

JOURNEES DE FORMATION EN
DEONTOLOGIE DU TRAVAIL SOCIAL

COMITE DE VIGILANCE

**ASPECTS PARTICULIERS A
LA FONCTION PUBLIQUE**

VINCENT LETELLIER
Avocat au barreau de Bruxelles

12 septembre 2003

INTRODUCTION

Les termes « fonction publique » désignent soit l'ensemble des tâches dont s'acquittent ceux qui participent à l'activité de la puissance publique, soit, dans un sens plus restreint, l'ensemble des personnes qui, soumises à un statut, accomplissent des prestations d'intérêt public. C'est à la fonction publique dans la seconde acception, organique plutôt que fonctionnelle, que la présente contribution est consacrée.

Et encore, l'étendue de la matière, sa complexité, ainsi que le temps qui nous est imparti, nous ont amené à faire le choix de limiter notre intervention à quelques aspects qui nous ont paru les plus pertinents par rapport à l'objectif de ces journées de formation. Nous nous concentrerons donc essentiellement, après avoir apporté quelques précisions quant aux positions du personnel dans la fonction publique, sur le régime disciplinaire des agents. Au terme de cet examen, nous envisagerons également la situation des agents contractuels, exclusivement sous l'angle du licenciement, cette mesure pouvant être la réaction aux griefs, qu'ils soient pertinents ou non, de l'employeur vis-à-vis d'un membre de son personnel.

Notre intervention étant destinée à des assistants sociaux, nous avons tenté d'agrémenter notre propos de références à plusieurs textes statutaires qui sont opposables à certains membres de cette profession. Plus particulièrement, nous avons examiné les régimes applicables :

- aux agents des communes et des CPAS ;
- aux membres du personnel des établissements d'enseignement gardien, primaire, spécial, moyen, technique, de promotion sociale et artistique de la communauté française ;
- aux membres du personnel des centres PMS de la communauté française ;
- aux membres du personnel des centres PMS officiels subventionnés.

Si le manque de temps, le nombre et l'ampleur des textes envisageables nous en ont fait omettre certains, nous nous en excusons auprès des lecteurs qui ne retrouveront peut-être pas la référence aux dispositions particulières qui leur sont applicables.

Nous formulons cependant le vœux que chacun d'entre vous puisse trouver, dans cette note, à tout le moins les bases d'une approche rigoureuse du droit disciplinaire dans la fonction publique.

CHAPITRE I. LA POSITION DU PERSONNEL DANS LA FONCTION PUBLIQUE

Le personnel de la fonction publique se voit reconnaître une situation à part dans l'ensemble du droit du travail. La qualité de serviteur de la collectivité a en effet pour conséquence de soustraire les fonctionnaires à de nombreuses règles et stipulations qui s'appliquent au secteur privé.

Nous verrons qu'en principe, le personnel de la fonction publique est engagé sous les liens d'un statut (section 2). Toutefois, qu'il soit agent statutaire ou contractuel, l'agent d'un service public se trouve dans une situation légale ou réglementaire de droit public. Celle-ci découle de la qualité de son employeur. Il se déduit de cette circonstance que, même si l'agent peut être engagé sous les liens d'un contrat de travail, l'employeur public peut toujours modifier certaines conditions de cet engagement, notamment en invoquant les nécessités du service public (section 1).

Section 1. Le personnel de la fonction publique se trouve en principe dans une situation légale et réglementaire de droit public

Selon la théorie de la situation légale et réglementaire, la condition de l'agent de l'administration est déterminée unilatéralement par l'autorité publique – par la loi ou le règlement – et peut être modifiée de la même façon, suivant les nécessités du service public sans que l'agent puisse invoquer un droit acquis au maintien de son statut et aux avantages qu'il lui procure.

Cette théorie, qui est aujourd'hui unanimement admise, s'oppose à celle de la situation contractuelle selon laquelle la situation de l'agent vis-à-vis de son administration serait analogue à celle qui naît d'un contrat de travail. Ainsi, la situation de l'agent, née de l'accord

de sa volonté avec celle de son employeur public, ne pourrait être modifiée que de cet accord commun.

Pour faire bref, on retiendra que pour ce qui concerne le personnel contractuel, l'employeur public conserve toujours le droit de modifier unilatéralement la situation juridique de l'agent. Il s'agit d'une application de la « loi du changement » applicable précisément par ce que, nonobstant le contrat, l'agent se trouve toujours en « situation » légale ou réglementaire. Toutefois, sauf pour les points au sujet desquels elle se serait formellement réservé ce droit dans les termes mêmes du contrat, l'agent – sans pouvoir s'opposer à ces modifications – trouverait, dans la violation du lien contractuel qui l'unit à l'administration, la base d'une action en dommages et intérêts si des modifications lui causeraient préjudice. La loi du changement a pour effet d'interdire à l'agent la revendication de l'exécution en nature des obligations contractuelles initiales de l'administration lorsque cette exécution contredit l'intérêt du service public.

Deux observations doivent être faites.

Tout d'abord, aucune modification du contrat fondée sur la loi du changement ne peut méconnaître les dispositions impératives des lois sur le contrat de travail, notamment en ce qui concerne les conditions de fond et de forme des préavis et des congés pour motifs graves, et le contrôle de ces conditions par le juge du droit commun des contrats de travail. En effet, il faut considérer que l'administration qui a recouru au contrat pour l'engagement de tel agent l'a fait en connaissance de cause. Elle ne peut donc, à sa guise, au nom de la loi du changement, faire l'impasse sur les principes essentiels fixés par la législation qui régit ce type de relation entre l'employeur et les membres de son personnel.

Pour la même raison, et c'est la deuxième observation, une clause contractualisant la loi du changement – c'est-à-dire une clause dans le contrat de travail par laquelle l'agent accepte de voir ses conditions de travail modifiées unilatéralement par son employeur – ne peut nier ou être s'interpréter comme niant le contrat lui-même. L'autorité ne peut se réserver le droit de modifier les dispositions essentielles du contrat au nom des nécessités du service public, à peine de faire disparaître les notions même de contrat et de statut qui sont la *suma diviso* des relations de travail à l'égard d'un employeur public.

Section 2. La détermination du caractère contractuel ou statutaire de l'engagement

Selon une idée largement reçue, l'employeur public disposerait du libre choix du régime de recrutement de son personnel. Spontanément, face à un cas individuel, la démarche consiste bien souvent à examiner les circonstances de l'espèce qui permettraient d'identifier le régime applicable. Cette façon de procéder amène bien souvent à des éventualités, à l'incertitude. L'analyste est dépourvu de fil conducteur.

Si l'on se réfère à l'œuvre du législateur depuis un demi siècle et à la doctrine, source de droit positif¹, il apparaît que le principe est plutôt la restriction à la liberté d'option ; la liberté est l'exception.

Compte tenu de cette prémisse, la solution des cas individuels s'en trouve facilitée. Ainsi, il s'agit de faire prévaloir la loi sur l'intention formalisée par les parties, serait-ce au travers d'un contrat. La jurisprudence considère effectivement que la loi prévaut sur la volonté des parties au cas où celles-ci, méconnaissant leur obligation légale, auraient qualifié ou donneraient à penser qu'elles ont qualifié leur relation de contractuelle alors que la loi a imposé un régime statutaire. Confronté à une telle hypothèse, il convient d'interpréter la relation entre parties dans un sens conforme à la loi et de rejeter l'interprétation qui conduirait au constat d'une situation illégale.

CHAPITRE II. LA DISCIPLINE DANS LA FONCTION PUBLIQUE

Section 1. Régime disciplinaire des agents statutaires

Introduction

Le régime disciplinaire dans la fonction publique présente plusieurs points communs avec le droit pénal. On pense notamment aux garanties procédurales qui seront examinées ci-après.

¹ « Lorsque le législateur, averti de l'interprétation que la jurisprudence et la doctrine donnent à sa pensée présumée, ne s'insurge pas contre elle, c'est qu'il souscrit et admet tacitement que ces principes prennent place dans notre droit positif » (A. BUTTGEBACH et J. DEMBOUR, *Nature du lien juridique unissant les administrations publiques à leurs agents* », R.J.D.A., 1958, note 4, p. 10).

Cependant, les effets et les fondements de l'action pénale et de l'action disciplinaire ne se confondent pas.

On relèvera essentiellement que la sanction pénale a pour but de prévenir ou de réprimer un comportement érigé en infraction par la loi et qui porte atteinte à l'ensemble du groupe social, tandis que la sanction disciplinaire tend à la fois à punir les agissements d'un agent, en relation avec l'exercice de ses fonctions, à protéger l'intérêt du service et à maintenir la confiance du public dans ce service.

§ 1^{er}. Les faits répréhensibles

a. définition des faits répréhensibles

Si, en matière pénale, s'impose le principe selon lequel nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi (*nullum crimen sine lege*), ce principe ne s'applique pas en matière disciplinaire de sorte que les manquements et les agissements répréhensibles dont un agent peut avoir à se justifier dans le cadre d'une procédure disciplinaire ne doivent pas être préalablement établis par un texte.

Les statuts applicables aux agents publics n'énumèrent donc pas limitativement les devoirs des agents. D'une manière générale, les agents et fonctionnaires publics ne peuvent manquer à leurs devoirs ni porter atteinte à la confiance du public ou compromettre l'honneur ou la dignité de leurs fonctions². Les manquements peuvent consister aussi bien dans la commission que dans l'omission d'un acte. Une simple négligence, même involontaire, dans l'exercice des fonctions est susceptible de sanction³.

Mais, la qualité et les exigences de la fonction impliquent aussi des variations par rapport à ce tronc commun. Certains statuts imposent en conséquence des obligations ou des interdictions précises aux agents⁴ ; une telle énumération n'est jamais limitative.

² Voy. notamment l'article 282 de la nouvelle loi communale.

³ C.E., Lamy, n° 31.695, du 11 janvier 1989.

⁴ Pour les membres du personnel des centres PMS, voyez les articles 5 à 10bis de l'A.R. du 27 juillet 1979 applicable pour les centres de la communauté française ou les articles 5 à 13 du décret du 31 janvier 2002 en ce qui concerne les centres officiels subventionnés.

a. interaction avec des poursuites pénales

Bien évidemment, la commission d'une infraction pénale peut être à la base d'une sanction disciplinaire, que son auteur ait ou non été condamné par une juridiction répressive⁵. L'autorité n'est toutefois, en principe, pas liée par la décision du juge pénal.

Le principe *non bis in idem* n'interdit en effet pas qu'un même fait soit puni pénalement et disciplinairement. Il interdit, en revanche, qu'un même fait entraîne deux sanctions du même ordre.

L'énoncé de ce principe appelle quelques développements. Lorsque des poursuites pénales sont engagées, l'autorité disciplinaire peut se fonder sur les constatations matérielles exposées dans la décision de la juridiction répressive et, par exemple, retenir les aveux de l'auteur de l'infraction⁶. Mais lorsque l'autorité fonde l'action disciplinaire sur les mêmes faits que ceux retenus par le juge répressif, elle est liée par l'autorité de la chose jugée qui s'attache au jugement pénal, pour ce qui concerne la matérialité des faits⁷. Ainsi, l'autorité disciplinaire ne peut sanctionner un agent pour des faits dont il aurait été acquitté par le juge pénal parce que ces faits n'étaient pas établis à suffisance. Toutefois, un acquittement au pénal n'empêche pas toute sanction disciplinaire. Elle reste possible si sa motivation ne se heurte pas à l'autorité de la chose jugée⁸. L'autorité n'est en outre, pas liée par la manière dont les juridictions judiciaires ont apprécié le comportement de l'agent à l'occasion des faits mis à sa charge⁹.

Nous relèverons également que, d'une part, le classement sans suite de l'affaire par le parquet n'a pas pour effet d'établir l'inexistence des faits et que, d'autre part, la déclaration de non-lieu n'empêche pas l'autorité de prendre des sanctions disciplinaires à l'égard de l'agent.

⁵ C.E., Wera, n° 25.697, du 3 octobre 1985 ; C.E., Hermans, n° 26.717, du 25 juin 1986.

⁶ C.E., Lorent, n° 32.611, du 17 mai 1989.

⁷ C.E., Matagne, n° 31.238, du 26 octobre 1988 ; C.E., Moors, n° 39.771, du 23 juin 1992.

⁸ P. MARTENS, « Le criminel ne tient pas le disciplinaire en l'état et il ne peut le tenir indéfiniment en suspens », Obs. sous C.E., Grainson, n° 31.675, du 6 janvier 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 728.

⁹ C.E., Moors, n° 39.771, du 23 juin 1992.

Sauf texte exprès, le pénal ne tient pas le disciplinaire en état¹⁰. En d'autres termes, l'autorité disciplinaire ne doit, sauf si le statut applicable à l'agent le prévoit expressément, pas attendre l'issue des poursuites pénales avant de mettre en œuvre une procédure disciplinaire fondée sur les mêmes faits ou de statuer sur cette procédure. Ce principe ne fait cependant pas interdiction à l'autorité disciplinaire, au nom de la prudence, de surseoir à statuer jusqu'à ce que la juridiction répressive se soit définitivement prononcée. Cette décision dépendra essentiellement de la nature des faits et de la complexité du dossier. Une prudence excessive ne peut cependant avoir pour effet de retarder la décision disciplinaire au-delà d'un terme raisonnable. Nous verrons que certains statuts organisent les conditions d'une suspension préventive, dans l'attente de la fin de l'instruction pénale ou disciplinaire, de manière à ne pas perturber le bon fonctionnement du service eu égard aux suspicions à l'égard de l'agent. Une telle mesure ne constitue pas une sanction mais une simple mesure d'ordre.

Nous relèverons que l'article 134 de l'A.R. du 22 mars 1969 applicable au personnel social des établissements d'enseignement gardien, primaire, spécial, moyen, technique, de promotion sociale et artistique de la Communauté et des internats qui en dépendent dispose que « *l'action pénale relative aux faits qui font l'objet d'une procédure disciplinaire est suspensive de la procédure et du prononcé disciplinaire* ». La même disposition précise que « *quel que soit le résultat de l'action pénale, l'autorité administrative reste juge de l'application des peines disciplinaires* ». Les mêmes principes ont été consacrés à l'égard du personnel des centres PMS¹¹.

c. les comportements de la vie privée

Dans sa vie privée, l'agent est en principe tenu de se comporter de manière à ne pas nuire à la renommée de l'administration à laquelle il appartient¹².

Les faits relevant de la vie privée des agents peuvent dès lors justifier une peine disciplinaire pour autant qu'ils aient un effet sur le service¹³. Il n'appartient donc pas à l'autorité

¹⁰ Cass., 15 octobre 1987, et obs M. FRANCHIMONT et A. JACOBS, « Le criminel tient-il le disciplinaire en l'état ? », *J.L.M.B.*, Centenaire, 1988, p. 151 ; P. MARTENS, « Le criminel ... », *op. cit.*, p. 727.

¹¹ A.R. du 27 juillet 1979, art. 142, pour les centres de la communauté. Décret du 31 janvier 2002, art. 78 pour les centres officiels subventionnés. Il faut constater que pour ces derniers, le décret consacre une exception en cas de flagrant délit ou si les faits établis, liés à l'activité professionnelle, sont reconnus par l'intéressé. Dans ce cas, la sanction disciplinaire peut intervenir sans attendre l'issue des poursuites pénales.

¹² E. KRINGS, « Devoirs et servitudes des membres du pouvoir judiciaire », *J.T.*, 1988, p. 489.

disciplinaire de réglementer la vie privée de ses agents en restreignant leurs libertés individuelles au-delà de ce qui est nécessaire pour sauvegarder les intérêts du service. Si l'autorité disciplinaire commettait pareil excès, sa décision serait susceptible d'annulation par le Conseil d'Etat, notamment en raison de la violation de la Constitution et de la Convention européenne des droits de l'homme qui consacrent toutes deux le droit au respect de la vie privée.

§ 2. Les peines disciplinaires

a. échelle des peines disciplinaires

Il s'agit là encore d'une différence avec le régime pénal : l'adage *nulla poena sine lege* selon lequel aucune peine ne peut être prononcée si elle n'est prévue par un texte ne s'applique pas au régime disciplinaire. Certes, la plupart des statuts énumèrent les peines disciplinaires qui peuvent frapper les agents, mais celles-ci ne sont pas spécialement attachées à l'une ou l'autre « infraction », de sorte que les agents peuvent être sanctionnés par « l'une quelconque de ces peines »¹⁴, en fonction de l'appréciation que fait l'autorité de l'importance et de la gravité de la faute, ainsi que de la qualité et de la personnalité de son auteur.

Dans la plupart des statuts, l'échelle des peines disciplinaires comprend des peines mineures, telles que le rappel à l'ordre, le blâme, l'avertissement, la réprimande, des peines majeures, telles que le déplacement, la suspension des fonctions, la retenue de traitement, la rétrogradation, et des peines maximales, telles que la démission d'office, la révocation ou le licenciement.

Cet éventail permet à l'autorité de choisir la sanction qu'elle estime la plus adéquate, en d'autres termes, d'établir le plus juste rapport de proportion entre la faute et la peine. Il s'agit en réalité d'une obligation et cette proportionnalité doit ressortir des motifs formels de la décision.

¹³ C.E., Gailliez, n° 37.729, du 24 septembre 1991 ; C.E., Boiteux, n° 38.981, du 13 mars 1992 ; C.E., Haeyen, n° 39.493, du 27 mai 1992 ; C.E., Baudart, n° 42.177, du 8 mars 1993.

¹⁴ P. LAMBERT, « La convention européenne des droits de l'homme et le droit disciplinaire », *J.T.*, 1988, p. 56.

Le rappel à l'ordre, l'avertissement, la remontrance ou le blâme sont des peines disciplinaires légères ou mineures, qui ont essentiellement pour but d'avertir l'agent, de le mettre en garde, d'attirer son attention sur les manquements qui sont constatés par l'autorité, ainsi que sur leurs effets et conséquences. Généralement, ces sanctions sont prononcées lorsque les faits sont de peu de gravité ou lorsqu'il s'agit des premiers manquements ou transgressions disciplinaires reprochés à l'agent.

La rétrogradation est une sanction qui consiste à replacer l'agent, soit dans un grade qui se situe à un échelon inférieur dans la hiérarchie administrative, soit dans un grade auquel est attachée une échelle de traitement inférieure. Elle emporte à la fois des conséquences morales et matérielles importantes pour l'agent qui en est frappé. Le grade dans lequel l'agent est rétrogradé doit figurer au cadre. Il s'agit de la sanction la plus grave qui puisse être prononcée sans qu'il y ait rupture de la relation statutaire.

La révocation est la sanction ultime. Son effet essentiel est d'entraîner la cessation définitive des fonctions et de rompre le lien qui unit l'agent au pouvoir qui l'emploie. Elle entraîne la privation du droit à la pension de retraite.

Il est à noter que la menace de révocation ne constitue pas en soi une sanction disciplinaire¹⁵. Il s'agit d'un avertissement très sérieux donné par l'autorité à l'agent. Elle n'est pas susceptible de recours.

La démission d'office constitue une peine intermédiaire entre la suspension et la révocation. Elle est consacrée notamment par la nouvelle loi communale et est applicable aux agents communaux et des CPAS. Si elle met fin à la relation de travail, la démission d'office n'entraîne aucune perte du droit à la pension.

Nous relèverons que l'**A.R. du 22 mars 1969** qui constitue le statut applicable au membre du **personnel social des établissements d'enseignement** gardien, primaire, spécial, moyen, technique, de promotion sociale et artistique de la Communauté et des internats dépendant de ces établissements, consacre les sanctions suivantes :

¹⁵ C.E., Herion, n° 38.472, du 10 janvier 1992.

- le rappel à l'ordre
- la réprimande
- la retenue sur traitement (maximum trois mois et 1/5^e du traitement)
- le déplacement disciplinaire
- la suspension disciplinaire pour un an maximum (entraîne privation de la moitié du traitement)
- la rétrogradation
- la mise en non-activité disciplinaire pour une période de un à cinq ans (1/2 traitement pendant deux ans, puis équivalent pension s'il était admis prématurément à la retraite sans pouvoir dépasser la moitié du traitement ; possibilité de demander réintégration à la moitié de la peine)
- la révocation

Pour les **agents des communes et de CPAS**, l'article 283 de la nouvelle loi communale prévoit les sanctions disciplinaires suivantes :

- l'avertissement
- la réprimande
- la retenue de traitement (maximum trois mois et 1/5^e du traitement brut, sans que le traitement perçu ne puisse être inférieur au minimex)
- la suspension (maximum trois mois avec privation de traitement, sauf minimex)
- la rétrogradation
- la démission d'office
- la révocation

Les peines disciplinaires qui peuvent être infligées aux membres du personnel technique, nommés à titre définitif, des **centres PMS de la communauté française** qui manquent à leurs devoirs sont, à l'exclusion du déplacement disciplinaire, les mêmes que celles prévues pour les membres du personnel des établissements d'enseignement gardien, primaire, spécial, moyen, technique de promotion sociale et artistique de la communauté¹⁶.

Les sanctions disciplinaires qui peuvent être infligées aux membres du personnel technique

¹⁶ A.R. du 27 juillet 1979 fixant le statut des membres du personnel technique des centres psycho-médico-sociaux de la Communauté française et des membres du personnel du service d'inspection chargés de la surveillance de ces centres psycho-médico-sociaux , art. 130.

des **centres PMS officiels subventionnés** par la communauté française, nommés à titre définitif, qui manquent à leurs devoirs sont¹⁷ :

- le rappel à l'ordre;
- le blâme;
- la retenue sur traitement de un à trois mois (max. 1/5^e du traitement brut);
- la suspension par mesure disciplinaire pour un an au maximum;
- la mise en disponibilité par mesure disciplinaire pour une période d'un à cinq ans;
- la démission d'office;
- la révocation.

Cependant, dans les centres organisés par les villes ou les communes, le collège des bourgmestre et échevins a le pouvoir de prononcer les sanctions suivantes : le rappel à l'ordre, le blâme, la retenue sur traitement et la suspension par mesure disciplinaire pour une durée qui ne pourra excéder un mois. Les mêmes sanctions peuvent être prononcées par la députation permanente dans les centres organisés par les provinces¹⁸.

b. peine disciplinaire et mesures d'ordre

Il importe de bien distinguer les décisions disciplinaires d'une part et les mesures d'ordre, prises par l'autorité dans l'intérêt du service, d'autre part.

Les sanctions disciplinaires ont pour objet de sanctionner le comportement inadéquat d'un agent par rapport aux exigences de la fonction qu'il occupe tandis que les mesures d'ordre sont essentiellement justifiées par des motifs d'organisation du service et d'efficacité¹⁹.

Ainsi présentée, la distinction paraît évidente. Dès lors qu'il y a sanction d'un comportement, il doit s'agir d'une sanction disciplinaire. Dans la pratique, les choses ne sont pas toujours aussi claires. Certaines décisions sont prises sous couvert de l'intérêt du service, afin d'éluder

¹⁷ Décret du 31 janvier 2002 fixant le statut des membres du personnel des centres psycho-médico-sociaux officiels subventionnés par la communauté française, art. 69.

¹⁸ *Ibid.*, art. 70, § 2.

¹⁹ D. BATSELE, O. DAURMONT ET P. QUERTAINMONT, *Le contentieux de la fonction publique*, Bruxelles, Nemesis, 1992, pp. 271 et s.

les garanties procédurales inhérentes aux mesures disciplinaires alors qu'elles ne visent rien d'autre qu'à sanctionner un comportement jugé coupable. Il y a donc lieu d'examiner, de manière approfondie, les circonstances ayant amené l'autorité à prendre telle ou telle décision. Face à une sanction disciplinaire camouflée, c'est à l'agent qu'incombe la charge de la preuve.

Parmi les mesures d'ordre, une retiendra particulièrement l'attention. Il s'agit de la suspension préventive. Cette mesure, bien qu'exclusivement prise dans l'intérêt du service, est fondée sur le comportement, à tout le moins présumé, de l'agent qui en fait l'objet. Pour ce type de mesures, par nature provisoire dans l'attente d'une décision disciplinaire, le Conseil d'Etat impose à l'autorité le respect des principes fondamentaux du droit de la défense et particulièrement celui du droit d'être entendu. Une telle mesure ne peut constituer une sanction dès lors que tant que l'autorité disciplinaire n'a pas statué au fond, l'intéressé bénéficie de la présomption d'innocence.

En ce qui concerne le personnel communal, la suspension préventive qui peut être prononcée *« lorsqu'un membre du personnel fait l'objet de poursuites pénales ou disciplinaires et que sa présence est incompatible avec l'intérêt du service »* doit respecter les conditions des articles 310 à 316 de la N.L.C.

A l'égard des membres du personnel des centres PMS – qu'ils relèvent de la communauté ou qu'ils soient subventionnés – la procédure statutaire spécifique consacre la possibilité d'écarter l'intéressé sur le champ sans devoir respecter la procédure de suspension préventive ordinaire qui consacre des délais avant l'audition. La suspension immédiate peut être prononcée en cas de faute grave pour laquelle il y a flagrant délit ou lorsque les griefs reprochés revêtent un caractère de gravité telle qu'il est souhaitable, dans l'intérêt du service, que le membre du personnel ne soit plus présent dans le centre²⁰. Ce critère paraît curieux puisque l'éloignement du lieu de travail constitue toujours le but de la mesure de suspension provisoire. Le recours à cette procédure devant rester exceptionnel, l'autorité veillera à le motiver particulièrement. Par ailleurs, nous ne pensons pas que l'autorité soit dispensée d'auditionner l'intéressé avant de le suspendre sur le champs. Tout au plus, elle est dispensée de lui octroyer le délai normalement prévu pour pouvoir organiser sa défense et se faire

²⁰ A.R. du 27 juillet 1979, art. 165 à 165octies. Décret du 31 janvier 2002, art. 81 à 91.

accompagner, le cas échéant, d'un tiers. L'audition respectant ces conditions se fera postérieurement à la mise en œuvre de la suspension. A défaut, la mesure sera levée.

§ 3. Le droit au bénéfice d'une procédure équitable et impartiale

Les agents du service public qui font l'objet d'une procédure disciplinaire bénéficient d'une protection particulière qui trouve son fondement dans différents principes généraux du droit. Pour la plupart, ces principes ont été inscrits dans les statuts.

Parmi ces principes, on s'attachera particulièrement à l'exigence d'impartialité en vertu duquel l'autorité qui prononce une peine disciplinaire ne peut être partie à la cause ni être celle qui a participé à l'instruction du dossier.

L'application du principe d'impartialité a notamment pour effet d'empêcher que l'autorité compétente en vertu du statut de l'agent prononce la peine disciplinaire lorsque cette autorité a été personnellement mise en cause par l'intéressé. Dans ce cas, il y a lieu de substituer l'autorité statutairement compétente par une autre.

Pour illustrer le propos on retiendra le cas d'un bourgmestre qui, victime de propos offensants tenus par un garde champêtre, avait consigné ces propos, avait décidé d'intenter une action disciplinaire, avait ensuite procédé à l'« instruction » de l'affaire et, finalement, avait infligé la sanction. Cette façon de procéder a été sanctionnée par le Conseil d'Etat²¹.

Pour les mêmes raisons touchant à l'exigence d'impartialité, tout membre d'un organe collégial habilité à délibérer d'une sanction (p. ex. collège des bourgmestre et échevins, conseil communal, conseil de CPAS) doit se déporter s'il a soutenu l'accusation ou a pris part à l'instruction. Il doit, dans ce cas, s'abstenir de participer au délibéré précédant la sanction²².

Il convient de nuancer. En effet, il apparaît de l'examen de la jurisprudence que le Conseil d'Etat rejette l'argument pris du défaut d'impartialité lorsque le procès-verbal de la délibération, qui fait foi jusqu'à inscription de faux, donne l'assurance expresse ou permet de

²¹ C.E., Claes, n° 41.837, du 1^{er} février 1993.

²² C.E., Loupart, n° 30.625, du 7 septembre 1988.

considérer que les participants à la délibération collégiale n'étaient pas sous influence et qu'ils se sont prononcés en toute indépendance. Ainsi, par exemple, la présence muette lors des discussions préalables au vote de la sanction de deux personnes ayant participé à l'instruction disciplinaire n'a pas pour effet de compromettre les droits du requérant²³. Ce point de vue est critiquable, notamment compte tenu du principe selon lequel « justice should not only be done, but should also be seen to be done ». En effet, le principe d'impartialité a une portée très étendue. Il suffit qu'existe une apparence de partialité pour fonder l'annulation d'une décision qui souffrirait d'un tel vice.

Les principes d'impartialité de l'autorité disciplinaire ont été rappelés dans un arrêt récent du Conseil d'Etat en cause d'un assistant social qui avait fait l'objet d'une décision de démission d'office, étant poursuivi pour viol sur la personne d'un indigent majeur du même sexe dont il assurait la guidance budgétaire.

Dans cette affaire, la Présidente du CPAS avait été saisie des faits par la victime. Elle les a déclarés à la police judiciaire en invoquant le devoir prescrit par l'article 29 du code d'instruction criminelle, sans avoir invité l'assistant social à faire valoir ses explications, montrant par là qu'elle tenait les faits sinon pour établis, en tous cas comme très probables. Ensuite, de concert avec la secrétaire du CPAS, la Présidente a « *recherché des informations dans les dossiers du CPAS* » et a pu ainsi remettre copie, notamment, selon ses termes, d'un « *courrier équivoque* » écrit par l'assistant social à la victime.

Le Conseil d'Etat constate que les agissements de la Présidente du CPAS « *ont pu apparaître comme la manifestation d'un engagement personnel dans la poursuite disciplinaire* » et relève que, dans ces circonstances, elle devait se déporter. La juridiction administrative rappelle en effet que « *lorsqu'elle est amenée à rechercher si l'un de ses agents a manqué à une obligation de sa fonction, l'autorité administrative compétente doit respecter les droits de la défense ; que ceux-ci sont méconnus si l'autorité agit, ou donne l'apparence d'agir, par animosité personnelle ou préjugé* »²⁴.

²³ C.E., François, n° 29.125, du 13 janvier 1988, *J.T.*, 1988, p. 618, avis de l'auditeur M. LEROY et obs. D. LAGASSE

²⁴ C.E., Léonard., n° 86.077, du 17 mars 2000.

Une seconde affaire tranchée par le Conseil d'Etat mettant en cause un assistant social consacre le principe d'impartialité. Dans cette affaire, était au centre des débats l'autorisation donnée verbalement à l'agent par le Président d'un CPAS de prester une partie de son temps au sein d'un autre service que celui dans lequel l'intéressé prestait habituellement. La juridiction administrative a également retenu le grief déduit de ce que le Président ne s'était pas déporté et avait participé à la délibération de la sanction en contestant « *énergiquement et à plusieurs reprises l'explication et la justification du comportement du requérant* ». Elle retient « *qu'en raison de son implication personnelle dans l'établissement des manquements reprochés, le président du C.P.A.S. ne disposait plus de l'impartialité et de l'indépendance requises pour décider d'une sanction* »²⁵.

§ 4. Déroulement de la procédure disciplinaire

La plupart des textes statutaires établissent les étapes de la procédure disciplinaire. Lorsque c'est le cas, cette procédure doit être strictement respectée dès lors qu'il s'agit essentiellement de garantir les droits de la défense.

Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de résumer ce principe dans les termes suivants : « ... *lorsqu'une procédure disciplinaire est menée à charge d'un agent, les droits de la défense de celui-ci doivent être respectés ; pour ce faire, il doit pouvoir présenter ses moyens de défense de manière utile ; il doit dès lors pouvoir être entendu ; il doit au préalable être averti de tous les griefs qui lui sont adressés, qui pourraient entraîner une peine disciplinaire et dont il sera discuté lors de la comparution devant l'autorité disciplinaire ; entre le jour où les griefs sont portés à sa connaissance et celui où il comparâtra, l'agent ou son conseil doit pouvoir consulter, pendant un délai raisonnable, le dossier disciplinaire constitué par l'autorité* »²⁶.

Ces principes, qui constituent des exigences minimales du respect des droits de la défense, doivent être respectés même en l'absence de consécration dans le statut. D'autre part, « *une autorité administrative ne peut, en usant de son pouvoir réglementaire, réduire la portée ou*

²⁵ C.E., Jourez, n° 107.190, du 30 mai 2002.

²⁶ C.E., Vermoelen, n° 39.949, du 1^{er} juillet 1992. En l'espèce, la requérante, qui demandait l'annulation de la décision la révoquant de ses fonctions de monitrice dans une école communale, n'avait pas reçu connaissance des griefs qui lui étaient reprochés.

les effets du principe du droit de la défense, tels qu'ils sont définis par la jurisprudence »²⁷. En d'autres termes, lorsque le statut organise la procédure disciplinaire, il ne peut faire l'économie des garanties définies ci-avant.

a. l'examen des faits et des griefs par l'autorité disciplinaire : la constitution du dossier disciplinaire

La constitution du dossier disciplinaire constitue une étape importante de la procédure puisqu'elle permettra à l'autorité appelée à prendre la sanction de le faire en pleine connaissance de cause.

Il s'agit en réalité d'une obligation générale dès lors que le Conseil d'Etat l'impose à toute autorité disciplinaire en vue de permettre à l'agent de préparer utilement et efficacement sa défense²⁸. Partant, les procédures uniquement orales doivent être proscrites. Les propos recueillis doivent à tout le moins faire l'objet d'un procès-verbal.

Que doit comprendre le dossier disciplinaire ? Tous les éléments susceptibles d'éclairer l'autorité doivent être pris en considération. Il ne lui appartient pas de décider quelles pièces du dossier doivent ou non être versées au dossier²⁹. Elle ne peut pas non plus tenir compte d'informations ou de pièces qui ne figurent pas au dossier³⁰.

Le dossier peut-il contenir des pièces recueillies ou établies au cours d'une instruction judiciaire ? Le principe veut que l'instruction pénale ait un caractère secret. Le secret de l'instruction est établi dans un but d'intérêt général. Seul le procureur général près la Cour d'appel ou l'auditeur général près la Cour du travail sont habilités à autoriser la délivrance de copies d'actes d'instruction ou de procédure. Il s'ensuit, à titre d'exemple, qu'un commissaire de police ne peut, sans violer le secret de l'instruction, transmettre d'initiative au bourgmestre des informations recueillies dans sa mission de police judiciaire.

a. la consultation du dossier par l'intéressé

²⁷ J.-C. GEUS, « Le respect des droits de la défense en matière disciplinaire : évolutions récentes du contrôle exercé par le Conseil d'Etat », *A.P.T.*, 1989, p. 65.

²⁸ Voy. notamment C.E., Vermoelen, n° 39.949, du 1^{er} juillet 1992 ; C.E., Thunus, n° 41.995, du 17 février 1993.

²⁹ C.E., Dandois, n° 41.455, du 21 décembre 1992.

³⁰ C.E., Thys, n° 29.268, du 2 février 1988.

Comme il a été exposé plus haut, la constitution du dossier disciplinaire est essentielle pour permettre le respect des droits de la défense. L'agent poursuivi doit donc pouvoir accéder à ce dossier, même si aucune disposition du statut ne le prévoit expressément. Il doit pouvoir prendre connaissance, de manière complète, précise et suffisante, de l'ensemble des faits et griefs retenus contre lui. A défaut, il ne peut préparer utilement sa défense.

Il s'en déduit que toutes les pièces et tous les documents qui seront soumis à l'autorité habilitée à statuer doivent pouvoir être mises à la disposition de l'intéressé avant que l'autorité ne se prononce.

Une pièce ou un grief non communiqué peut conduire à l'annulation de la sanction, à condition que la pièce omise apporte des éléments nouveaux inconnu de l'agent³¹, ou qu'elle n'ait pas permis à l'agent d'avoir une connaissance suffisamment précise des faits qui lui étaient reprochés³².

Pour les agents statutaires des hôpitaux des CPAS, l'avis du comité de gestion de l'hôpital est une pièce du dossier administratif qui doit être communiquée à l'agent. Cet avis a notamment pour but de fournir au conseil de l'aide sociale les données relatives à la prononciation de la sanction. L'agent doit dès lors en recevoir connaissance afin de pouvoir préparer sa défense³³.

Il convient cependant de tempérer le principe selon lequel l'absence de communication du dossier ou de certaines pièces essentielles implique la nullité de la sanction. En effet, lorsque la communication est opérée dans le cadre d'une procédure de recours, le vice doit être considéré comme couvert. Tel sera le cas devant la chambre des recours instituée pour reformuler, le cas échéant, une proposition de sanction³⁴.

³¹ C.E., Everaert, n° 15.723, du 19 février 1973 ; C.E., Lecat, n° 38.303, du 11 décembre 1991.

³² C.E., Bertrand, n° 28.852, du 18 novembre 1987 ; C.E., Viroux, n° 31.671, du 23 décembre 1988.

³³ C.E., Dony, n° 36.882, du 26 avril 1991.

³⁴ Voy. notamment l'article 146 de l'A.R. du 22 mars 1969 qui fait interdiction à la chambre de recours de statuer si le requérant n'a pas été mis à même de faire valoir ses moyens de défense et si le dossier ne contient pas les éléments susceptibles de permettre à cette chambre d'émettre un avis en toute connaissance de cause, notamment le rapport des enquêteurs, les procès-verbaux des auditions de témoins et des confrontations indispensables.

Il faut encore relever la jurisprudence très stricte du Conseil d'Etat selon laquelle les agents et fonctionnaires publics qui ont été invités à consulter leur dossier, ne peuvent s'abstenir sciemment de le faire pour, ensuite, introduire un recours en annulation devant le Conseil d'Etat en arguant du fait que leurs droits ont été méconnus.

Certains statuts consacrent expressément le droit à la consultation du dossier et en déterminent les modalités. C'est le cas notamment de la nouvelle loi communale.

En tout état de cause, l'agent doit disposer d'un délai effectif suffisant pour consulter son dossier.

c. L'obligation d'audition de l'intéressé

L'audition de l'agent poursuivi disciplinairement est une formalité obligatoire et substantielle, qui s'impose à l'administration, même sans texte, en vertu du principe du respect des droits de la défense. Elle doit permettre à l'agent de faire valoir utilement ses moyens de défense et doit donc, pour ce motif, être organisée avant que la sanction ne soit prononcée ou, le cas échéant, avant qu'elle ne soit proposée.

En principe, sauf texte législatif ou réglementaire qui établit une procédure particulière, c'est à l'autorité qui prononce la sanction disciplinaire qu'il appartient d'entendre l'agent dans ses moyens de défense sur tous les points mis à sa charge.

Le respect des droits de la défense implique que s'il s'agit d'une autorité collégiale ce soit les mêmes personnes qui assistent à l'audition et qui délibèrent de la sanction.

Pour ce qui concerne les membres du personnel communal ou des CPAS, l'audition est toujours assurée par l'autorité disciplinaire.

Par contre, les agents soumis à l'A.R. du 22 mars 1969, s'ils doivent bien être entendus, ne doivent pas l'être par l'autorité qui prononce la décision mais par celle qui fait la proposition

et, le cas échéant, par la chambre de recours. Il en va de même pour les membres du personnel des centres PMS de la communauté française³⁵.

Toute audition doit être précédée d'une convocation qui doit à tout le moins mentionner clairement son objet ainsi que les faits reprochés à l'agent. Cette exigence, inhérente au respect des droits de la défense, est régulièrement rappelée par le Conseil d'Etat.

En l'absence de texte prescrivant un délai entre la convocation et la comparution de l'agent³⁶, celui-ci doit disposer d'un délai utile et raisonnable pour prendre connaissance des griefs retenus contre lui³⁷, demander l'assistance d'un conseil, rechercher des témoignages, préparer et organiser ses moyens de défense.

Le caractère utile du délai ne résulte pas uniquement de l'appréciation de sa durée, qui doit être suffisante et raisonnable. Il faut encore qu'il soit exactement déterminé et que l'agent en ait une connaissance certaine³⁸.

Le bref délai qui sépare la convocation de l'audition n'implique pas nécessairement une violation des droits de la défense s'il apparaît que l'agent a pu préparer utilement sa défense. Méconnaît toutefois le principe, l'autorité qui impose à l'agent de comparaître immédiatement³⁹, dans un délai de vingt-quatre heures⁴⁰, de deux⁴¹ ou de trois⁴² jours ouvrables.

En revanche, un délai de sept jours ouvrables est jugé suffisant par le Conseil d'Etat⁴³.

³⁵ A.R. du 27 juillet 1979, art. 139.

³⁶ La nouvelle loi communale prévoit 12 jours.

³⁷ C.E., Boiteux, n° 40.722, du 12 octobre 1992.

³⁸ C.E., Leenders, n° 37.113, du 29 mai 1991.

³⁹ C.E., C.E., Buyle, n° 16.686, du 22 octobre 1974 ; C.E., Decafmeyer, n° 23.626, du 26 octobre 1983 ; C.E., Petit, n° 25.759, du 23 octobre 1985.

⁴⁰ C.E., Bertrand, n° 23.871, du 11 janvier 1984 ; C.E., CPAS d'Ostende, n° 25.350, du 23 mai 1985.

⁴¹ C.E., Meurant, n° 34.319, du 12 mars 1990.

⁴² C.E., CPAS de Watermael-Boitsfort, n° 27.753, du 27 mars 1987, obs. P. MARTENS, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1057.

⁴³ C.E., Bovy, n° 27.028, du 15 octobre 1986 ; C.E., Leendres, n° 37.113, du 29 mai 1991.

Nous retiendrons qu'un agent ne peut se plaindre de la brièveté du délai de comparution lorsque celle-ci est due à son comportement, tel que le refus de recevoir le pli contenant la convocation, suivi du retrait tardif à la poste du recommandé contenant la même convocation⁴⁴.

A moins qu'il justifie d'un empêchement légitime, l'agent est tenu de comparaître. Constitue un tel empêchement, l'inaptitude physique attestée par un certificat médical.

Le refus, non justifié, de répondre aux convocations et de comparaître n'empêche pas l'autorité disciplinaire de continuer la procédure et de sanctionner l'agent. Ce dernier ne pourra contester cette décision en invoquant l'absence d'audition.

En principe, l'audition est réalisée à huis clos et l'agent ne peut demander la publicité des débats. La nouvelle loi communale consacre cependant une exception à ce principe dès lors que l'article 306 dispose que dans le cas où le conseil communal est compétent pour infliger la sanction, l'audition a lieu en public à la demande de l'intéressé. L'article 52 de la loi du 8 juillet 1976 étend le champ d'application de cette disposition aux membres du personnel des CPAS qui sont entendus par le conseil de l'aide sociale.

Par ailleurs, on relèvera qu'aux termes de l'article 26, § 1^{er}, de la loi du 8 juillet 1976, le bourgmestre peut toujours assister avec voix consultative aux séances du conseil de l'aide sociale. En matière disciplinaire, il ne lui est pas interdit de poser des questions à l'agent en cause, ni de faire part de ses impressions quant aux griefs adressés à celui-ci⁴⁵.

En règle, pour toute audition disciplinaire, l'agent doit comparaître en personne, éventuellement avec l'assistance d'un tiers : collègue, délégué syndical, avocat ou même médecin. Cette possibilité, qui doit être reconnue même en l'absence de texte exprès, est un des corollaires indissociables de l'exercice du droit de la défense. Par contre, la représentation par un tiers – en l'absence de l'intéressé – ne peut être admise que si elle est prévue par le statut.

⁴⁴ C.E., Wartel, n° 35.032, du 1^{er} juin 1990.

⁴⁵ C.E., Smal, n° 31.080, du 18 octobre 1988.

Toute audition doit faire l'objet d'un procès-verbal qui doit être signé par la personne auditionnée. Ce document consigne les interventions des parties, mais surtout les déclarations et explications de l'agent poursuivi. Assez curieusement, rare sont les textes qui organisent cette formalité, pourtant essentielle.

La signature du procès-verbal lui confère valeur contradictoire et force probante. Cette force probante doit être acquise avant que la décision ne soit prise sans quoi elle reposerait sur des éléments de preuve qui pourraient être contestées. Nous retiendrons que l'agent peut assortir sa signature de réserves. Il peut également refuser de signer. Dans ce cas, il en est fait mention sur l'acte même.

A défaut de texte imposant ce procès-verbal, et s'il n'est pas dressé, l'administration supporte entièrement la charge de la preuve en cas de contestation. S'il était prévu par un texte, son absence entache la procédure d'un vice qui conduira à l'annulation de la sanction.

d. l'audition éventuelle de témoins

L'audition des témoins est une opération étroitement liée à l'obligation d'audition de l'agent poursuivi. Elle contribue à l'établissement complet, objectif et contradictoire des faits en ce qu'elle permet à des tiers à l'action disciplinaire de collaborer à la manifestation de la vérité.

Même en l'absence de texte, tout agent poursuivi disciplinairement peut demander que des témoins soient entendus. Ceux-ci appelés, ils n'ont toutefois pas l'obligation de se présenter.

Ce n'est qu'avec prudence que l'autorité peut refuser d'entendre un témoin dont l'audition est sollicitée par l'agent poursuivi. Cela pourra être le cas lorsque l'autorité estime que les faits sont établis à suffisance ou, au contraire, si elle est persuadée du bien fondé de la version de l'agent. Mais la marge d'appréciation de l'opportunité de l'audition est étroite et tout refus abusif est susceptible d'entraîner l'annulation de la décision disciplinaire ultérieure.

Certains statuts prévoient expressément que l'audition de témoins doit avoir lieu en présence de l'intéressé, ou à tout le moins après que celui-ci ait été convoqué. C'est le cas de l'article

304 N.L.C. Mais, même en l'absence de texte exprès, l'agent qui fait l'objet de la procédure doit toujours pouvoir assister à l'audition des témoins et, le cas échéant, les interroger. En effet, la possibilité de demander des auditions n'a de sens que si l'agent peut « *faire poser aux témoins les questions qu'il estime utiles à la défense de ses intérêts ; qu'une audition de témoin à laquelle il est procédé sans que le requérant et son avocat soient autorisés à y assister alors qu'ils l'ont expressément demandé, méconnaît les droits de la défense, même si l'enquête ne porte pas sur le comportement personnel de l'agent poursuivi, mais sur des pratiques en usage dans un service, le résultat de l'enquête étant susceptible d'avoir une incidence sur la gravité de la sanction à prendre* »⁴⁶.

Afin de garantir totalement le caractère objectif de la procédure, il s'impose que les déclarations de chaque témoin soient consignées dans un procès-verbal et signées par lui.

Une autre question concerne l'accès aux dépositions des tiers qui ont fondé les poursuites disciplinaires ou qui ont été recueillies avant que l'agent qui en fait l'objet ne soit entendu. Il s'agit à l'évidence de pièces essentielles du dossier de la procédure disciplinaire. Elle doivent donc pouvoir être intégralement consultées par l'intéressé, préalablement à sa propre audition.

e. Procédure particulières nécessitant une proposition de sanction

De manière pratique, généralement, la procédure disciplinaire est suggérée par le supérieur hiérarchique de l'agent, soit par la personne la plus à même d'avoir connaissance du comportement reproché. Il se peut même que ce supérieur propose une sanction particulière à l'autorité compétente pour statuer.

Certains statuts instituent l'obligation pour l'autorité disciplinaire compétente d'être saisie d'une telle proposition. C'est le cas notamment de l'A.R. du 22 mars 1969 (établissements d'enseignement de la communauté) ou de l'A.R. du 27 juillet 1979 (centres PMS de la communauté).

Dans ce cas, aucune sanction ne peut être prononcée sans qu'une proposition n'ait été formulée par l'autorité désignée par le statut et qui varie en fonction de la position de l'agent.

⁴⁶ C.E., Van Rompay, n° 26.600, du 3 juillet 1986 ; voy. également C.E., Thunus, n° 40.120, du 19 août 1992.

Cela ne veut pas dire que l'autorité disciplinaire est tenue par cette proposition. Elle peut s'en écarter mais moyennant due motivation.

Généralement, les textes qui consacrent cette procédure particulière instituent également une chambre de recours habilitée à connaître des recours dirigés par l'agent contre la proposition de sanction et ce, avant donc que la sanction ne soit prononcée. Lorsqu'un tel recours est ouvert, il doit être mis en œuvre à défaut de quoi l'agent risque de perdre son droit à contester la décision finale devant le Conseil d'Etat.

f. la motivation de la sanction disciplinaire

Toute sanction disciplinaire constitue incontestablement un acte administratif de portée individuelle qui fait grief à son destinataire, c'est-à-dire qu'elle a pour effet de modifier sa situation juridique. A ce titre, elle doit être motivée dans le respect des dispositions de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

Selon cette loi, tous les actes administratifs à portée individuelle doivent comporter une motivation en fait et en droit. Cette motivation doit évidemment être adéquate, c'est-à-dire qu'elle doit se fonder sur des éléments exacts, précis, pertinents et adéquats, correctement qualifiés.

La motivation que doit contenir la décision touche, d'une part, à la matérialité des faits et à leur caractère répréhensible et, d'autre part, à l'étendue de la sanction retenue. Cette dernière doit effectivement être proportionnée par rapport aux faits reprochés. Le Conseil d'Etat se déclare d'ailleurs compétent pour contrôler l'adéquation de la sanction à la faute disciplinaire. Ce contrôle est cependant marginal et limité, outre le défaut ou l'insuffisance de motivation, à l'erreur manifeste d'appréciation. Le juge administratif sanctionnera ainsi la décision qui n'aurait pas été prise par une administration normalement prudente et diligente. Le critère mis en œuvre est celui de la raison. Pour ce faire, l'autorité est tenue de prendre en compte non seulement la gravité des faits reprochés, mais également la personnalité de l'agent, les circonstances dans lesquelles la faute a été commise ou l'incidence de la faute sur le comportement des autres agents ou sur la clientèle de l'administration.

L'autorité doit, en toute hypothèse, examiner avec soin, objectivement et complètement l'ensemble des faits qui sont à l'origine de l'action disciplinaire, ainsi que les circonstances qui l'entourent.

Si plusieurs agents sont impliqués dans la commission d'un même fait, l'autorité doit examiner le cas de chaque agent et établir précisément les faits imputables à chacun d'eux.

L'autorité est tenue de s'assurer que l'existence matérielle des faits est établie, ou que les faits retenus sont prouvés à suffisance. Elle est en droit de tenir pour établis des faits dont l'existence est reconnue par l'agent.

On retiendra encore que l'autorité disciplinaire ne doit pas répondre à tous les éléments invoqués par la défense. Il suffit que les motifs de la sanction soient admissibles, du point de vue d'une autorité normalement compétente.

Lorsqu'une instruction pénale est ouverte, l'autorité peut se fonder sur les constatations matérielles exposées dans la décision de la juridiction répressive.

g. la prononciation de la sanction disciplinaire

la décision doit intervenir dans un délai raisonnable

Dès lors qu'une procédure disciplinaire est engagée, il convient qu'en tout état de cause il soit statué dans un délai raisonnable. Ce principe est le corollaire des principes de sécurité juridique et de légitime confiance. Il constitue un principe général de droit⁴⁷.

En effet, tant l'agent – pour des motifs tenant à l'incertitude de son sort – que l'administration – pour des motifs de bonne gestion administrative – ont intérêt à connaître au plus tôt le résultat de l'action disciplinaire.

⁴⁷ C.E., Leenders, n° 40.749, du 16 octobre 1992.

Le dépassement du délai raisonnable imparti à l'autorité pour statuer implique que celle-ci doit être considérée comme dessaisie et qu'elle est devenue incompétente pour connaître de l'issue des poursuites. La décision prise hors délai raisonnable sera donc nécessairement annulée par le Conseil d'Etat.

Le caractère raisonnable du délai dans lequel la décision doit être rendue s'apprécie *in concreto*, compte tenu de la complexité de l'affaire, des circonstances propres à chaque espèce et même du comportement des parties.

Le critère du délai raisonnable ne se confond pas avec les délais de prescriptions qui peuvent être consacrés par certains statuts.

vote au scrutin secret

L'article 100 de la nouvelle loi communale et l'article 33, § 2 de la loi du 8 juillet 1976 organique des CPAS prescrit que les décisions concernant des personnes et, partant, les décisions disciplinaires, doivent être prises au scrutin secret.

Cette contrainte appelle deux observations. Tout d'abord, il faut préciser que lorsque la loi le prévoit, le scrutin secret constitue une formalité substantielle, établie dans l'intérêt de l'agent et qui garantit l'indépendance et la liberté de chaque votant. L'inobservation de cette formalité affecte la légalité de la décision. Son respect doit résulter du procès-verbal. Ensuite, et c'est la seconde observation, l'obligation de procéder à un vote au scrutin secret ne dispense pas l'autorité collégiale de son obligation de motiver formellement la décision qui découle de ce scrutin.

§ 5. La notification de la sanction disciplinaire

La décision disciplinaire n'est opposable à l'agent que si elle lui a été notifiée. Le seul fait que l'agent ait eu connaissance de la décision avant sa notification est sans effet.

Il faut cependant préciser que l'absence de notification ou une irrégularité commise dans la notification d'un acte administratif n'affecte pas la légalité ou la régularité de la décision. La

nouvelle loi communale consacre toutefois une solution contraire puisque son article 307 impose la notification dans les dix jours ouvrables. A défaut, la loi porte que la décision est réputée rapportée, ce qui signifie qu'elle est considérée comme n'ayant jamais existé. Rappelons que le régime disciplinaire consacré par la nouvelle loi communale est applicable aux agents des CPAS⁴⁸. Pour les agents des communes et des CPAS, la décision doit donc avoir été réceptionnée dans ce délai. A défaut, elle est réputée inexistante.

La notification est faite dans les formes prescrites par le statut applicable à l'agent. Si ce statut n'organise aucune modalité particulière, la notification peut être effectuée par envoi postal ou par remise à l'intéressé. Dans tous les cas, l'autorité se ménagera la preuve de la notification et de la date de celle-ci, soit par le biais de la recommandation postale, soit par la remise contre récépissé.

Outre que la notification rend la décision opposable à l'intéressé, elle fait également courir les délais de recours. Notons que si aucun recours administratif n'est organisé, seul un recours devant le Conseil d'Etat peut être introduit. Le délai de ce recours ne se prescrit que si la notification précise son existence et le délai dans lequel il doit être introduit. Ce délai est de soixante jours.

Il faut signaler une particularité qui concerne les agents des CPAS. A leur égard, les décisions de suspension disciplinaire de trois mois, la rétrogradation, la démission d'office ou la révocation sont soumises à l'avis du collège des bourgmestre et échevins ainsi qu'à l'approbation de la députation permanente. Elles sont cependant, sauf décision contraire du conseil de l'aide sociale, exécutoires par provision, c'est-à-dire sans attendre l'approbation de l'autorité de tutelle.

§ 6. Les effets de la sanction disciplinaire

a. les effets ratione temporis

Sauf texte exprès contraire, la sanction disciplinaire ne vaut que pour l'avenir. La sécurité juridique implique que les sanctions disciplinaires ne rétroagissent pas.

⁴⁸ Loi du 8 juillet 1976 organique des CPAS, art. 52.

Cette règle connaît cependant une exception lorsqu'une suspension préventive est intervenue préalablement à la sanction. Dans ce cas, l'autorité peut faire rétroagir sa décision à une date antérieure à sa prononciation, sans toutefois pouvoir produire des effets pour une période antérieure à celle qui a fait l'objet de la suspension préventive. Cette possibilité n'est pas ouverte pour le personnel social de l'enseignement communautaire, l'A.R. du 22 mars 1969 disposant qu'aucune peine ne peut produire d'effet pour une période qui précède son prononcé. C'est également le cas pour les membres du personnel des centres PMS.

En ce qui concerne le personnel des communes et des CPAS, l'article 316 de la nouvelle loi communale distingue selon que la suspension préventive ait ou non été assortie d'une retenue de traitement.

Si une suspension préventive avec maintien du traitement complet précède la sanction disciplinaire, celle-ci entre en vigueur le jour où elle est prononcée.

Si, à la suite d'une suspension préventive avec retenue de traitement et privation des titres à l'avancement, la sanction disciplinaire de l'avertissement ou de la réprimande est infligée, celle-ci entre en vigueur le jour où elle est prononcée ; la suspension préventive est réputée rapportée et l'autorité rembourse le traitement retenu à l'intéressé.

Si, à la suite d'une suspension préventive avec retenue de traitement et privation des titres à l'avancement, la sanction disciplinaire de la retenue de traitement, de la suspension, de la rétrogradation, de la démission d'office ou de la révocation est infligée, la sanction disciplinaire peut produire ses effets au plus tôt le jour de l'entrée en vigueur de la suspension préventive. Le montant du traitement retenu pendant la suspension préventive est déduit du montant de la perte de traitement liée à la sanction disciplinaire. Si le montant du traitement retenu est plus important que le montant de la perte de traitement liée à la sanction disciplinaire, l'autorité rembourse la différence à l'intéressé.

b. effets de la sanction disciplinaire sur la carrière de l'agent

Dans la fonction publique, le principe fondamental repose sur la comparaison des titres et mérites des candidats à une nomination, ce qui implique l'obligation, pour l'autorité, d'examiner tous les éléments relatifs au comportement et à la manière de servir des agents.

L'autorité est dès lors tenue de prendre aussi en considération le passé disciplinaire en vue d'apprécier les qualités et les défauts respectifs de chacun.

On relèvera que l'agent déplacé par mesure disciplinaire ne peut obtenir à sa demande ni une nouvelle affectation, ni un transfert, pendant le délai fixé pour la radiation de sa peine.

§ 7. Les recours

Tous les fonctionnaires ont la possibilité de contester les décisions qui les concernent devant le Conseil d'Etat. Cette juridiction administrative ne se prononce pas au fond mais se limite à contrôler la légalité des décisions qui lui sont soumises.

Il faut retenir que si le statut prévoit un recours devant une autorité administrative, ce recours doit être mis en œuvre préalablement à toute possibilité de saisir le Conseil d'Etat. Un recours juridictionnel dirigé contre une sanction susceptible de recours administratif serait déclaré irrecevable.

Certains statuts consacrent une institution particulière en organisant un recours administratif contre non pas la sanction elle-même mais la proposition de sanction qui est soumise à l'autorité compétente pour statuer. C'est notamment le cas de l'A.R. du 22 mars 1969.

D'autres consacrent un véritable recours contre la sanction portée devant l'autorité de tutelle. C'est le cas en ce qui concerne les agents des communes et des CPAS.

§ 8. La prescription de l'action disciplinaire

Nous avons vu ci-avant que dès lors qu'une action disciplinaire est engagée, l'autorité est tenue de statuer dans des délais raisonnables. Il convient de relever que différents statuts prévoient en outre qu'au delà d'un certain délai, l'action disciplinaire est prescrite. Il s'agit de garantir qu'une action disciplinaire ne soit pas mise en œuvre de manière anormalement

tardive. En effet, l'engagement rapide des procédures disciplinaires se recommande pour des motifs de sécurité juridique : constitution des preuves, fiabilité des témoignages, etc. En outre, la procédure disciplinaire ayant pour vocation de sanctionner – adéquatement – un comportement jugé fautif, il convient qu'elle soit mise en œuvre dans des délais normaux compte tenu de cet objectif.

Une procédure disciplinaire entamée tardivement doit être sanctionnée par le Conseil d'Etat⁴⁹.

A titre d'exemple, on relèvera l'article 317 N.L.C. en vertu duquel l'autorité disciplinaire ne peut plus intenter de poursuites disciplinaires après l'expiration d'un délai de six mois après la date à laquelle elle a constaté les faits répréhensibles ou en a pris connaissance. Ce délai ne prend cours, en cas de poursuites pénales, qu'à partir du jour où l'autorité administrative est informée par l'autorité judiciaire de ce qu'une décision définitive est intervenue ou de ce que la procédure pénale n'est pas poursuivie.

On citera également l'article 305 de la Nouvelle Loi communale qui oblige l'autorité disciplinaire à se prononcer sur la sanction dans les deux mois de la clôture du procès-verbal de la dernière audition, de la renonciation ou de la non-comparution.

§ 9. L'effacement des sanctions disciplinaires

a. la radiation de la sanction

La radiation des sanctions disciplinaires consiste à effacer les sanctions du dossier individuel de l'agent. Le principe de la radiation est fondé sur l'idée qu'une sanction ne doit pas entacher indéfiniment le curriculum des agents et qu'il faut leur permettre de poursuivre leur carrière. C'est donc un élément de motivation personnelle.

Pour pouvoir en bénéficier, la radiation doit être expressément organisée par le statut applicable à l'agent. Elle ne l'est en tout cas jamais en ce qui concerne la démission d'office

⁴⁹ C.E., Piret, n° 39.501, du 27 mai 1992.

ou la révocation, ces mesures mettant définitivement fin au lien juridique unissant l'agent à son employeur.

Pour ce qui concerne le personnel social des établissements de la communauté française soumis à l'A.R. du 22 mars 1969, c'est l'A.R. du 2 juillet 1981 qui est applicable. Il établit une procédure très complète de radiation des sanctions au cours de laquelle la chambre de recours est appelée à émettre un avis motivé.

Pour le personnel des centres PMS, l'effacement se fait d'office après au terme d'un délai de⁵⁰ :

- d'un an pour le rappel à l'ordre et la réprimande;
- de trois ans pour la retenue sur traitement;
- de cinq ans pour la suspension disciplinaire;
- de sept ans pour la mise en non-activité disciplinaire.

Des délais comparables sont prévus pour la radiation d'office des sanctions prononcées à l'égard des membres du personnel des centres PMS officiels subventionnés⁵¹.

Le délai commence à courir au prononcé de la peine disciplinaire et non à dater de la notification.

L'article 309 de la nouvelle loi communale prévoit la radiation des sanctions prononcées à l'égard des agents communaux et de CPAS, soit d'office – dans ce cas, l'autorité ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation – soit à la demande de l'agent, en fonction de la gravité des sanctions disciplinaires inscrites au dossier individuel de l'agent.

La radiation ne supprime pas la peine. Elle n'a donc pas pour conséquence de reconstituer la carrière de l'agent comme s'il n'avait pas été sanctionné. Elle a pour effet essentiel de neutraliser la sanction antérieurement prononcée, en sorte que le passé disciplinaire de l'agent ne constitue plus un handicap dans la suite de sa carrière administrative. La radiation ne vaut donc que pour l'avenir et est sans effet sur les situations passées.

⁵⁰ A.R. du 27 juillet 1979, art. 144bis.

⁵¹ Décret du 31 janvier 2002 fixant le statut des membres du personnel des centres psycho-médico-sociaux officiels subventionnés par la communauté française, art. 80.

Il se déduit de ce qui précède que l'autorité appelée à intervenir à nouveau disciplinairement ne peut pas tenir compte, pour prononcer la sanction, de l'existence et de l'importance d'une sanction antérieure qui a été radiée⁵². Admettre le contraire reviendrait à remettre indirectement en question l'objet même de la radiation, c'est-à-dire l'effacement de la sanction.

b. l'annulation par le Conseil d'Etat

L'annulation de la sanction par le juge de l'excès de pouvoir fait disparaître celle-ci rétroactivement. Elle est réputée n'avoir jamais existé.

Plus concrètement, l'arrêt d'annulation implique que l'autorité administrative doit ou bien réparer le vice qui entachait la décision, si ce vice est réparable, ou bien régulariser la situation de l'agent.

Ainsi, si la sanction disciplinaire a consisté en une retenue de traitement ou a été accompagnée d'une telle mesure, l'administration reste débitrice des traitements retenus.

Dans le cas d'une rétrogradation, l'arrêt d'annulation implique la reconstitution de la carrière de l'agent, d'un point de vue administratif et pécuniaire.

Section 2. Le licenciement du personnel temporaire

En règle générale, chaque statut organise une procédure de licenciement du personnel temporaire. Tel est le cas des statuts applicables au personnel des établissements d'enseignement gardien, primaire, spécial, moyen, technique, de promotion sociale et artistique de la communauté française ou aux membres du personnel des centres PMS. La loi communale et la loi organique des CPAS ne consacrent pas un tel régime. Il y a donc lieu, à l'égard des membres de leurs personnels respectifs de s'en référer aux textes réglementaires

⁵² *Contra*, P. VANDERNOOT, « La fonction publique et la procédure disciplinaire », *A.P.T.*, 1991, p. 214 et l'exposé des motifs de la loi du 24 mai 1991 modifiant la nouvelle loi communale en ce qui concerne le régime disciplinaire.

particuliers. Toutefois, ces deux législations cadres n'excluent pas nécessairement les agents temporaires du régime disciplinaire qu'elles organisent⁵³, à l'inverse de la solution retenue pour les membres du personnel des établissements d'enseignement ou des centres PMS⁵⁴.

Nous retiendrons, pour mémoire que les statuts applicables aux membres du personnel temporaires des centres PMS organisent une procédure de licenciement pour faute grave, sans préavis. Est considéré comme constituant une faute grave, tout manquement qui rend immédiatement et définitivement impossible toute collaboration professionnelle entre le membre du personnel et le directeur du centre.

CHAPITRE III. REGIME DISCIPLINAIRE DES AGENTS CONTRACTUELS

Les agents contractuels non-subventionnés relèvent de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrat de travail. En cas de conflit, seules les juridictions du travail sont compétentes.

En cas de manquement, l'autorité compétente devra effectuer son choix selon la loi du 3 juillet 1978 : maintien en poste, préavis ou rupture du contrat pour motifs graves. Ainsi, l'autorité n'a aucun pouvoir disciplinaire à l'égard d'un contractuel et le Conseil d'Etat en soulève d'office l'incompétence⁵⁵.

Dans la présente contribution, nous nous limiterons à rappeler que chacune des parties peut résilier le contrat de travail sans préavis ou avant l'expiration du terme pour un motif grave laissé à l'appréciation du juge et sans préjudice de tous dommages-intérêts s'il y a lieu⁵⁶.

Le motif grave constitue toute faute grave qui rend immédiatement et définitivement impossible toute collaboration professionnelle entre l'employeur et le travailleur. L'appréciation de la faute et de l'atteinte à la possibilité de maintenir la collaboration

⁵³ L'article 381 de la nouvelle loi communale dispose, sous réserve des règles spécifiques à certains membres de la police, que les dispositions du titre relatif à la discipline sont applicables à tous les membres du personnel communal, à l'exception du personnel engagé par contrat de travail. L'article 51 de la loi du 8 juillet 1976 consacre le même principe en ce qui concerne les CPAS.

⁵⁴ L'article 122 de l'A.R. du 22 mars 1969 vise exclusivement les membres du personnel nommés à titre définitif. Il en va de même de l'article 69 du décret du 31 janvier 2002 à l'égard du personnel des centres PMS officiels subventionnés ou de l'article 130 de l'A.R. du 27 juillet 1979.

⁵⁵ C.E., n° 26.143, du 5 février 1986.

⁵⁶ Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, art. 35, al. 1^{er}.

appartient à celui qui invoque ce motif, le tribunal du travail étant toutefois compétent pour en contrôler la pertinence.

Le licenciement pour motif grave doit intervenir dans les trois jours ouvrables de la connaissance des faits par la partie qui donne congé. A dater de la notification de ce congé, la partie qui met fin au contrat dispose d'un nouveau délai de trois jours pour, le cas échéant, notifier les motifs graves sur lesquels elle se fonde.