

S.21.0074.F

*Conclusions de M. l'avocat général Mormont :*

### **Le contexte du litige.**

1.

Le litige a pour toile de fond un conflit social au sein de la demanderesse, l'opposant aux défendeurs, tous pompiers occupés dans le cadre d'un statut.

A la fin de l'année 2013 et au début de 2014, les défendeurs ont mené une action de « grève administrative » ou encore de « grève perlée », pendant laquelle ils ont accompli leur horaire de travail complet mais n'ont pas effectué certaines des tâches qui leur incombent, notamment la participation aux formations et l'encodage de rapports d'intervention.

A la suite de cette action, la demanderesse a entendu retenir et récupérer une fraction (10%) de la rémunération des défendeurs pour les mois concernés par cette « grève administrative ».

2.

Le litige porte sur la demande des défendeurs de se voir attribuer les sommes ainsi retenues par la demanderesse.

### **Le moyen.**

3.

Le moyen unique est dirigé contre la décision de l'arrêt, confirmant le jugement entrepris, de condamner la demanderesse au paiement des sommes retenues sur la rémunération des défendeurs.

Le moyen se fonde essentiellement sur l'invocation de l'exception d'inexécution, ou de sa variante en droit administratif que constitue la règle du « service fait », à une relation de travail de nature statutaire.

Il repose sur le postulat de l'application de ces règles à tous les rapports synallagmatiques, fussent-ils statutaires, compte tenu de la connexité économique existant entre l'obligation de payer la rémunération et celle pour le travailleur d'accomplir les tâches qui lui sont confiées.

Le moyen repose encore sur le postulat du caractère divisible de l'exception d'inexécution, celle-ci pouvant donc être partielle.

Il fait enfin valoir que les retenues litigieuses sont susceptibles d'être justifiées par l'effet suspensif de la force majeure.

Le moyen considère ainsi que l'arrêt viole :

- les articles 3bis et 23 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs en jugeant qu'ils font obstacle à la suspension du paiement de la rémunération qui aurait lieu par application de l'exception d'inexécution ou de la règle du « service fait » ;

- le principe général du droit de l’exception d’inexécution, celui du « service fait » ou encore celui de la force majeure, de même que les articles 1147 et 1148 de l’ancien Code civil dont se déduit ce dernier principe, en refusant d’admettre que l’employeur public puisse retenir une partie de la rémunération de ses agents statutaires qui refusent d’exécuter une partie de leurs tâches ;
- le principe général du droit du « service fait » en refusant de reconnaître son existence ;
- le principe général du droit de l’exception d’inexécution, celui prohibant l’abus de droit, celui de l’exécution de bonne foi des conventions et l’article 1134, alinéa 3, de l’ancien Code civil en considérant que l’exception d’inexécution est nécessairement indivisible.

### **Appréciation.**

4.

Le premier grief qui me paraît pouvoir être examiné est celui présenté à titre subsidiaire par le moyen selon lequel l’arrêt violerait l’effet suspensif de la force majeure ou les articles 1147 et 1148 de l’ancien Code civil dont cet effet se déduit, ce en refusant de les reconnaître comme un fondement aux retenues sur la rémunération si même il devait être considéré que les défendeurs se sont abstenus d’accomplir la totalité de leurs prestations en raison d’un fait non fautif, tel que le cas fortuit ou la force majeure.

5.

L’arrêt ne constate pas un tel cas fortuit ou de force majeure et il n’est pas dans les pouvoirs de la Cour de le faire.

Partant, le moyen est irrecevable dans cette mesure.

6.

Pour le surplus, le moyen me paraît tout entier déduit de la violation du principe général du droit de l’exception d’inexécution et reposer intégralement sur le postulat de son application, soit en tant que tel soit sous la forme de la règle dite du « service fait », à une relation de travail statutaire.

7.

L’exception d’inexécution est celle qui permet à une partie à un contrat synallagmatique de suspendre l’exécution de ses propres obligations si elle prouve que son contractant est resté en défaut d’exécuter ses propres obligations contractuelles<sup>1</sup>.

Elle est reconnue comme formant un principe général du droit<sup>2</sup>.

Même si ces dispositions sont postérieures au litige, on peut noter que l’actuel Code civil consacre désormais explicitement l’exception d’inexécution.

<sup>1</sup> Voy. Cass. 24 octobre 2019, RG C.19.0132.N, *Pas.* 2019, n° 542, [ECLI:BE:CASS:2019:ARR.20191024.17](https://www.ecli.be/cass/2019/ARR.20191024.17). Cet arrêt rappelle en outre qu’il ne s’agit que d’une exception temporaire.

<sup>2</sup> Voy. Cass. 15 juin 1981, RG 6161, *Pas.* 1981, I, 1179 ; P. MARCHAL, *Les principes généraux du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, coll. *RPDB*, p. 261.

L'article 5.98 de ce code dispose en effet que le créancier peut suspendre l'exécution de son obligation conformément à l'article 5.239. Le paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de ce second article énonce quant à lui que, dans un rapport synallagmatique, le créancier d'une obligation exigible peut suspendre l'exécution de sa propre obligation jusqu'à ce que le débiteur exécute ou offre d'exécuter la sienne; la suspension doit être appliquée de bonne foi.

8.

L'exception d'inexécution découle de l'interdépendance des obligations réciproques des parties à un contrat synallagmatique, mais peut trouver à s'appliquer également dans le cadre des rapports synallagmatiques nés suite à la résolution du contrat<sup>3</sup> ou à sa nullité, de même qu'aux rapports synallagmatiques découlant des quasi-contrats ou encore de groupes de contrats connexes.

La doctrine insiste sur le fait que l'exception d'inexécution s'explique par la nature spécifique des rapports synallagmatiques dans lesquels les obligations réciproques se conditionnent les unes les autres et doivent en règle s'exécuter « trait pour trait »<sup>4</sup>.

Propre à ces rapports synallagmatiques et inhérente à leur nature, l'exception d'inexécution voit donc son champ d'application limité à ces derniers, à moins qu'elle soit organisée par la loi<sup>5</sup>. Elle n'est pas davantage applicable lorsque les obligations réciproques des parties n'ont pas vocation à s'exécuter trait pour trait ou lorsque les parties ont adopté — même tacitement — un autre ordre d'exigibilité<sup>6</sup>.

9.

Même si la finalité poursuivie par la relation de travail statutaire est *in fine* d'obtenir, pour l'employeur, les prestations de l'agent et, pour ce dernier, un traitement, cette relation paraît toutefois se distinguer nettement des rapports synallagmatiques civils<sup>7</sup>, spécialement sous l'angle de la réciprocité et de l'interdépendance entre prestations de travail et traitement.

Il est en effet avancé, de manière tout à fait traditionnelle, que le second n'est pas la contrepartie des premières mais procède d'un rôle différent :

« Le traitement n'est pas la contrepartie du travail fourni. Il est assuré aux agents pour leur permettre de mener une vie décente; mais ils doivent, sans marchander, tout leur temps à l'administration »<sup>8</sup> ;

« Par essence et par définition légale, la rémunération du salarié est la contrepartie de ses prestations. En théorie, il n'en est rien pour le traitement. Classiquement, il est défini comme

<sup>3</sup> Cass. 21 novembre 2003, RG C.01.0357.N, *Pas.* 2003, n° 586, [ECLI:BE:CASS:2003:ARR.20031121.9](#).

<sup>4</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, Bruxelles, Bruylant 2013, coll. De Page. Traité de droit civil belge, tome II, n° 562.

<sup>5</sup> *Idem*, n° 563.

<sup>6</sup> Si par exemple, il est prévu que le paiement précède la délivrance, l'acquéreur ne pourrait tirer argument de l'absence de cette dernière pour refuser le premier. Voy. B. DUBUISSON et J.M. TRIGAUX, « L'exception d'inexécution en droit belge », *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ 2001, n° 19 et ss.

<sup>7</sup> On concède toutefois un affaiblissement de l'approche classique, à la fois par le développement considérable de l'emploi contractuel dans la fonction publique et par le rapprochement des régimes des agents statutaires et des travailleurs sous contrat, des secteurs public et privé.

<sup>8</sup> Voy. A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif*, Bruxelles, Larcier 1954, n° 370.

une allocation que l'Etat verse à l'agent pour lui permettre de tenir son rang (social), étant entendu que celui-ci doit à l'Etat tout son temps »<sup>9</sup> ;

« Le traitement d'un agent n'est pas déterminé ni calculé en contrepartie des prestations effectuées par ce dernier. En effet, contrairement au droit du travail qui y voit un lien direct, le traitement du fonctionnaire lui est alloué afin de lui permettre d'être indépendant, détaché des intérêts particuliers et des points de vue de classe »<sup>10</sup>.

10.

Par ailleurs, on l'a rappelé, hormis les hypothèses dans lesquelles ils sont organisés par la loi, c'est la volonté des parties qui est la source des rapports synallagmatiques. C'est essentiellement cette volonté qui fait naître — ou qui exclut — des obligations réciproques et interdépendantes qui justifient l'application de l'exception d'inexécution.

Or, la relation de travail statutaire reste, tout à l'inverse, marquée par un fort caractère unilatéral et réglementaire, dans lequel la volonté commune des parties est d'une bien moindre importance, voire exclue<sup>11</sup>.

C'est en effet essentiellement d'un acte unilatéral, la nomination, que naît la relation de travail statutaire.

C'est aussi et surtout que le statut qui la régit, notamment au plan pécuniaire, a la nature d'un règlement, c'est-à-dire d'un acte administratif unilatéral faisant naître des règles générales et abstraites<sup>12</sup> : on entend ainsi par statut un ensemble « de dispositions générales et impersonnelles rendues applicables au personnel par une désignation unilatérale de l'autorité publique et non par une convention »<sup>13</sup>.

Enfin, le principe de légalité, déduit de l'article 159 de la Constitution, fait obstacle à ce que les parties dérogent au règlement qu'est le statut — ce qui empêche notamment de convenir d'un autre traitement que celui résultant de la position administrative attribuée à l'agent, quand bien même d'autres prestations que celles découlant de cette dernière auraient été accomplies<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> J. JACQMAIN, *Droit social de la fonction publique*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 2016, 28<sup>ème</sup> éd., p. 87.

<sup>10</sup> A.L. DURVIAUX, *Droit de la fonction publique*, Bruxelles, Larcier 2012, p. 160, citant L. CAMU.

<sup>11</sup> W. APPELS et A. DE BECKER, *Statutenzakboekje overheidsperoneel*, Mechelen, Kluwer 2013, p. 69; A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel: juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaren*, Brugge, die Keure 2007, p. 27. Ce caractère unilatéral révèle, selon M. PÂQUES, un « mépris des choses du commerce qui s'échangent par la voie d'un instrument contractuel dont il ne peut être séant que la fonction publique fasse usage » (M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans le cadre de l'action administrative*, Bruxelles, Story-Scientia, 119, p. 114).

<sup>12</sup> A.L. DURVIAUX, *op. cit.*, p. 160 ; B. LOMBAERTS et alii, *Eléments du droit de la fonction publique*, Mechelen, Kluwer 2007, p. 35 ; P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, Bruxelles, Larcier 2022, 3<sup>ème</sup> éd., v<sup>o</sup> Statut : « ensemble de règles, principalement de nature réglementaire, régissant la situation juridique des agents de l'administration qui ont été engagés par un acte administratif unilatéral de cette dernière et non par un contrat ».

<sup>13</sup> Cass. 13 juin 1973, *Pas.* 1973, I, 949 et note signée H.L.

<sup>14</sup> Ce qui a notamment pour conséquence que le fait d'exercer des fonctions supérieures à celles pour lesquelles un agent a été nommé ne lui ouvre pas, sauf disposition spécifique en ce sens, de droit au traitement afférent à ces fonctions supérieures, mais exclusivement, le cas échéant, à des dommages et intérêts. Voy. par ex. C. trav. Bruxelles, 16 janvier et 11 septembre 2007, *Chr.D.S.*, 2008, p. 167.

11.

D'autre part, il est classiquement acquis que c'est dans sa position administrative d'activité de service, telle qu'elle est définie par son statut, que l'agent puise son droit à la rémunération<sup>15</sup>. Cela s'explique par la fonction traditionnelle du traitement qui est celle d'assurer à l'agent un niveau donné de revenus, ainsi que par le fait que, dans le secteur public, c'est l'employeur qui assure lui-même la protection sociale de ses agents et qui couvre ainsi le risque social de la privation de travail<sup>16</sup>.

Or, cette position administrative n'est pas strictement liée à l'accomplissement matériel de prestations. Il s'agit bien davantage d'une position juridique, à savoir la position normale de l'agent régulièrement nommé<sup>17</sup>. Ainsi, l'agent en congés, dispensé ou suspendu dans l'intérêt du service<sup>18</sup>, notamment, reste en activité de service et a droit, à ce titre et pour ce motif, au traitement, de même qu'à l'avancement et à l'admissibilité de la période concernée pour l'ouverture du droit à la pension<sup>19</sup>.

De même, comme déjà indiqué, ce n'est pas l'exercice de telle ou telle fonction ou l'accomplissement de telles ou telles prestations qui génère le droit au traitement, mais bien le positionnement hiérarchique et la position administrative d'activité de service. La jurisprudence de fond, même si elle est peu nombreuse, est ferme en ce sens<sup>20</sup>.

Tout cela montre incontestablement que le droit au traitement est largement décorrélé de l'accomplissement des prestations de la fonction<sup>21</sup>.

Dans le même ordre d'idée, le seul défaut d'accomplissement des prestations n'a pas pour effet, de plein droit, de faire quitter l'agent sa position administrative d'activité de service et de le priver du droit au traitement<sup>22</sup>.

<sup>15</sup> J. SAROT et *alii*, *Précis de la fonction publique*, Bruxelles, Bruylant 1994, p. 330 et ss ; A.L. DURVIAUX, *op. cit.*, p. 160.

<sup>16</sup> Dans la sphère contractuelle, le tableau est plus nuancé et le risque de l'absence de prestations repose tantôt sur l'employeur, tantôt sur la sécurité sociale des travailleurs salariés, tantôt sur le travailleur lui-même.

<sup>17</sup> Voy. e.a. F. GOSSELIN, *Droit de la fonction publique à l'aune du droit européen*, Bruxelles, Larcier 2022, 2<sup>ème</sup> éd., p. 255.

<sup>18</sup> A moins précisément que cette suspension soit assortie d'une suspension de traitement. Voy. F. MASSON, *op. cit.*, n° 25.

<sup>19</sup> J. SAROT et *alii*, *op. cit.*, p. 331.

<sup>20</sup> C. trav. Bruxelles, 16 janvier et 11 septembre 2007, *Chr.D.S.*, 2008, p. 167 ; C. trav. Namur, 27 juin 2002, *Chr.D.S.*, 2002, p. 453 et obs. J. JACQMAIN « Faire fonction d'employé ? ». Ces décisions concernent des cas d'exercice, sans décision formelle, de fonctions supérieures à celles qui font l'objet de la nomination ; elles décident toutes deux que le travailleur concerné ne peut prétendre à la rémunération correspondant ces fonctions supérieures et qui est plus favorable que celle correspondant à sa position administrative.

<sup>21</sup> J. JACQMAIN, *op. cit.*, p. 89 : « Dans le secteur privé, le droit à la rémunération reste gouverné, en cas d'absence non fautive du travailleur, par la théorie des risques ; les cas où, en dépit de cette théorie, la législation impose le maintien du salaire restent des exceptions, même si celles-ci tendent à se multiplier. Les règles de la fonction publique peuvent obéir à une logique très différente, assimilant certaines absences même assez longues à une situation d'activité qui entraîne le maintien du traitement » ; A. MAST, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer 2007, p. 228 ; F. MASSON, « Droit et protection de la rémunération » in P. LEVERT et B. LOMBAERT, *Droit et contentieux de la fonction publique*, Paris, EFE, 2013, n° 9 et ss.

<sup>22</sup> F. GOSSELIN, *op. cit.*, p. 257 ; C.E., 17 décembre 2019, n° 246.409 ; C.E., 27 juin 2022, n° 246.420 : « La circonstance que les prestations effectuées par le requérant ne correspondent pas aux objectifs de prestations attendus ne permet pas de considérer qu'il aurait été absent de son service sans justification et d'en conséquence le mettre en non-activité de service ». Les arrêts cités par le mémoire en réponse mettent quant à eux en évidence que les retenues sur la rémunération imposées en cas d'absence de prestations (complètes) relèvent du

Enfin, et de façon assez pertinente par rapport à la problématique qui nous concerne, on peut relever — contrairement à ce qui prévaut en matière contractuelle — l'existence de normes expresses<sup>23</sup> pour justifier le fait que les agents statutaires en grève se voient priver de leur traitement bien qu'ils restent en activité de service.

12.

On peut relever par ailleurs que toute la doctrine civiliste consacrée à l'exception d'inexécution n'envisage jamais l'application de cette dernière aux relations de travail statutaires.

Au reste, le caractère temporaire de cette exception, que rappelle notamment l'arrêt du 24 octobre 2019<sup>24</sup>, se concilie mal avec son application pour justifier une retenue définitive sur le traitement.

13.

La jurisprudence de la Cour, que cite le moyen, en matière de réparation du dommage causé par la perte des prestations d'un agent statutaire ne paraît pas mener à une autre approche. Elle me paraît en effet essentiellement centrée sur la définition du dommage subi par l'employeur public du fait de la privation des prestations de son travailleur, plutôt qu'attachée à établir des obligations réciproques et interdépendantes entre les parties à la relation de travail statutaire.

14.

Enfin, il n'apparaît pas non plus qu'existerait sous la dénomination de « service fait » une règle<sup>25</sup> ou un principe général du droit administratif<sup>26</sup> étendant, sans disposition expresse,

---

régime des sanctions, et du principe de proportionnalité de celles-ci, pas d'une logique compensatoire ou indemnitaire du défaut de prestations.

<sup>23</sup> Voy. notamment l'article 18 de l'arrêté royal du 22 décembre 2000 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'Etat applicables au personnel des services des Gouvernements de Communauté et de Région et des Collèges de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française ainsi qu'aux personnes morales de droit public qui en dépendent (de même que les arrêtés royaux de principes généraux qui l'ont précédé en 1994 et 1991). Voy. encore, toujours pour les fonctionnaires fédéraux, l'article 5, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 19 novembre 1998 relatif aux congés et aux absences accordés aux membres du personnel des administrations de l'Etat : « La participation de l'agent à une cessation concertée du travail est assimilée à une période d'activité de service. Il n'a pas droit toutefois à son traitement ». Pour un aperçu complet des dispositions similaires applicables aux autres fonctionnaires : R. Janvier et alii, *Collectieve arbeidshverhoudingen in de publieke sector*, Brugge, die Keure 2021, p. 451.

<sup>24</sup> Cass. 24 octobre 2019, RG C.19.0132.N, *Pas.* 2019, n° 542, [ECLI:BE:CASS:2019:ARR.20191024.17](https://ecli.be/cass/2019/ARR.20191024.17).

<sup>25</sup> Cette règle est plutôt invoquée dans l'hypothèse, différente, de celle de l'agent dont la nomination est annulée ou retirée alors qu'il a accompli des prestations en vertu de celle-ci, pour lui permettre de conserver la rémunération perçue. En ce sens, elle est moins une forme d'exception d'inexécution ou d'illustration d'une absolue correspondance entre prestations et traitement qu'une variante spécifique de la théorie du fonctionnaire de fait — qui permet, pour des motifs tenant à la continuité du service public et aux respect dû aux apparences, de maintenir à l'égard des tiers certains effets d'une acte administratif illégal, et notamment de valider les actes adoptés par un fonctionnaire qui s'avère incompetent pour n'avoir pas été nommé régulièrement (voy. P. GOFFAUX, *op.cit.*, v° Fonctionnaire de fait). Voy. également J. SALMON, *Le Conseil d'Etat*, Bruxelles, Bruylant 1964, p. 527 ; F. MASSON, *op. cit.*, n° 44.

<sup>26</sup> Voy. P. JOASSART et M. SOLBREUX, « L'application des principes généraux de droit administratif aux fonctionnaires et contractuels de la fonction publique » in S. BEN MESSAOUD et F. VISEUR (coord.), *Les principes généraux de droit administratif. Actualités et applications pratiques*, Bruxelles, Larcier 2017, coll. de la Conférence du jeune barreau de Bruxelles, p. 939. Ces auteurs n'évoquent pas cette règle.

l'application de l'exception d'inexécution à la sphère de la relation de travail statutaire par dérogation au statut.

Il est par contre exact que cette idée de correspondance entre prestations et traitement inspire un certain nombre de dispositions, par exemple celles relatives au traitement réduit en cas de prestations à temps partiel ou de suspension préventive<sup>27</sup> ou encore celles qui consacrent l'absence de droit au traitement en cas de grève<sup>28</sup>.

Pour autant et compte tenu des principes traditionnels que l'on brièvement exposés ci-avant, il ne me paraît pas acquis que ces dispositions spécifiques soient suffisantes pour conclure qu'elles expriment désormais un authentique principe général du droit<sup>29</sup> qui pourrait s'appliquer au-delà de ce qu'elles prévoient.

15.

Partant, dans la mesure où il est recevable, le moyen qui repose tout entier sur le postulat de l'application de l'exception d'inexécution à toute<sup>30</sup> relation de travail statutaire et sans disposition expresse en ce sens, me paraît manquer en droit.

### **Conclusion :**

Rejet.

---

<sup>27</sup> Encore que le fait de n'imposer qu'un traitement réduit plutôt qu'une absence de traitement montre que la logique à l'œuvre n'est pas celle d'une correspondance complète entre prestations et rémunération.

<sup>28</sup> Voy. D. BATSELÉ et alii, *Manuel de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant 2010, p. 376 ; J. JACQMAIN, *op. cit.*, p. 87.

<sup>29</sup> La notion peut être définie comme une règle de droit non écrite, à caractère général, énoncée par la jurisprudence à partir des prémisses de notre ordre juridique et ayant, en principe, une valeur supplétive par rapport à la loi – sauf s'il s'agit d'un principe général du droit de nature constitutionnelle, issu du droit international ou encore exprimé par un texte déterminé dont il partage la valeur. Voy : P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, Bruxelles, Bruylant 2014, coll. Répertoire pratique de droit belge, p. 11 ; S. SEYS, D. DE JONGHE et F. TULKENS, « Les principes généraux du droit » in I. Hachez et alia (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Limal, Anthemis 2012, vol. 2, p. 493 ; P. VAN OMMESLAGHE, « A propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne » in *Liber amicorum Jacques Malherbe*, Bruxelles, Bruylant 2006, p. 1104 ; I. MATHY, « Les principes généraux : genèse et consécration d'une source majeure du droit administratif » in S. BEN MESSAOUD et F. VISEUR (coord.), *Les principes généraux de droit administratif. Actualités et applications pratiques*, Bruxelles, Larcier 2017, coll. de la Conférence du jeune barreau de Bruxelles, p. 23.

<sup>30</sup> Une particularité du litige tient au fait que le statut applicable aux parties pour la période en cause n'a pas été renseigné ni fourni aux juges du fond, qui se sont contentés de le déplorer — contraignant ainsi le moyen à une approche strictement générale.