

Coronavirus et fonction
publique

Van Olmen & Wynant

Coronavirus et fonction publique

Vincent Vuylsteke

Avocat associé

Van Olmen & Wynant

Introduction

La pandémie actuelle de Covid-19 bouleverse nos vies. La fonction publique n'y échappe pas. Le confinement que tout un chacun est appelé à respecter a nécessairement des influences sur le fonctionnement des administrations et sur les procédures qu'elles sont appelées à mener.

Sans prétendre ici à l'exhaustivité en ce qui concerne l'ensemble des questions que la situation actuelle peut faire surgir en matière de fonction publique¹, il nous a semblé utile de souligner quelques points particuliers (tant à l'égard des agents statutaires que contractuels).

L'adoption de textes spécifiques visant à encadrer la situation actuelle

Les autorités publiques peuvent éprouver le besoin d'établir une série de règles spécifiques, à l'encontre de leur personnel, visant à encadrer la situation actuelle exceptionnelle que nous vivons.

A cet égard, l'on précisera que la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités, qui s'applique à la grande majorité des autorités publiques du pays², prévoit que le Roi peut déterminer les cas dans lesquels les procédures de négociation et de concertation avec les syndicats ne trouvent pas à s'appliquer. L'arrêté royal du 28 septembre 1984 portant exécution de cette loi prévoit ainsi, en son article 5, 3°, que la négociation et la concertation ne sont pas requises « *en cas d'accidents ou de fléaux calamiteux, au sens de l'article 135, § 2, alinéa 2, 5°, de la Nouvelle loi communale* ». La Nouvelle loi communale, à laquelle il est renvoyé, prévoit explicitement les épidémies parmi les « fléaux calamiteux ». L'hypothèse de l'épidémie permet donc de déroger aux règles traditionnelles de négociation et de concertation³. L'autorité publique peut donc, de manière exceptionnelle, adopter seule un texte, sans intervention des organisations syndicales.

A cet égard, l'on soulignera qu'il convient de demeurer très prudent dans l'application de cette exception (applicable aux autorités soumises à la loi du 19 décembre 1974). Il appartient à l'autorité publique de motiver spécifiquement sa décision de ne pas recourir aux procédures de concertation et négociation. S'il est tout à fait envisageable d'avoir recours à cette exception pour les mesures jugées comme nécessaires dans le cadre de la crise actuelle ou qui ne peuvent légitimement pas attendre, les autorités ne pourront pas « abuser » de cette possibilité en vue d'adopter des modifications de la réglementation dépourvues de toute urgence ou non liée à la crise sanitaire.

¹ Nous ne traitons notamment pas de la question du chômage temporaire pour force majeure, qui peut trouver à s'appliquer aux contractuels du secteur public (mais non aux agents statutaires).

² Voy. l'article 1^{er} de la loi.

³ Et ce pour toutes les autorités publiques soumises à la loi du 19 décembre 1974, même celles qui ne tombent pas sous le champ d'application de la Nouvelle loi communale. Le renvoi à la Nouvelle loi communale dans l'article 5, 3° de l'arrêté a en effet uniquement pour objet de préciser la notion de « fléaux calamiteux ».

A titre d'exemple de texte spécifique élaboré dans le cadre la pandémie actuelle, l'on se référera à l'arrêté du Gouvernement wallon du 13 mars 2020 portant des dispositions diverses de fonction publique dans le contexte de la pandémie de coronavirus⁴. Cet arrêté contient des règles en matière de télétravail et des règles en matière de congé. L'arrêté est applicable jusqu'au 3 avril prochain, mais pourrait être prolongé.

Les délais de rigueur

La problématique du respect des délais se pose également de manière accrue. En droit de la fonction publique, une série de délais peuvent ainsi courir que ce soit à l'encontre de l'agent (comme les délais pour introduire un recours interne ou le délai de recours devant le Conseil d'Etat) ou de l'administration (délai de prescription de l'action disciplinaire par exemple).

Le non-respect d'un délai pourra avoir des conséquences très importantes pour l'agent. Ainsi, son recours interne ou devant le Conseil d'Etat deviendrait irrecevable.

En ce qui concerne l'action de l'administration, certains délais auxquels elle est soumise ne sont que des délais d'ordre, c'est-à-dire des délais indicatifs. Le dépassement de ces délais n'est assorti d'aucune sanction, sous la réserve du principe du délai raisonnable. Il existe également des délais de rigueur, aussi appelés délais impératifs. Lorsqu'un délai de rigueur court à l'encontre d'une administration, l'administration perdra sa compétence en cas de dépassement de celui-ci⁵.

Dans le cadre de la crise sanitaire actuelle, des textes spécifiques peuvent être amenés à prévoir des aménagements, notamment dans le cadre des pouvoirs spéciaux attribués aux différents gouvernements. Il y a donc lieu de vérifier, au cas par cas, s'il existe un texte prévoyant des aménagements particuliers, telle qu'une forme de suspension/prolongation des délais. En Région wallonne, le gouvernement wallon a ainsi d'ores et déjà adopté plusieurs arrêtés de pouvoirs spéciaux relatifs à la suspension temporaire des délais de rigueur et de recours fixés dans la législation et la réglementation wallonne⁶.

Un délai intéresse particulièrement les différents acteurs : le délai de recours devant le Conseil d'Etat. A l'heure où nous écrivons ces lignes, aucun texte spécifique général n'existe encore à cet égard⁷. Des discussions sont toutefois en cours et la question fait partie de celles à régler par le gouvernement fédéral dans les prochains jours⁸. L'on se dirige très probablement vers une prolongation générale non seulement du délai de recours, mais également des différents délais de procédure applicables devant le Conseil d'Etat. Celle-ci n'est toutefois pas encore effective à l'heure où nous écrivons ces lignes.

A défaut d'aménagements particuliers, les délais continuent de courir. Les administrations devront donc s'organiser de manière telle à pouvoir respecter les délais de rigueur qui s'imposent à elles,

⁴ M.B., 13 mars 2020.

⁵ Sur cette question, voy. P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif* (2^e éd.), Bruxelles, Larcier, 2016, p. 189 et s.

⁶ Arrêté du Gouvernement wallon de pouvoirs spéciaux n°2 du 18 mars 2020 relatif à la suspension temporaire des délais de rigueur et de recours fixés dans l'ensemble de la législation et la réglementation wallonnes ou adoptés en vertu de celle-ci ainsi que ceux fixés dans les lois et arrêtés royaux relevant des compétences de la Région wallonne en vertu de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 (M.B., 20 mars 2020) ; Arrêté du Gouvernement wallon de pouvoirs spéciaux n°3 du 18 mars 2020 concernant les matières transférées à la Région wallonne en vertu de l'article 138 de la Constitution et relatif à la suspension temporaire des délais de rigueur et de recours fixés dans l'ensemble de la législation et la réglementation wallonnes ou adoptés en vertu de celle-ci ainsi que ceux fixés dans les lois et arrêtés royaux relevant des compétences de la Région wallonne en vertu de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 (M.B., 20 mars 2020).

⁷ A noter qu'en Région wallonne, les textes adoptés prévoient une suspension des délais de recours devant le Conseil d'Etat pour les matières de la compétence de la Région wallonne. La Région se fonde sur la technique des « pouvoirs implicites », prévue à l'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelle du 8 août 1980, mais la question peut se poser de savoir si les pouvoirs implicites permettent de tels aménagements.

⁸ Indépendamment de la question du délai de recours, légalement fixé, l'on précisera que le fonctionnement interne du Conseil d'Etat est fortement impacté par la crise sanitaire. Le Conseil d'Etat reçoit les nouveaux recours et les écrits des parties dans les dossiers en cours, mais il n'assure plus aucune notification aux parties (sauf les procédures en extrême urgence). Les audiences sont également suspendues.

malgré la crise. En ce qui concerne les délais courant à l'encontre des agents, l'on conseillera aux autorités appelées à en vérifier le respect de faire preuve d'une certaine *souplesse* compte tenu du contexte actuel, et ce tant en ce qui concerne le délai en lui-même que les différentes formalités à accomplir.

Le principe du délai raisonnable

Lorsque l'action de l'administration n'est pas encadrée par un délai de rigueur, elle n'en demeure toutefois pas moins appelée à traiter les dossiers dans un *délai raisonnable*. Ce principe gouverne tout le droit de la fonction publique.

Selon le Conseil d'Etat, le caractère raisonnable d'une procédure s'apprécie selon la diligence avec laquelle l'autorité a mené chaque étape, « *suivant les circonstances de la cause, en fonction de la nature et de la complexité de l'affaire, du comportement du requérant et de celui de l'autorité* »⁹.

Il paraît assez évident qu'une autorité publique pourra se fonder sur les circonstances actuelles pour justifier les *ralentissements* de certaines procédures. L'on conseillera toutefois aux autorités publiques, d'une part, d'aller *le plus loin possible* dans les différentes procédures administratives, et, d'autre part, de *documenter* les raisons pour lesquelles elles sont bloquées.

Même si la pandémie actuelle pourra justifier certains *retards*, notamment lorsqu'il s'agit d'entendre un agent en personne (voir ci-après), il faut en effet être conscient que les autorités publiques doivent s'organiser d'une manière telle que la continuité de leur action puisse être assurée. Ainsi, si le dossier administratif est intégralement constitué et qu'une décision doit être adoptée par une personne qui est en télétravail, on ne voit pas en quoi la prise de cette décision devrait être retardée par la crise. En cas d'indisponibilité pour maladie du détenteur de la compétence, les mécanismes légaux et réglementaires de *suppléance*, qui prévoient l'intervention d'une autre autorité en cas d'absence ou d'empêchement du détenteur initial de la compétence, devront éventuellement être mis en œuvre.

En cas de véritable blocage de l'action administrative, l'on conseillera de documenter celui-ci, de la manière la plus précise possible. L'on peut ainsi imaginer qu'une enquête disciplinaire soit dans l'impossibilité d'être poursuivie dès lors qu'un témoin important doit être entendu mais que celui-ci fait l'objet d'une hospitalisation. Dans ce cas-là, il semble opportun de garder des traces écrites de la situation, ne fût-ce que par le biais de notes internes.

L'appréciation du respect du délai raisonnable sera également vraisemblablement fonction de la durée totale de la crise, laquelle demeure un élément incertain à l'heure actuelle. Ne pas pouvoir avancer pendant un mois est une chose ; un blocage de six mois en est une autre. On peut considérer qu'au plus la crise durera, au plus l'on pourra attendre des administrations qu'elles prennent les mesures raisonnables pour avancer dans les dossiers, même non urgents, et ce malgré la situation sanitaire.

L'audition d'un membre du personnel

Une difficulté particulière se pose lorsqu'une autorité publique est appelée à *entendre* un agent. L'organisation d'une audition physique est en effet à proscrire dans les circonstances actuelles. Faut-il dès lors considérer que toute procédure dans laquelle une audition doit être réalisée doit nécessairement être suspendue ? Deux situations sont à notre estime à distinguer¹⁰.

La première situation est celle dans laquelle la comparution en personne n'est pas requise, mais qu'il faut recueillir le point de vue du membre du personnel. Il se peut qu'un texte statutaire prévoit

⁹ C.E., 18 décembre 2019, n° 246.450.

¹⁰ Outre l'hypothèse spécifique du licenciement pour motif grave d'un agent contractuel, examinée ci-après.

l'obligation de recueillir le point de vue de l'agent, mais sans imposer une comparution en personne. Dans cette hypothèse, la transmission par écrit des arguments de l'agent est parfaitement envisageable¹¹.

C'est également le cas en cas d'application du principe général *audi alteram partem*. Pour rappel, ce principe trouve à s'appliquer à toute mesure grave (non disciplinaire) et qui est fondée sur le comportement de l'agent¹².

Il est en effet communément admis que le principe *audi alteram partem* n'impose pas une « audition orale », mais qu'il peut y être satisfait en permettant à la personne concernée de faire valoir ses remarques par écrit¹³.

Dans une série d'hypothèses, il est donc parfaitement possible de recueillir le point de vue de l'agent par écrit. Cette manière de faire semble particulièrement adaptée à la crise actuelle.

Dans ce cadre, l'on soulignera qu'il sera opportun de faire preuve d'une certaine souplesse, compte tenu des circonstances actuelles exceptionnelles. Ainsi, si un membre du personnel sollicite une prolongation du délai qu'il lui est donné pour faire valoir ses observations par écrit car il a eu des difficultés à joindre son avocat, il nous semble qu'une telle prolongation devrait lui être accordée¹⁴.

Par ailleurs, il nous semble opportun de se ménager la preuve du fait que l'autorité a mis en œuvre tout ce qui était possible pour s'assurer que l'agent était bien en mesure de répondre aux documents en cause. Nous pensons notamment au fait de contacter le membre du personnel par téléphone (en confirmant le cas échéant l'entretien par un écrit pour des raisons de preuve) en vue de s'assurer du fait qu'il a bien reçu les documents ou en vue de vérifier si l'absence de réponse dans le délai donné est volontaire ou liée à une impossibilité de répondre.

Dans d'autres cas, la comparution en personne de l'agent est requise. On pense en particulier au droit disciplinaire : dans le cadre du principe des droits de la défense¹⁵, une véritable « audition physique » est bien souvent prévue via des textes statutaires organisant la comparution de l'agent.

Si la comparution en personne est requise, il conviendra de la remettre à une date ultérieure. Même pour les décisions appelant un traitement urgent (on pense en particulier aux mesures disciplinaires impliquant la rupture du lien statutaire, telle la révocation ou la démission disciplinaire), nous n'imaginons pas que le Conseil d'Etat puisse ultérieurement censurer une procédure disciplinaire pour avoir méconnu le délai raisonnable en organisant pas d'audition durant la période de crise, en tout cas dans l'hypothèse dans laquelle la période de confinement se « limite » à quelques semaines.

Si la période de confinement vient à se prolonger encore pendant de nombreuses semaines (voire même plusieurs mois), il faudra sans doute songer à de possibles aménagements exceptionnels. Si l'agent marque son accord, on peut penser à prévoir une audition par écrit même si le texte prévoit expressément une comparution en personne. Des formes plus originales, telle que l'audition via « Skype », pourraient même être envisagées. Il s'agira certes de déroger à un texte explicite, ce qui implique donc un certain risque juridique, mais la dérogation s'expliquerait par des circonstances exceptionnelles. Afin de réduire le risque juridique, il serait opportun, si possible, d'officialiser que

¹¹ Une discussion quant à la nécessité d'entendre physiquement l'agent est toutefois possible en matière disciplinaire.

¹² Voy. en ce sens C.E., 23 janvier 2013, n° 222.198 ; C.E., 31 janvier 2013, n° 222.336 . A noter que certains arrêts assouplissent les conditions traditionnelles d'application du principe *audi alteram partem*, notamment à des décisions qui sont d'une certaine gravité, mais qui ne sont pas fondées sur le comportement de leurs destinataires (voy. I. OPDEBEEK, S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht - Grondslagen en beginselen* (2^e éd.), Anvers, Intersentia, 2019, pp. 383 et 384).

¹³ Voy. p. ex. C.E., 4 juillet 2011, n° 214.399 ; C.E., 26 juillet 2000, n° 89.102.

¹⁴ Sauf si l'administration elle-même est tenue par un délai de rigueur explicite qui pourrait avoir pour conséquence de lui faire perdre sa compétence.

¹⁵ Sur le principe des droits de la défense, notamment en comparaison avec le principe *audi alteram partem*, voy. S. DEPRE, E. DE LOPHEM, C.-H. DE LA VALLE POUSSIN, M. CHOME, M.-L. DE ROUVROIT, « Etude pratique des principes du contradictoire, des droits de la défense, *audi alteram partem*, et *non bis in idem* », in S. BEN MESSAOUD, F. VISEUR (dir.), *Les principes généraux de droit administratif - Actualités et applications pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 493 et s..

les deux parties étaient d'accord sur les modalités convenues. Par ailleurs, les garanties traditionnelles devront toujours être respectées, telles que l'accès au dossier.

Le licenciement pour motif grave et le délai de trois jours

Une difficulté particulière peut être abordée concernant le licenciement des agents contractuels.

Bien que la question de l'application du principe *audi alteram partem* au licenciement des agents contractuels du secteur public soit controversée¹⁶, il ressort de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle que ce principe s'appliquerait à de tels licenciements, y compris au licenciement pour motif grave¹⁷. La Cour suggère dès lors que le délai de trois jours pour notifier un licenciement pour motif grave ne commence à courir qu'après avoir recueilli le point de vue de l'agent.

Cette jurisprudence ne manque pas de poser une série de questions complexes en pratique. Dans le contexte spécifique de la pandémie de coronavirus, il nous semble opportun de souligner les points suivants :

- Dans sa jurisprudence, la Cour constitutionnelle se réfère au principe *audi alteram partem*¹⁸. Sauf texte exprès applicable à l'institution publique en question, l'« audition » au sens de cette jurisprudence pourra donc avoir lieu par écrit, ce qui est de nature à réduire les difficultés liées à la situation actuelle ;
- Le délai de trois jours ne commence de toute manière à courir que quand l'*autorité compétente* (la personne ou l'organe collégial) pour licencier prend connaissance du dossier¹⁹. Ceci implique que lorsque l'audition (« physique »²⁰ ou par écrit) est tenue devant une personne qui n'est pas investie du pouvoir de rompre le contrat, ce n'est pas l'audition en tant que telle qui constituera le point de départ du délai de trois jours, mais la transmission du dossier à l'autorité compétente. Le fait que la préparation d'un dossier, en particulier en ce qui concerne l'audition, prend plus de temps ne signifie donc pas nécessairement qu'il y aura une difficulté sur le plan du délai de trois jours, même s'il est certainement très important, de manière générale, d'éviter les retards injustifiés ;
- De manière pragmatique, on rappellera tout de même que les conséquences d'un licenciement pour motif grave effectué sans respecter le principe d'audition (à considérer

¹⁶ Sur ce sujet, voy. notamment les précédents articles sur le Blog du secteur public d'IFE : P. LEVERT, L. ORFILA, *L'audition du travailleur contractuel dans le secteur public*, mars 2018 ; V. VUYLSTEKE, *Licenciement des agents contractuels du secteur public et principe d'audition préalable : un dialogue de sourds ?*, septembre 2017. Voy. également, entre autres, P. JOASSART, M. SOLBREUX, « L'application des principes généraux de droit administratif aux fonctionnaires et contractuels de la fonction publique », in S. BEN MESSAOUD, F. VISEUR (dir.), *Les principes généraux de droit administratif - Actualités et applications pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 968 à 975 ; F. BELLEFLAMME, H. DASNOY, « Une autorité publique prend-elle une décision administrative lorsqu'elle décide de licencier un membre de son personnel contractuel ? », in J. VAN MEERBEECK, P-O. DE BROUX, T. LEONARD, B. LOMBAERT (dir.), *La distinction entre droit public et droit privé - Pertinence, influences croisées et questions transversales*, Limal, Anthémis, 2019, pp. 1163 à 225.

¹⁷ A propos du licenciement moyennant préavis, voy. C. Const., 6 juillet 2017, n° 86/2017, commenté dans V. VUYLSTEKE, S. DE SOMER, « Licenciement des agents contractuels et principe *Audi Alteram Partem* : la Cour constitutionnelle se fait entendre », *Administration Publique*, 2017/3, pp. 205-217 ; A propos du licenciement pour motif grave, voy. C. const., 22 février 2018, n° 22/2018, commenté dans V. VUYLSTEKE, S. DE SOMER, « La Cour constitutionnelle se prononce sur l'application du principe *audi alteram partem* en cas de licenciement pour motif grave », *Administration Publique*, 2018/1-2, pp. 86 à 89.

¹⁸ Bien que la Cour compare la situation des contractuels avec celle des statutaires faisant l'objet d'une sanction disciplinaire, auxquels s'applique le principe du respect des droits de la défense. Il est toutefois vrai que le licenciement d'un travailleur contractuel est traditionnellement considéré comme une mesure non disciplinaire.

¹⁹ Cass., 14 mai 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 390 ; Cass., 7 décembre 1998, *J.T.T.*, 1999, p. 149 ; Cass., 24 juin 1996, *Bull.*, 1996, p. 687.

²⁰ Lorsque l'audition « physique » n'est pas tenue devant la personne ou l'organe disposant du pouvoir de rompre le contrat, il appartiendra à la personne (ou aux personnes) ayant procédé à l'audition d'aviser l'autorité investie du pouvoir de décision des propos échangés, et ce par l'établissement d'un procès-verbal (S. GILSON, F. LAMBINET, Z. TRUSGNACH, *Les obligations particulières de l'employeur public lors du licenciement des travailleurs contractuels - Les méandres de la doctrine et de la jurisprudence à la croisée des droits administratif et social*, Limal, Anthémis, 2016, p. 119).

que ce principe s'applique bel et bien à un tel licenciement) sont en principe *relativement* réduites, à l'exception notable de la possibilité de censure par les autorités de tutelle lorsqu'elle est prévue²¹. Dans les autres cas, la discussion porte bien souvent uniquement sur une possible indemnisation de l'ordre de quelques milliers d'EUR à titre de dommage et intérêts *ex aequo et bono*. S'il est bien évidemment indiqué d'essayer de joindre le membre du personnel afin de recueillir son point de vue, une autorité publique pourrait également décider de prendre la décision même sans disposer des remarques du membre du personnel, et ce en particulier dans les hypothèses dans lesquelles la matérialité des faits paraît peu discutable et où l'on estime qu'il y a un risque qu'il puisse être considéré que l'autorité compétente a déjà acquis la connaissance certaine des faits. Ceci est à apprécier au cas par cas.

- Indépendamment du principe *audi alteram partem*, il paraît par ailleurs important de rappeler qu'outre le délai de trois jours pour licencier, un second délai de trois jours doit être respecté pour notifier les raisons à l'origine du licenciement. Un courrier recommandé²² signé par l'autorité compétente est nécessaire dans les deux cas. L'envoi d'un scan de la lettre de licenciement par email serait sanctionné de nullité dans le cas spécifique d'un licenciement pour motif grave²³.

Conclusion

La crise sanitaire que nous vivons est susceptible de poser un grand nombre de questions juridiques.

Les développements précédents ne sont que certains exemples, non exhaustifs, mais nul doute que d'autres questions se poseront inévitablement.

De manière générale, les autorités publiques devront démontrer avoir recherché l'équilibre le plus adéquat entre les droits du personnel et la nécessité d'avancer dans certains dossiers, et ce dans le contexte exceptionnel que nous vivons. Nous restons à votre disposition pour examiner avec vous, au cas par cas, comment atteindre cet équilibre délicat.

Bruxelles, le 25 mars 2020.

²¹ Voy., sur le blog du secteur public d'IFE, V. VUYLSTEKE, *Contrôle de tutelle du licenciement des agents contractuels du secteur public*, décembre 2016.

²² Ou un exploit d'un huissier de justice.

²³ Article 35 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail. L'envoi d'un recommandé (ou un exploit d'huissier) est également requis en cas de notification d'un licenciement avec préavis (art. 37 de la loi du 3 juillet 1978). Dans l'hypothèse d'un licenciement ordinaire moyennant indemnité, l'envoi d'un email serait acceptable.