplacée;
5. en cas d'accord entre l'autorité et le membre du personnel pour mettre fin au contrat;
6. lorsque le contrat prend fin pour cause de force majeure;
7. lorsque le contrat est rompu par la volonté du membre du personnel.

La procédure, qui doit être suivie préalablement au licenciement du délégué syndical, est détaillée à l'article 89 de l'arrêté royal du 28 septembre 1984. En voici les étapes:

1. l'autorité qui envisage de licencier un délégué syndical, en informe, par lettre recommandée à la poste, le membre du personnel concerné, l'organisation syndicale qui l'a désigné et le président du comité supérieur de concertation dont relève le service public qui occupe ce membre du personnel. La lettre contient la motivation détaillée sur laquelle l'autorité se base pour envisager le licenciement. À la lettre adressée au membre du personnel concerné, l'autorité joint une copie des pièces éventuelles qui sont évoquées directement ou indirectement dans la motivation détaillée;
2. l'organisation syndicale concernée dispose, ensuite, d'un délai de 10 jours pour demander au président du comité supérieur de concertation une réunion spéciale de ce comité;
3. lors de cette réunion spéciale du comité (fixée au plus tôt dans les 10 jours de la demande visée au point 2), le président constate l'avis unanime ou les avis divergents des membres des délégations présentes;

---

<sup>4</sup> C. trav. Bruxelles, 28 avril 1999, *J.T.T.*, 1999, p. 406; C. trav. Mons (1<sup>re</sup> ch.), 27 mars 2009, *J.T.T.*, 2010, p. 107.

<sup>5</sup> C. trav. Bruxelles, 9 février 1990, *Chr. D.S.*, 1990, p. 302, obs. J. JACQMAIN; Trib. trav. Liège (7<sup>e</sup> ch.), 15 mars 1994, *Chr. D.S.*, 1995, p. 7.

<sup>6</sup> Art. 88 de l'arrêté royal du 28 septembre 1984; sur les modalités concrètes de cette désignation et les quotas auxquels sont soumises les organisations syndicales, voyez la circulaire n° 582 du 23 juin 2008 "Statut syndical – Membres du personnel engagé sous contrat de travail et désigné par les organisations syndicales représentatives – Procédures particulières – Protection en matière de licenciement", *M.B.*, 15 juillet; voyez également: L. MARKEY, *Les relations collectives dans le secteur public – De la concertation à la protestation*, Waterloo, Kluwer, 2014, pp. 65-67.

4. dans les 10 jours qui suivent, une copie du procès-verbal est envoyée, par lettre recommandée à la poste, aux membres de la délégation de l'autorité et aux organisations syndicales siégeant au sein du comité ainsi qu'à l'autorité qui envisage de licencier le membre du personnel. Les membres de la délégation de l'autorité et les organisations syndicales disposent d'un délai de 5 jours ouvrables, après l'envoi du procès-verbal, pour communiquer leurs observations au président par lettre recommandée à la poste;
5. l'autorité ne peut notifier le congé qu'à partir du lendemain du jour de l'expiration du délai de 5 jours visé ci-avant.

4

Lorsque l'avis est unanimement favorable au licenciement, l'autorité peut procéder à celui-ci sans autres formalités. Dans le cas contraire, l'article 89, § 9, lui impose de motiver sa décision éventuelle de licencier, en répondant aux arguments mentionnés dans le procès-verbal (complété le cas échéant par les observations des organismes visés au point 4) qui vont à l'encontre du licenciement envisagé. La disposition précise que la motivation ne peut se fonder sur d'autres faits que ceux mentionnés dans la lettre par laquelle l'autorité a initié la procédure (voir *supra*, point 1). Cette motivation doit être communiquée, au plus tard le jour de la notification du congé donné par l'autorité, par lettre recommandée à la poste, à l'organisation syndicale qui a désigné le membre du personnel concerné, à ce membre du personnel, ainsi qu'au président du comité supérieur de concertation.

4. Dans l'affaire commentée, le fait que la travailleuse licenciée disposait de la qualité de déléguée syndicale et que la procédure décrite ci-avant aurait dû normalement être respectée n'était pas contesté. Il était par ailleurs établi que le CPAS de Soignies n'avait pas mis en œuvre ladite procédure avant de notifier le congé. Le problème – déjà dénoncé de longue date<sup>7</sup> – venait cependant de ce que ni l'arrêté du 28 septembre 1984, ni la loi du 19 décembre 1974 qu'il a vocation à exécuter, ne prévoient de sanction spécifique en cas de non-respect de ladite procédure, ce qui contraint le délégué syndical, comme le rappelle à juste titre la cour dans l'arrêt commenté, à fonder son action sur le droit commun de la responsabilité et/ou la théorie de l'abus de droit<sup>8</sup>. Le débat se concentrait dès lors sur la question de savoir si la preuve était rapportée – et par qui celle-ci devait être rapportée – d'une faute spécifique et d'un dommage en lien causal avec celle-ci.

4.1. Il est généralement admis que le travailleur, qui réclame une indemnisation sur pied de l'article 1382 et/ou l'article 1134 du Code civil, supporte la charge de la preuve de tous les éléments constitutifs de son droit<sup>9</sup>. En l'espèce, la travailleuse prétendait tout d'abord que le licenciement était lié à son activité syndicale (et donc contraire à l'article 87 de l'arrêté royal du 28 septembre 1984), pointant le fait qu'elle avait dénoncé – un an avant son licenciement – auprès de l'inspection sociale des problèmes de gestion du personnel et divers manquements à la loi du 16 mars 1971 sur le travail dans le chef du CPAS de Soignies. Elle invoquait également un second courrier – envoyé 8 mois avant son licenciement – dans lequel elle se plaignait en outre de pressions subies dans l'exercice de son mandat syndical, qu'elle entendait assimiler à des faits constitutifs de

<sup>7</sup> Voyez notamment J. JACQMAIN, note sous Trib. trav. Bruxelles (3<sup>e</sup> ch.), 7 avril 1994, *Chr. D.S.*, 1997, p. 358.

<sup>8</sup> C. DUMONT, "Les relations collectives de travail dans la fonction publique", *o.c.*, p. 465 et la jurisprudence citée; L. MARKEY, *Les relations collectives dans le secteur public – De la concertation à la protestation*, *o.c.*, p. 75.

<sup>9</sup> Art. 1315, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

harcèlement. Sans doute consciente de ce que ces éléments ne seraient pas suffisants pour convaincre la cour que le licenciement avait effectivement été décidé en raison de cette activité syndicale et non, comme le soutenait le CPAS, en raison de son incapacité de travail, la travailleuse avait tenté d'obtenir un renversement de la charge de la preuve en sa faveur; elle soutenait qu'il appartenait à l'employeur de faire la preuve que le licenciement ne camouflait pas un motif lié à l'activité syndicale. À cet effet, elle relevait que la procédure inscrite à l'article 89, si elle avait été respectée, aurait imposé à l'autorité administrative de communiquer une motivation détaillée des motifs du licenciement lors de l'entame de celle-ci. La cour écarta cette position par l'affirmation, quelque peu péremptoire, suivant laquelle l'intéressée confondrait "obligation de motiver" et "obligation de prouver" (arrêt, 26<sup>e</sup> feuillet).

Il nous semble néanmoins que la position adoptée par la travailleuse n'était pas totalement dénuée de pertinence. S'il est vrai que l'article 89 ne contient pas de mécanisme d'inversion de la charge de la preuve<sup>10</sup>, celui-ci ne se limite pas à imposer une simple obligation de motivation dans le chef de l'autorité qui envisage de prendre une mesure de licenciement à l'encontre d'un délégué syndical. Dans le courrier qu'elle doit adresser au travailleur lors de l'entame de la procédure, l'autorité doit, non seulement indiquer les motifs détaillés du licenciement, mais en outre joindre les pièces qu'elle évoque à l'appui de ceux-ci<sup>11</sup>. Ces éléments auraient pu, ensuite, être soumis à la critique des délégations présentes au sein du comité supérieur de concertation, qui – et on pense en particulier aux organisations syndicales siégeant au sein du comité –, si leur(s) avis ne lie(nt) effectivement pas l'autorité, pouvaient par ce biais contraindre cette dernière à répondre aux arguments soulevés à l'encontre du licenciement. La procédure peut donc faciliter la tâche du travailleur dans l'apport de la preuve du caractère abusif de son licenciement et contribuer, de la sorte, au caractère équitable de la procédure (au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme)<sup>12</sup>. L'article 90 fait, au surplus, interdiction à l'employeur de compléter cette motivation, par d'autres faits, dans le cours de la procédure<sup>13</sup>.

Il y a cependant lieu de relever, à la décharge de la cour, qu'en l'espèce, le CPAS de Soignies avait pris la peine de motiver le licenciement, motivation que la cour validera quelques feuillets plus loin à l'aune du prescrit de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, en jugeant que *«le CPAS de Soignies a fait preuve de précision permettant tant à (la travailleuse) qu'à la Cour (...), lors du contrôle externe de légalité, d'identifier de manière claire et sans équivoque aucune le motif précis de son licenciement à savoir qu'il était fondé sur son état d'incapacité de travail ininterrompue depuis plus de 6 mois»* (arrêt, 31<sup>e</sup> feuillet). Elle tient par ailleurs pour établi le fait que le licenciement avait été dicté par une pratique constante au sein du CPAS de Soignies visant à se séparer des membres de son personnel présentant une

<sup>10</sup> Ce constat a notamment été réalisé par la 1<sup>ère</sup> chambre de la Cour du travail de Mons dans un arrêt du 27 mars 2009 (*J.T.T.*, 2010, p. 207).

<sup>11</sup> Art. 89, § 1<sup>er</sup>, al. 2, de l'arrêté royal du 28 septembre 1984.

<sup>12</sup> On rappellera, à cet égard, que la Cour européenne des droits de l'homme a déjà jugé que l'absence de motivation d'un licenciement peut constituer une violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, dans la mesure où celle-ci rend l'introduction d'un recours pour licenciement abusif et, partant, l'accès effectif à un tribunal particulièrement aléatoire (voyez CEDH, arrêt du 10 juillet 2012, *K.M.C. contre Hongrie*, req. n° 19554/11).

<sup>13</sup> Art. 89, § 9, al. 1<sup>er</sup>, 3<sup>e</sup> phrase, de l'arrêté royal du 28 septembre 1984.

incapacité de travail ininterrompue de plus de 6 mois et rejette expressément la possibilité que le licenciement ait pu, en l'espèce, constituer une mesure de représailles, mettant en avant que *«la longueur des délais séparant la date d'envoi (des courriers litigieux) de la date de son licenciement dénie tout lien entre le licenciement signifié à (la travailleuse) et son activité syndicale»* (arrêt, 27<sup>e</sup> feuillet).

4.2. Arrivée à la conclusion que le licenciement ne trouvait pas son origine dans l'activité syndicale de l'intéressée, il restait à la cour à apprécier les conséquences de la faute – avérée – qu'avait commise le CPAS de Soignies en omettant de mettre en œuvre la procédure préalable au licenciement (violation de l'article 89 de l'arrêté royal du 28 septembre 1984). Cette question amène la cour se demander si la travailleuse a pu subir un dommage particulier du fait de ce manquement.

La cour relève, dans un premier temps, que la procédure instaurée à l'article 89 a pour effet de postposer le licenciement. De ce fait, le dommage consécutif au non-respect de la procédure pourrait consister dans le fait pour le travailleur de ne pas avoir bénéficié de sa rémunération durant le temps qu'aurait dû durer la procédure. La cour va néanmoins considérer, en l'espèce, que cet effet d'attente était annihilé par l'état d'incapacité de travail de la travailleuse au moment de son licenciement. Celle-ci était en effet, à ce moment, prise en charge par la mutuelle.

La cour constate, dans un second temps, que la procédure a également pour effet de permettre un examen approfondi, par un organe paritaire, des motifs du licenciement envisagé. Comme d'autres avant elle<sup>14</sup>, elle estime que l'absence de mise en œuvre de la procédure pourrait ainsi avoir pour conséquence de faire perdre au délégué syndical une chance de conserver son emploi. Elle estime cependant que cela n'est vrai que lorsque le licenciement est fondé *«sur des motifs liés à son comportement entendu au sens large (lequel englobe un état d'insuffisance professionnelle) ou en lien avec les activités syndicales de l'agent mais non lorsque l'autorité administrative s'appuie, comme en l'espèce, sur un constat objectif à savoir l'incapacité de travail ininterrompue de plus de 6 mois de l'agent concerné»*. La cour *«n'aperçoit pas dans pareille hypothèse l'utilité effective de respecter la procédure prévue par l'article 89 en offrant à (la travailleuse) une chance d'infléchir la décision envisagée puisque cette dernière est fondée sur des considérations parfaitement impartiales»* (arrêt, 27<sup>e</sup> feuillet). La cour reprendra ces mêmes motifs pour justifier l'absence d'utilité de procéder à une audition préalable au licenciement.

À titre personnel, nous ne sommes pas convaincus qu'il soit inutile de mettre en œuvre la procédure préalable au licenciement et/ou de procéder à l'audition préalable du travailleur, lorsque le motif invoqué par l'autorité est lié à l'état d'incapacité de celui-ci. La première mesure permet en effet à l'organe paritaire de s'assurer que ce motif, avancé par l'autorité, n'en cache pas un autre fondé quant à lui sur le comportement et/ou l'activité syndicale de l'intéressé. La seconde permet en outre d'envisager d'éventuelles mesures de reclassement professionnel dans le chef de celui-ci. On peut déplorer, du reste, l'impression donnée par la cour de valider *a priori* une pratique qui consisterait, dans le chef des autorités administratives, à ne pas mettre en œuvre la

---

<sup>14</sup> Les premiers juges avaient, sur la base de la théorie de la perte d'une chance, octroyé à l'intéressée la somme de 5000 €. Pour une autre décision allant dans le même sens, voyez Trib. trav. Liège (12<sup>e</sup> ch.), 26 juin 2008, *Chr. D.S.*, 2009, p. 389, allouant un montant de 2000 €.

procédure prévue à l'article 89 lorsque le licenciement peut être justifié par l'incapacité de travail d'un délégué syndical, alors que l'arrêté royal du 28 septembre 1984 ne prévoit aucune dérogation en ce sens (sauf le cas de la rupture pour force majeure médicale).

Sur le dommage en tant que tel, nous avons conscience que le recours à la notion de "perte d'une chance de conserver son emploi" constitue un artifice prétorien destiné à pallier l'absence de sanction du dispositif réglementaire et à donner une certaine effectivité à celui-ci. En cela, il nous apparaît incontestablement légitime. Il nous semble néanmoins qu'il s'agit d'une application erronée de la théorie civiliste de la perte d'une chance. Cette théorie a en effet pour vocation de permettre, à la victime d'un fait dommageable qui ne parvient pas à établir avec certitude le lien causal qui unit une faute dûment établie au dommage réellement subi, d'obtenir néanmoins une indemnisation en plaçant que, s'il ne peut être exclu à 100% que le dommage ne se serait pas pareillement produit en l'absence de la faute dénoncée, cette faute lui a néanmoins certainement causé un préjudice: la perte d'une chance d'éviter son dommage. La reconnaissance de la perte d'une chance, qui doit être réelle et sérieuse, conduit en règle le juge à n'octroyer à la victime qu'une quote-part de l'indemnité qu'il lui aurait attribué s'il avait dû couvrir le dommage effectivement subi par celle-ci. Or, dans le cas d'un licenciement, l'indemnité de congé, suivant la jurisprudence constante de la Cour de cassation<sup>15</sup>, est censée couvrir forfaitairement l'intégralité du dommage matériel et moral résultant de la perte du travail à la suite d'une résiliation irrégulière du contrat de travail. À notre sens, un travailleur, qui a bénéficié d'une indemnité de congé et, de ce fait, a déjà été indemnisé pour la perte de son emploi, ne peut pas – en plus – obtenir une indemnisation du fait qu'il aurait perdu une chance de ne pas le perdre...

5. La cour, après avoir rejeté le moyen fondé sur les dispositions en matière de "protection" syndicale, se penche sur celui pris de la violation des principes généraux de droit administratif que sont l'obligation d'audition préalable, de motivation formelle et de traitement égalitaire entre les membres du personnel.

Concernant le principe d'audition préalable, la cour – suivant en cela une jurisprudence jusque-là majoritaire du côté francophone – énonce que celui-ci «*ne concerne que les licenciements fondés sur le comportement du travailleur entendu au sens large englobant, également, un état d'insuffisance professionnelle dans son chef*». Or, en l'espèce, la cour estime qu'aucun fait ou comportement n'était à la base du licenciement; qu'il était justifié uniquement par le constat d'une incapacité de travail perdurant depuis plus de 6 mois. Elle ajoute que l'audition préalable n'aurait pas offert à l'intéressée de chance d'infléchir la décision du CPAS. Elle rejette donc le moyen.

En ce qui concerne la motivation du licenciement, la cour retient qu'en sa qualité d'autorité administrative, le CPAS de Soignies était effectivement tenu par une obligation particulière de motiver, qui s'ajoute au droit commun, en application de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. Elle rappelle que «*la motivation doit revêtir les caractères suivants: d'une part, une référence aux faits, d'autre part, la mention des règles juridiques appliquées et, enfin, comment et pourquoi ces*

---

<sup>15</sup> Voyez, parmi d'autres, Cass., 26 septembre 2006, RG n° 040.176.N et Cass., 7 mai 2001, RG n° 000.047.N., tous deux disponibles sur [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

*règles juridiques conduisent, à partir des faits mentionnés, à prendre une décision: l'adéquation de la motivation signifie que cette dernière doit être pertinente ayant trait à la décision et être sérieuse en ce que les raisons invoquées doivent être suffisantes pour justifier la décision»* (arrêt, 31<sup>e</sup> feuillet). Comme on l'a vu, la cour va néanmoins valider la motivation donnée, en l'espèce, au licenciement par le CPAS en relevant que celle-ci était suffisamment précise pour permettre, lors du contrôle externe de légalité, d'identifier, de manière claire et sans équivoque aucune, le motif précis de celui-ci. La cour ajoute que l'obligation de motivation formelle ne va pas jusqu'à exiger de l'autorité les motifs pour lesquels celle-ci fait choix d'user de cette modalité de licenciement.

La travailleuse avait également invoqué une violation du principe d'égalité de traitement entre les membres du personnel, faisant plaider que l'autorité aurait, en vertu de ce principe, l'obligation d'établir qu'elle procède systématiquement au licenciement des personnes absentes depuis plus de 6 mois pour incapacité de travail. La cour ne répond pas de manière expresse à ce moyen – ce qui est regrettable. On relèvera néanmoins que celle-ci tenait par ailleurs pour établi que le licenciement s'inscrivait dans une pratique habituelle au sein des services du CPAS et considérait comme *«sans relevance» la circonstance que la plupart des travailleurs licenciés dans ce cadre avait une ancienneté moindre que l'intéressée»* (arrêt, 27<sup>e</sup> feuillet). Il apparaît donc évident que la cour a considéré, en fait, que la travailleuse licenciée n'avait pas fait l'objet d'une mesure discriminatoire.

On ne peut aborder ces considérations sans mentionner l'arrêt qu'a prononcé entretemps la Cour de cassation en la matière. Dans cet arrêt, qui est daté du 15 octobre 2015<sup>16</sup>, la Haute Cour a en effet cassé un arrêt de la Cour du travail de Gand, section de Bruges, qui avait pareillement jugé que les principes d'audition préalable et de motivation formelle devaient être respectés par les autorités publiques lorsqu'elles procèdent au licenciement de leurs agents contractuels. Bien que la motivation de la Cour soit des plus succinctes, il nous semble, après lecture des conclusions conformes de l'Avocat général Vanderlinden, que la Cour de cassation a fait sienne la position défendue de longue date par une partie importante de la doctrine flamande selon laquelle la loi du 29 juillet 1991 sur le motivation formelle des actes administratifs et, plus largement, les principes généraux de droit administratif ne s'appliquent qu'aux situations où l'autorité, agissant sur base de ses prérogatives de puissance publique, impose unilatéralement sa volonté sur les administrés<sup>17</sup>. Lorsqu'elle recourt au contrat de travail dont la validité dépend du consentement des deux parties, l'autorité ne fait pas usage de ces prérogatives et se conduit comme un particulier, ce qui justifierait qu'elle ne se voit pas imposer d'autres contraintes que celles prévues par la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

**6.** Écartons-nous à présent (un peu plus) du cas d'espèce commenté et demandons-nous si le contractuel de la fonction publique particulièrement exposé de par son activité en qualité de délégué syndical, qu'entendent protéger les articles 87 et suivants de l'arrêté royal du 28 septembre 1984, dispose d'un recours efficace contre les mesures de

<sup>16</sup> Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 12 octobre 2015, RG n° S.13.0026.N, disponible sur [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

<sup>17</sup> 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", *Chr. D.S.*, 2013, pp. 333-339; A. DE BECKER, "Ontslag van contractanten in de publieke sector", in M. RIGAUX et W. RAUWS, *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 8, Anvers, Interscientia, 2010, pp. 145-178.



représailles dont il ferait l'objet de la part de l'autorité. La question appelle à notre sens une réponse négative.

En effet, la jurisprudence majoritaire, à laquelle l'arrêt annoté se rallie, laisse au délégué la charge d'apporter la preuve du lien entre son licenciement et son activité syndicale au sens strict. Depuis l'arrêt prononcé par la Cour constitutionnelle le 18 décembre 2014, les travailleurs du secteur public se voient par ailleurs privés du recours à l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail<sup>18</sup>, alors même que le législateur tarde à mettre en place en leur faveur un système comparable à celui instauré, dans le secteur privé, par la CCT n° 109 concernant la motivation du licenciement. L'arrêt récent de la Cour de cassation les empêche, en outre, de se prévaloir de la loi du 29 juillet 1991 et des principes généraux de droit administratif... La procédure fixée à l'article 89 permet tout au plus de limiter l'effet de cette jurisprudence récente de la Cour de cassation à l'égard des délégués syndicaux contractuels, en maintenant une véritable obligation de motivation, à charge de l'autorité, sur base de l'avis non-contraignant d'un organe paritaire. Le non-respect de la procédure fixée à l'article 89 de l'arrêté précité ne fait cependant pas l'objet d'une sanction automatique; il n'est sanctionné que si et dans la mesure où il entraîne un préjudice spécifique (c'est-à-dire non encore couvert par le préavis ou l'indemnité compensatoire de préavis) dans le chef du travailleur. La rémunération qu'il aurait dû gagner durant la procédure et/ou le sentiment d'injustice engendré par ce manquement constituent, à première vue, les seuls préjudices potentiellement réparables. Les montants qui pourraient être octroyés sur cette base sont néanmoins loin d'être dissuasifs.

7. Avec le Professeur Jean Jacqmain<sup>19</sup>, il nous est permis de douter de la conformité de notre droit aux engagements internationaux souscrits par la Belgique en approuvant la Convention n° 151 de l'OIT concernant la protection du droit d'organisation et les procédures de détermination des conditions d'emploi dans la fonction publique et, en particulier, à son article 4, lequel prévoit entre autres choses que «*les agents publics doivent bénéficier d'une protection adéquate contre tous actes de discrimination tendant à porter atteinte à la liberté syndicale en matière d'emploi*». Dans ce cadre, il est recommandé aux Etats de mettre en place des mécanismes de renversement de la charge de la preuve, des sanctions dissuasives et « pour autant que cela ne soit pas contraire aux principes fondamentaux du droit du pays intéressé », de prévoir la réintégration des délégués irrégulièrement licenciés avec versement des salaires non payés<sup>20</sup>. Ces considérations n'offriront cependant pas de remède satisfaisant au délégué contractuel injustement licencié, dans la mesure où les actes de l'OIT sont généralement dépourvus d'effet direct. Tout au plus, pourraient-elles justifier le dépôt d'une plainte auprès du Comité de la liberté syndicale du BIT.

8. Il nous reste à faire le constat, relativement évident, de l'existence d'une différence de traitement entre les délégués syndicaux contractuels dans le secteur public et leurs

---

<sup>18</sup> C. const., 18 décembre 2014, n° 187/2014.

<sup>19</sup> J. JACQMAIN, "... Et toujours pas de protection", obs. sous C. trav. Liège (8<sup>e</sup> ch.), 28 février 2002, *Chr. D.S.*, 2003, p. 74.

<sup>20</sup> Recommandation n° 143 de l'OIT du 25 juin 1971 concernant la protection des représentants des travailleurs dans l'entreprise et les facilités à leur accorder; voyez également BIT, *La liberté syndicale*, Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT, 5<sup>e</sup> éd., 2006, disponible sur le site: [www.ilo.org](http://www.ilo.org), nos 830, 831 et 837-853.

collègues du secteur privé. La protection contre le licenciement offerte à ces derniers par la CCT n° 5 (et par les CCT sectorielles prises en exécution de celle-ci) revêt en effet une effectivité beaucoup plus grande, notamment en ce qu'elle prévoit:

- une définition plus large de l'activité syndicale protégée;
- une obligation pour l'employeur de faire reconnaître (et donc de prouver) préalablement au licenciement la validité du motif invoqué par un organe paritaire (bureau de conciliation) ou à défaut par les juridictions du travail;
- une sanction effective et forfaitaire en cas de non-respect de la procédure, généralement équivalente à 1 an de rémunération;
- une sanction spécifique lorsque le licenciement est opéré pour motif grave et que celui-ci est finalement invalidé par les juridictions du travail.

Que les délégués contractuels du secteur public et du secteur privé constituent des catégories de personnes comparables est, selon nous, difficilement contestable, dès lors qu'on limite la première aux délégués syndicaux visés à l'article 71, 5°, de l'arrêté royal du 28 septembre 1984<sup>21</sup> dont le nom et, le cas échéant, le grade ont fait l'objet de la communication, de la part d'un dirigeant responsable de l'organisation syndicale, prévue à l'article 88 de l'arrêté royal précité. Le fait que la différence de traitement réservée à ces deux catégories de personnes ne soit pas justifiée et, en tout cas, totalement disproportionnée l'est tout autant<sup>22</sup>. La mise en lumière d'une discrimination ne suffit néanmoins pas à offrir un remède efficace au délégué syndical du secteur public, dont – comme a pu le relever le Professeur Jean Jacquemain<sup>23</sup> – le recours se heurtera à, au moins, deux difficultés majeures.

**8.1.** La première tient à la nature des normes en présence. En ce qui concerne le secteur public, le régime de protection est régi par un arrêté royal. Aussi – et nous rejoignons en cela l'éminent auteur – ce sont effectivement les juridictions du travail qui seraient compétentes pour procéder à l'examen de la discrimination sur pied de l'article 159 de la Constitution. La protection des délégués syndicaux est quant à elle assurée, dans le secteur privé, par voie de conventions collectives de travail, le plus souvent non rendues obligatoires par arrêté royal. Or, il paraît difficilement pensable que l'octroi, dans le cadre de la négociation collective, d'un avantage en faveur de certains de travailleurs puisse être considéré comme engendrant une situation discriminatoire vis-à-vis des autres travailleurs qui n'en bénéficient pas, car ne ressortissant pas à la compétence de la commission paritaire au sein de laquelle ledit avantage a été négocié<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Le régime institué par l'arrêté royal du 28 septembre 1984 couvre en effet une catégorie de personnes beaucoup plus large que la CCT n° 5, allant du dirigeant d'une organisation syndicale (qui bénéficie en principe d'un congé permanent) à l'affilié simplement invité à participer à une réunion de son organisation. L'article 71, 5° vise quant à lui les personnes désignées par une organisation syndicale afin d'exercer plus spécialement une ou plusieurs prérogatives qui ont été conférées à cette organisation en vertu des articles 16, 1°, 2° et 3°, et 17, 1°, 2° et 3°, de la loi.

<sup>22</sup> Ce constat nous semble pouvoir être renforcé par la référence aux normes de droit international citées plus haut, le cas échéant lues en combinaison avec l'article 23, 1°, de la Constitution.

<sup>23</sup> J. JACQUEMAIN, "Les relations collectives dans le secteur public", in (coll.) *Une terre de droit du travail: les services publics*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 408.

<sup>24</sup> La Cour de cassation, dans un arrêt du 8 avril 2013 (S.12.0128.F – disponible sur [www.juridat](http://www.juridat.be)) ne semble néanmoins pas avoir exclu la possibilité de comparer la situation issue d'une CCT avec celle naissant d'une loi. Dans cet arrêt, la Haute Cour valide en effet la comparaison qui avait été opérée par la Cour du travail de Mons entre la protection offerte au délégué syndical sur pied d'une CCT et celle prévue par la loi du 19 mars 1991 telle qu'interprétée par la Cour de cassation, en ce qui concerne le licenciement de travailleurs protégés dans

Cette première difficulté pourrait dans certains cas peut-être être contournée en comparant la situation des délégués contractuels de la fonction publique, non plus au regard de la CCT n° 5, mais de la loi du 19 mars 1991 qui prévoit une mesure de protection contre le licenciement en faveur des représentants du personnel au sein des CE et des CPPT mais également des délégués syndicaux qui sont amenés à assumer les missions dévolues au CPPT lorsque celui-ci n'a pas été mis en place<sup>25</sup>. Dans le secteur public, les compétences des CPPT sont assumées par les comités de concertation<sup>26</sup>, de sorte que le raisonnement concernera ici plus particulièrement les délégués siégeant dans ces comités (visés à l'article 71, 4°, de l'arrêté royal du 28 septembre 1984). Il nous semble que la différence de mode de désignation de ces délégués existant entre le secteur public – désignation par l'organisme syndical – et le secteur privé – élections sociales – ne suffit pas, à elle seule, à exclure toute possibilité de comparaison entre ces catégories<sup>27</sup>. La protection offerte aux délégués syndicaux exerçant les missions du CPPT permet en effet de montrer que la justification de celle-ci tient bien plus à la nature de la mission confiée au travailleur protégé qu'à la manière suivant laquelle celui-ci s'en est trouvé chargé<sup>28</sup>.

**8.2.** Reste que, si la juridiction du travail reconnaît l'existence d'une discrimination en défaveur du délégué syndical de la fonction publique, elle ne pourra que conclure que celle-ci résulte d'une lacune réglementaire. Elle ne pourra combler la carence de l'arrêté royal du 28 septembre 1984, en faisant bénéficier l'intéressé du régime prévu par la CCT n° 5 ou la loi du 19 mars 1991. Il appartiendra donc au travailleur de se retourner contre l'autorité responsable de cette carence (l'État belge, représenté par le ministre de la Fonction publique) pour obtenir réparation, soit en sollicitant son intervention devant les juridictions du travail, soit en introduisant une nouvelle procédure. Il réclamera à l'État belge les montants qu'il aurait pu obtenir s'il avait bénéficié d'une protection équivalente à celle offerte aux représentants du personnel dans le secteur privé, à savoir – si la comparaison est opérée sur base de la CCT n° 5 – une indemnité équivalente à 1 an de rémunération ou – si la comparaison est opérée sur base de la loi du 19 mars 1991 – les indemnités visées aux articles 16 et 17 de la loi. Le fait que le mandat du délégué syndical ne soit pas conféré, dans le secteur public, dans le cadre d'un processus

---

le cadre d'une faillite (virtuelle). Il s'agit néanmoins d'une espèce où l'existence d'une discrimination avait été rejetée par la juridiction du fond.

<sup>25</sup> Art. 52 de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, non applicable en tant que tel au secteur public du fait de la limitation du champ d'application de la loi, en ce qui concerne notamment cette disposition, prévue à l'article 48.

<sup>26</sup> L'article 39 de l'arrêté royal du 28 septembre 1984, pris en exécution de l'habilitation prévue à l'article 11, § 2, de la loi du 19 septembre 1974, prévoit en effet que «*Toutes les attributions qui, dans les entreprises privées, sont confiées aux Comités pour la Prévention et la Protection au travail sont exercées par les comités compétents en vertu des articles 37 et 40*».

<sup>27</sup> *Contra*. C. trav. Bruxelles, 9 février 1990, *Chr. D.S.*, 1990, p. 302; Trib. trav., Liège, 15 mars 1994, *Chr. D.S.*, 1995, 352; C. DUMONT, "Les relations collectives de travail dans la fonction publique", *o.c.*, p. 465.

<sup>28</sup> De la même manière, l'impossibilité de faire intervenir, pour les travailleurs du secteur public, les organes paritaires désignés à l'article 3 de la loi du 19 mars 1991 (CP ou, à défaut, le CNT) pour la reconnaissance des motifs d'ordre économique ou technique n'enlève, à notre avis, rien au caractère discriminatoire de la situation. Comme nous le verrons, notre constat ne permet de toute manière pas au juge d'appliquer au délégué syndical du secteur public les règles, notamment procédurales, inscrites dans la loi du 19 mars 1991. C'est l'absence de mesure de protection équivalente qui doit être dénoncée et, plus particulièrement, l'absence de mécanisme de renversement de la charge de la preuve et de sanction forfaitaire en cas de non-respect de la procédure.

électoral constituera un problème pour l'évaluation de l'indemnité fixée à l'article 17. Cette situation se rencontre néanmoins également lors de la détermination de l'indemnisation dues aux délégués syndicaux (du secteur privé) exerçant les missions du CPPT, qui sont licenciés irrégulièrement et n'ont pas réintégrés dans leurs fonctions. Il suffirait donc d'appliquer à ceux-là les solutions dégagées en doctrine et en jurisprudence en faveur de ceux-ci<sup>29</sup>.

9. Il est clair qu'aujourd'hui plus que jamais, il devient urgent que le législateur intervienne en vue de conférer aux délégués syndicaux contractuels de la fonction publique une véritable protection. La protection offerte par l'article 89 de l'arrêté royal du 28 septembre 1984 n'est pas suffisamment efficace. Les remèdes suggérés ci-avant, comme un appel du pied aux plaideurs audacieux, ne constituent pas une voie juridique tenable à long terme. Dans ses recommandations, le Comité de la liberté syndicale du BIT invite les États à mettre en place, en faveur des délégués syndicaux qui estiment avoir subi des préjudices en raison de leurs activités syndicales, des moyens de recours efficaces, expéditifs et peu coûteux<sup>30</sup>. On en est loin... Il est par ailleurs à craindre que, tel un *boomerang*, des employeurs du secteur privé s'emparent de la situation discriminatoire dénoncée, en mettant en lumière la différence de traitement dont ils sont victimes en comparaison aux obligations qui incombent aux employeurs du secteur public et de tenter, ce faisant, d'obtenir l'écartement la réglementation contraignante à laquelle il sont tenus lorsqu'ils envisagent de licencier un représentant du personnel au sens large. L'arrêt prononcé le 18 décembre 2014 par la Cour constitutionnelle<sup>31</sup> montre que ce risque (*levelling-down*) n'est pas que théorique.

Jonathan DE WILDE D'ESTMAEL  
Avocat au barreau de Namur  
Assistant doctorant à l'UCL (CRIDES)

---

<sup>29</sup> Voyez à ce propos, L. CAPPELLINI, "La protection prévue par la loi du 19 mars 1991 et le délégué syndical exerçant les missions du comité pour la prévention et la protection au travail", in H. DECKERS et L. DEAR (dir.), *La protection des représentants du personnel*, Limal, Anthémis, 2011, pp. 359-375.

<sup>30</sup> B.I.T., *La liberté syndicale*, Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du B.I.T., 5<sup>ème</sup> éd., 2006, disponible sur le site: [www.ilo.org](http://www.ilo.org), n<sup>os</sup> 813 à 836.

<sup>31</sup> C. Const., 18 décembre 2014, n<sup>o</sup> 187/2014.