

Faculté de droit et de criminologie

Les contrats publics en droit belge : l'enchevêtrement des règles de droit public et de droit privé

De l'application des principes généraux de bonne
administration au phénomène de contractualisation de
l'action administrative

Auteur : PAULINE VANDE WALLE
Promoteur : KRIS WAUTERS
Année académique 2020-2021
Master en droit à finalité État et Europe

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Remerciements

Je tenais tout d'abord à remercier mon promoteur, le professeur KRIS WAUTERS, pour ses conseils et sa précieuse aide lors de la réalisation de ce travail.

Je remercie également l'ensemble des professeurs de la Faculté de droit pour les différents apprentissages qu'ils m'ont permis d'acquérir au fil des années. Ce travail est le reflet de mon parcours académique au sein de l'Université catholique de Louvain. Il est le fruit d'un enseignement et d'une formation de qualité.

Je souhaitais également remercier les avocats du Cabinet ASAP pour leur aide et leur confiance.

Je terminerai en remerciant ma famille et mes proches pour leur soutien quotidien.

Table des matières

Titre I^{er} – Introduction.....	1
Titre II – Quelques prolégomènes sur le droit public et le droit administratif.....	4
Chapitre 1 ^{er} – La <i>summa divisio</i> entre le droit privé et le droit public.....	4
Chapitre 2 - Objet et caractéristiques du droit administratif	8
Section 1 – La définition du droit administratif	8
Section 2 – L’action administrative.....	9
Section 3 – Les spécificités du droit administratif	11
Titre III – La contractualisation du secteur public	13
Chapitre 1 ^{er} – L’usage croissant du contrat en droit administratif à l’aune du développement des idées du <i>New Public Management</i>	13
Chapitre 2 – Les nouveaux instruments contractuels de l’administration : analyse du statut du contrat en droit administratif	16
Section 1 – Le fondement de la compétence de l’administration pour conclure des contrats	16
Section 2 – Le régime juridique applicable aux contrats conclus par l’administration et les divergences d’opinions doctrinales	18
Section 3 – Les recours juridictionnels	21
Titre IV - Les principes généraux de bonne administration.....	27
Chapitre 1 ^{er} - Introduction aux principes généraux du droit et plus particulièrement aux principes généraux de bonne administration.....	27
Section 1 - L’émergence des principes généraux de droit.....	27
Section 2 – Le rôle du juge.....	28
Section 3 – Définition et qualification en tant que source du droit	29
Chapitre 2 – Les principes généraux du droit en droit administratif	30
Chapitre 3 – Les fonctions et objectifs des principes généraux de bonne administration : vision théorique	32
Section 1 – Introduction	32
Section 2 – La fonction compensatoire ou de sauvegarde.....	33
Sous-Section 1 - La théorie de la compensation.....	33
Sous-Section 2 - Critiques	34
Sous-Section 3 – La portée des principes généraux de bonne administration selon la fonction compensatoire	35
Section 3 – La fonction instrumentale	36

Sous-Section 1 – La protection de l'intérêt général et individuel	36
Sous-Section 2 – La portée des principes généraux de bonne administration selon la fonction instrumentale	37
Section 4 - Conclusion.....	38
Chapitre 4 - La mise en œuvre des principes généraux de bonne administration par la jurisprudence	39
Section 1 – Position de la Cour de cassation et du juge civil	40
Section 2 – Position du Conseil d'État et théorie de l'acte détachable.....	41
Chapitre 5 - Le principe <i>audi alteram partem</i>	42
Section 1 – Le statut du principe	42
Section 2 – Les caractéristiques du principe.....	43
Section 3 – Les modalités du principe	43
Section 4 – Les limites du principe.....	44
<i>Titre V – L'application des principes de bonne administration aux contrats publics : illustration par la jurisprudence fluctuante quant à la dissolution d'un contrat de travail dans le secteur public</i>	45
Chapitre 1er – Introduction, rappel et mise en contexte	45
Section 1 – Le principe de l'engagement statutaire	45
Section 2 – Controverses doctrinales et jurisprudentielles quant au licenciement des agents contractuels occupés par un employeur public	46
Sous-section 1 – Rappel du contexte en droit du travail	46
Sous-section 2 – Position favorable à l'application des principes de motivation formelle et d'audition préalable au licenciement des agents contractuels de la fonction publique	47
Sous-section 3 – Position défavorable à l'application des principes de motivation formelle et d'audition préalable au licenciement des agents contractuels de la fonction publique	49
Chapitre 2 – L'arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 2015 : élément déclencheur	51
Section 1 – Jurisprudence antérieure à l'arrêt	51
Section 2 - Les faits de la cause et la position de la Cour du travail de Gand	52
Section 3 – Les conclusions de l'avocat général	53
Section 4 – La décision de la Cour de cassation	54
Sous-section 1 – Les enseignements de l'arrêt quant à l'application du principe <i>audi alteram partem</i>	54
Sous-section 2 – Les enseignements de l'arrêt quant à l'application de la loi du 29 juillet 1991	55
Section 5 – Critiques	56
Chapitre 3 – La confirmation par le Conseil d'État de l'enseignement de la Cour de cassation .	58

Chapitre 4 – Nuances quant à l’absence de motivation formelle et d’audition préalable.....	59
Section 1 – Le respect des règles de droit interne	59
Section 2 – La notion d’abus de droit	60
Section 3 – Le respect des règles de droit international et européen	60
Sous-Section 1 – La Convention de l’Organisation Internationale du Travail	61
Sous-section 2 – Les protections du droit européen	61
Chapitre 5 – L’intervention de la Cour constitutionnelle	64
Section 1 – L’application de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs	64
Section 2 – L’application des principes généraux de bonne administration et, en particulier, du principe <i>audi alteram partem</i>	67
Chapitre 6 – Conclusion du titre V : Le point sur l’application des principes généraux de bonne administration au licenciement des contractuels de la fonction publique.....	69
<i>Titre VI – Approche comparative : la position privilégiée de l’administration en droit néerlandais</i>	73
Chapitre 1^{er} – Le choix de la voie contractuelle par l’autorité administrative	73
Section 1 – L’émergence de la question aux Pays-Bas et la doctrine bidirectionnelle	73
Section 2 – L’arrêt <i>Windmill</i> et la formule d’intersection	75
Section 3 – Typologie des contrats conclus par l’administration aux Pays-Bas	77
Chapitre 2 – Le régime juridique des instruments contractuels utilisés par l’administration	78
Section 1 – La doctrine juridique commune et ses développements subséquents	78
Section 3 – L’application des principes généraux de bonne administration	82
Sous-section 1 – L’émergence des principes généraux de bonne administration en droit néerlandais	82
Sous-section 2 – L’arrêt <i>Ikon/Amsterdam</i>	84
Chapitre 3 – Conclusion du Titre VI	85
<i>Titre VII – Conclusion : peut-on considérer que les principes généraux de bonne administration s’appliquent à l’ensemble des contrats publics conclus par l’administration ?.....</i>	88
<i>Bibliographie</i>	94
I. Législation.....	94
A. Législation européenne.....	94
B. Législation belge.....	94

D.	Législation néerlandaise	95
II.	Jurisprudence	96
A.	Jurisprudence européenne	96
B.	Jurisprudence belge	96
C.	Jurisprudence néerlandaise	99
III.	Doctrine	100
A.	Monographies	100
B.	Contributions dans des ouvrages collectifs.....	103
C.	Articles de périodiques.....	108
IV.	Ressources internet.....	113

Titre I^{er} – Introduction

« Il y a une unité fondamentale dans le système juridique. Au-delà d'inévitables différences de méthodes ou de finalités, publicistes et privatistes partagent une grammaire commune »¹.

Même si la formation juridique au sein des Facultés de droit demeure généraliste, les étudiants ne tardent pas à se spécialiser, dès leur première année de Master, dans l'une ou l'autre des principales branches du droit. Chaque étudiant en droit, chaque juriste se qualifie généralement de « publiciste » ou de « privatiste ». Si cette spécialisation des disciplines traverse les couloirs des Facultés de droit, elle irradie également l'ensemble des institutions juridiques ainsi que le parcours de nos professionnels². Dès lors, *« on peut se demander si cette organisation n'est que la conséquence de la volonté de spécialisation, de maîtrise d'un sujet, d'un thème et même d'une discipline, ou s'il s'agit d'un mode d'organisation qui a des fondements et des ramifications plus profonds, qui relève d'une manière de penser, d'une formation, d'une éducation »³.*

Ce constat permet d'illustrer la bipolarité qui traverse la matière juridique depuis des siècles. En effet, si les juristes romains faisaient déjà la distinction entre le droit public et le droit privé, cette dichotomie est toutefois remise en question aujourd'hui. Et pour cause, tant le droit public que le droit privé semblent être empreints à un ensemble d'influences croisées de l'une et l'autre branche du droit⁴. Dans cet enchevêtrement de normes, l'intensification du recours des autorités administratives à un ensemble d'instruments du secteur privé depuis le début des années 80 n'a cessé d'attirer l'attention des publicistes⁵. En effet, on constate de manière accrue que ces autorités ne se satisfont plus des instruments classiques de puissance publique et se tournent aujourd'hui davantage vers les outils contractuels. La multiplication des partenariats public-privé ou du recrutement d'agents sous contrat de travail témoignent notamment de l'émergence d'un phénomène de contractualisation au sein du droit public⁶. En effet, comme le soulignait

¹ Y. AGUILA, « Droit public et Droit privé, la nécessité de regards croisés », *AJDA*, 2009, p. 905.

² B. BONNET, « La *summa divisio* droit public-droit privé : chimère ou pierre angulaire ? », in B. BONNET et P. DEUMIER (sous la dir. de), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé*, Paris, Dalloz, 2010, p. 4.

³ *Ibid.*, p. 4.

⁴ K. WAUTERS et T. CAMBIER, « La distinction droit privé – droit public et le droit des marchés publics », *Annales du droit de Louvain*, 2012, p. 149.

⁵ D. YERNAULT, « Constitution, privatisations et pouvoirs spéciaux : un débat oublié », *CRISP*, 2001, p. 3.

⁶ W. DRECHSLER et T. RANDMA-LIIV, « The New Public Management – Then and now: Lessons from the Transition in Central and Eastern Europe », in M.-S. DE VRIES et J. NEMEC, *Implementation of New Public Management Tools*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 36.

P. VAN OMMESLAGHE, « *on assiste à d'incontestables développements de l'application de méthodes inspirées du droit privé dans certains domaines relevant traditionnellement du droit administratif, sinon du droit public* »⁷. Par conséquent, certains auteurs se demandent aujourd'hui si la *summa divisio* historique entre le droit public et le droit privé présente encore une quelconque pertinence, si elle conserve encore un intérêt⁸.

Outre cette interrogation, ces mutations du droit public nous amènent également à nous questionner sur le régime juridique applicable aux instruments contractuels employés par l'autorité administrative et plus particulièrement sur la place qui doit être réservée aux principes généraux de bonne administration. En effet, il est traditionnellement admis que celle-ci jouit, en tant que gardienne de l'intérêt général, d'une position privilégiée. Elle dispose, à cet égard, d'un ensemble de prérogatives de la puissance publique totalement étrangères au droit privé⁹. Pour contrebalancer cette position, des principes généraux de bonne administration ont été développés par la jurisprudence afin d'offrir au citoyen des outils de protection contre l'action administrative¹⁰. Néanmoins, en tant qu'instruments du droit public, on peut se demander si ces principes demeurent pertinents lorsque l'autorité administrative opte pour l'instrument contractuel dont le régime juridique est, en principe, régi par le droit privé.

Pour répondre à cette question, il convient également de s'interroger sur la position occupée par l'autorité dans le cadre de cette contractualisation de l'action publique. Abandonne-t-elle sa position privilégiée pour redevenir une personne juridique ordinaire lorsqu'elle privilégie les instruments de droit privé afin de régler les matières qui relèvent de sa compétence ? Si tel n'est pas le cas, force est de constater que l'ensemble des règles écrites et non-écrites du droit public demeureront applicables.

Ce sujet controversé a fait émerger divers arguments contradictoires au cours du temps : ils jalonnent les grandes parties de ce travail.

Dans un premier temps, nous expliciterons la manière selon laquelle certains principes non-écrits du droit ont été consacrés par la jurisprudence en tant que principes généraux de bonne

⁷ P. VAN OMMESLAGHE, « Le droit public existe-t-il ? », *Rev. dr. ULB*, 2006, p. 62.

⁸ B. BONNET, *op. cit.*, p. 4.

⁹ D. BATSELE ET M. SCARCEZ, *Abrégé de droit administratif*, 1^{ère} éd., Bruxelles, Larcier, 2015, p. 23.

¹⁰ I. OPDEBEEK ET A. COOLSAET, *Algemene beginselen van ambtenarentuchtrecht*, Brugge, die Keure, 2011, p. 20.

administration. Nous préciserons ensuite la nature de ces principes ainsi les grandes fonctions qu'ils tentent de remplir, eu égard, notamment, à la position de l'autorité administrative en droit. Ces divers éléments nous permettront de reconnaître la pertinence et la plus-value des principes généraux de bonne administration dans le cadre de l'action administrative, tant réglementaire que contractuelle.

Dans un second temps, nous nous pencherons sur la jurisprudence développée par les différentes Cours suprêmes belges en ce qui concerne la question de l'application des principes généraux de bonne administration au licenciement d'un contractuel de la fonction publique. Ces dernières se sont principalement interrogées sur la question de savoir si l'autorité administrative était tenue de procéder à l'audition de son agent, et donc de respecter le principe *audi alteram partem*, avant de le congédier. Au cours du temps, les positions de la Cour de cassation et de la Cour constitutionnelle ont évolué à ce sujet et offrent un point de départ pour l'argumentation de notre position.

Enfin, le droit comparé permet également d'offrir un éclairage important et de mettre en avant le retard accusé par le droit belge quant à la nécessité d'offrir une réponse concrète à cette interrogation. En effet, l'analyse du droit néerlandais permet de constater que les débats au sujet de la contractualisation de l'action administrative et de l'application des principes généraux de bonne administration se sont posés de façon tout aussi essentielle de l'autre côté la frontière. Néanmoins, les Pays-Bas semblent avoir franchi un pas supplémentaire que la doctrine et la jurisprudence belge se refusent encore à franchir.

Il semble aujourd'hui difficile de nier la réalité du phénomène de contractualisation ainsi que les controverses qui en découlent¹¹. Cependant, même si le contrat tend à mettre les parties contractantes sur un pied d'égalité, les principes généraux de bonne administration conservent, à mon sens, une préséance et un intérêt pour la protection des citoyens.

¹¹ Y. MARIQUE et J. PIERET, « Conclusion », *Rev. dr. ULB*, 2006, p. 359.

Titre II – Quelques prolégomènes sur le droit public et le droit administratif

Chapitre 1^{er} – La *summa divisio* entre le droit privé et le droit public

La matière juridique se structure traditionnellement de manière duale, en distinguant, d'une part, le droit privé et, d'autre part, le droit public. Cette *summa divisio* qui traverse le parcours académique et professionnel de tout juriste ne cesse cependant d'être aujourd'hui dénoncée¹². On constate en effet que la frontière entre ces deux notions devient de plus en plus poreuse.

La volonté de distinguer ce qui relève du droit public et du droit privé remonte aux origines du droit et trouve sa source dans un texte d'ULPIEN. Celui-ci distingue le « *jus privatum* » du « *jus publicum* ». Malgré une dénomination semblable, cette distinction ne présente que peu de ressemblances avec la version moderne de la *summa divisio*. Le droit romain demeurait, dans les faits, un droit essentiellement privé¹³.

Longtemps voilée, cette dichotomie classique ne fera son apparition que dans le courant du XIX^e siècle avec l'avènement des théories libérales¹⁴. En réaction aux excès de l'Ancien Régime, la Révolution française instaure une nouvelle vision de la société qui place l'État au service de l'individu¹⁵. Le développement économique, social et culturel a, en effet, permis au citoyen de s'affranchir de sa position de soumission. Davantage éduqué et autonome, le peuple est investi d'un ensemble de droits et libertés qui lui permettent de critiquer les décisions adoptées¹⁶. Il occupe donc une place centrale qu'il incombe à l'État de préserver en tant que gardien de l'intérêt général. Son rôle est de garantir aux individus la possibilité de s'épanouir pleinement et librement¹⁷.

Dans ce cadre, le droit public se développe petit à petit et ce, notamment parce que l'État accepte que sa puissance absolue soit encadrée par un ensemble de règles juridiques, de limites¹⁸:

¹² Voir en ce sens : R. ERGEC, *Introduction au droit public*, Bruxelles, Story-Scientia, 1994, pp. 5-6 et M. STORME, *Algemene inleiding tot het recht*, Anvers, Kluwer, 1990, pp. 282-286.

¹³ M. STORME, *op. cit.*, p. 281.

¹⁴ P. VAN OMMESLAGHE, « Le droit public existe-t-il ? », *op. cit.*, pp. 28-29.

¹⁵ F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en Private Rechtspersonen ? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, Bruges, die Keure, 2004, p. 31.

¹⁶ *Ibid.*, p. 36.

¹⁷ *Ibid.*, p. 31.

¹⁸ A. VAN LANG, « Le point de vue d'une publiciste », in B. BONNET et P. DEUMIER (sous la dir. de), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé*, Paris, Dalloz, 2010, p. 33.

l'action de l'autorité n'est plus acceptable que si elle apparaît indubitablement nécessaire¹⁹. Cette évolution libérale culminera avec l'avènement du principe de soumission de l'État au droit et au juge²⁰ qui a pour conséquence de le dépouiller de sa position absolue et intouchable.

Cependant, cette philosophie libérale mettait trop largement l'accent sur la liberté du citoyen, faisant ainsi fi du principe de solidarité²¹. Un ensemble d'idées d'inspirations socialistes ont alors transcendé les règles existantes afin de prôner la mise en place d'une société plus équitable et égalitaire. Grâce à cette impulsion, l'État-providence a vu le jour²². Il se caractérise par une position de l'État davantage normative et proactive dans la société et la sphère privée qui lui étaient traditionnellement interdites²³.

L'influence française sur l'approche de cette question n'est pas à négliger. Ce constat a d'ailleurs été ravivé par la Cour de cassation lorsque celle-ci a été amenée à statuer sur l'affaire La Flandria²⁴. En l'espèce, la Cour devait se prononcer sur la responsabilité de la ville de Bruges suite à la chute d'un de ses arbres sur les plantations de la société horticole La Flandria. Dans ses conclusions, le procureur général LECLERCQ²⁵ a souligné les faiblesses de la jurisprudence belge en ce qu'elle opère une distinction entre l'État agissant comme puissance publique ou comme personne privée. Cette « maladie » provient, selon lui, de la conception française qui considère que l'administration jouit d'une immunité devant les juridictions judiciaires en raison de l'inaptitude de celles-ci à connaître des contestations portées contre les personnes de droit public²⁶.

La Cour a finalement décidé que, comme la Constitution attribue aux Cours et Tribunaux toutes « *les contestations qui portent sur des droits civils* », elle manifeste de cette façon sa volonté de protéger « *tous les droits civils [et ce, sans avoir égard] ni à la qualité des parties contendantes, ni à la nature des actes qui auraient causé une lésion de droit, mais uniquement à la nature du droit lésé* ». Dès lors, les juridictions judiciaires sont nécessairement compétentes si une lésion a

¹⁹ F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en Private Rechtspersonen ? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, op. cit., p. 36.

²⁰ A. VAN LANG, op. cit., p. 33.

²¹ P. DE HAAN, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer, Kluwer, 1986, p. 9.

²² F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en Private Rechtspersonen ? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, op. cit., p. 31.

²³ P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke wetgeving*, Anvers, Intersentia, 1997, pp. 91- 94.

²⁴ Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 193.

²⁵ Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 196, concl. Proc. gén. P. LECLERCQ.

²⁶ J. VAN MEERBEECK, « Droit public et droit privé : ni *summa* ni *divisio* », in P.-O. DE BROUX, B. LOMBAERT et T. LEONARD, *La distinction entre droit public et droit privé : pertinence, influences croisées et questions transversales*, Limal, Anthémis, 2019, pp. 25-26.

été causée par une personne de droit public²⁷ : en effet, « [...] le seul fait que l'acte entre dans la sphère d'activité du souverain ne suffit plus pour que le droit civil lui soit inapplicable [...]. Il n'y a pas dans le droit, deux compartiments étanches, dont l'un contiendrait les règles sur les relations des hommes entre eux et qui serait le droit privé ou civil, dont l'autre contiendrait les règles sur les rapports entre les hommes et les êtres idéaux, l'État, les provinces, les communes, etc., et qui serait le droit public »²⁸. Il s'agit là d'un des arrêts les plus importants de notre ordre juridique²⁹ en ce qu'il consacre, d'une part, la compétence judiciaire à l'égard des actes administratifs et, d'autre part, « réalise la sujétion constitutionnelle [...] de l'administration à l'ensemble du droit commun »³⁰.

Malgré ces modifications sociales et historiques de la position de l'État et du citoyen, la démarcation entre le droit public et le droit privé « a rarement mis en branle la plume scientifique en Belgique »³¹. Il s'agit d'un domaine encore largement sous-étudié, peu connu et développé. Néanmoins, il semblerait que la tendance soit en train de s'infléchir³². Certains auteurs ont pu constater une interpénétration mutuelle entre le droit public et le droit privé due à l'émergence d'un double mouvement³³. On perçoit, en effet, d'une part, une privatisation de l'action publique et, d'autre part, une imposition des règles et principes de droit public dans le cadre de relations privées³⁴. En droit public, l'émergence croissante des partenariats public-privé et des autres contrats publics témoigne de l'immixtion du droit privé dans la gestion de l'État. Dans le même temps, les principes d'égalité et de non-discrimination ainsi que les principes généraux de bonne gouvernance imposent à l'État d'intervenir de plus en plus afin de réguler les liens privés³⁵.

Il faut dès lors constater que les développements successifs du domaine du droit n'ont cessé de modifier la frontière déjà perméable entre ces deux disciplines juridiques. On a le sentiment qu'à l'heure actuelle, « les frontières de la *summa divisio* bougent, se brouillent »³⁶. Se crée alors, selon les termes de P. VAN OMMESLAGHE, « une sorte de *no man's land* entre ces deux territoires,

²⁷ Cass., 5 novembre 1920, *op. cit.*, p. 239.

²⁸ Cass., 5 novembre 1920, *op. cit.*, p. 220, concl. Proc. gén. P. LECLERCQ.

²⁹ J. VAN MEERBEECK, *op. cit.*, p. 25.

³⁰ M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, Bruges, La Charte, 2001, p. 39

³¹ F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en Private Rechtspersonen ? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, *op. cit.*, p. 2.

³² *Ibid.*, p. 3.

³³ E. HUISMAN, « Osmose tussen publiek- en privaatrecht », *Ars Aequi*, 1987, pp. 273-372.

³⁴ K. WAUTERS et T. CAMBIER, *op. cit.*, p. 149.

³⁵ F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en Private Rechtspersonen ? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, *op. cit.*, p. 2.

³⁶ A. VAN LANG, *op. cit.*, p. 34.

caractérisé par les matières qui s'y trouvent transportées mais aussi par l'application de méthodes inspirées du droit privé qui doivent être conjuguées avec les impératifs du droit public et du droit administratif »³⁷. Il est donc essentiel que les différentes forces du droit privé et du droit public entrent en collaboration afin de tenter d'organiser et de définir les différentes méthodes utilisées au sein de ce *no man's land* et relevant des deux disciplines³⁸.

Au regard de l'ensemble de ces développements, peut-on encore actuellement considérer que la *summa divisio* historique entre le droit public et le droit privé conserve une quelconque pertinence ? Présente-t-elle toujours un intérêt ?³⁹ À mon sens, le domaine juridique forme aujourd'hui un tout uniforme au sein duquel les influences et intrications sont nombreuses. Bien que les professionnels du droit aient tendance à s'identifier par rapport à l'une ou l'autre branche, il leur appartient de maîtriser tant les instruments du droit privé que ceux du droit public s'ils tiennent à exercer un droit qui soit juste, intégral et méticuleux. M. AGUILA énonce à ce propos qu'« *il y a une unité fondamentale du système juridique. Au-delà d'inévitables différences de méthodes ou de finalités, publicistes et privatistes partagent une grammaire commune* »⁴⁰. Il reprend d'ailleurs le propos quelque peu humoristique de GUY BRAIBANT selon lequel : « *Connaître le droit public sans connaître le droit privé, c'est un peu comme savoir ce qu'est un homme sans savoir ce qu'est une femme* »⁴¹.

L'objet de la présente étude se situe incontestablement dans le champ d'action du droit public en ce qu'il a pour ambition d'analyser les différents principes et règles de droit administratif encadrant l'action de l'autorité publique. Pour autant, il incombe de ne pas omettre, dans le cadre de cet examen, les influences du droit privé. Comme nous le mettrons en exergue, le droit public n'est plus un tout hermétique, il se nourrit et se développe aujourd'hui en prenant appui sur de nombreux instruments privés, notamment contractuels.

³⁷ P. VAN OMMEFLAGHE, « Le droit public existe-t-il ? », *op. cit.*, p. 62.

³⁸ *Ibid.*, p. 63.

³⁹ B. BONNET, *op. cit.*, p. 4.

⁴⁰ Y. AGUILA, *op. cit.*, p. 905.

⁴¹ *Ibid.*, p. 905.

Chapitre 2 - Objet et caractéristiques du droit administratif

Par son objet et son contenu, le droit administratif constitue une branche interne du droit public se situant dans le prolongement du droit constitutionnel⁴². En ce que le sujet de notre analyse s'inscrit principalement dans le champ de cette branche juridique, il convient d'en parcourir les différents éléments caractéristiques.

Section 1 – La définition du droit administratif

Le droit administratif n'a pas toujours fait l'unanimité au sein de la discipline juridique. Depuis son avènement lors de la seconde moitié du XX^e siècle, il a souvent été considéré comme aride, rébarbatif et trop compliqué à appréhender dans ses différentes nuances. Il faut néanmoins voir en celui-ci la possibilité de s'attarder sur des sujets à la fois sensibles et passionnants tels que le rôle de l'État, sa difficulté de positionnement au sein de l'Union européenne et sa dilution progressive au gré des réformes⁴³.

Définir le droit administratif semble être une tâche ardue. Un rapide coup d'œil aux ouvrages généraux en la matière permet de constater que les définitions à ce sujet sont foison⁴⁴. Une attention particulière peut toutefois être portée à la définition de LEON MOUREAU qui précise qu'il s'agit de « *la branche du droit public interne qui comprend les règles juridiques spéciales relatives à l'organisation et à l'activité des autorités, collèges et services chargés de pourvoir à la satisfaction des intérêts publics, ainsi qu'à la manière de mettre fin aux litiges suscités par cette activité*⁴⁵ ».

Comme cet auteur le souligne à juste titre, le droit administratif se compose d'un ensemble de normes juridiques organisant la mise en œuvre et l'exécution par les servants du pouvoir, les administrateurs de l'ensemble des principes et des règles conditionnant le fonctionnement de la société, tels que préalablement adoptés par les gouvernants ⁴⁶. « *Dire du droit administratif qu'il est aux servants du pouvoir ce que le droit constitutionnel est aux agents du pouvoir permet de démarquer ces deux branches du droit public*⁴⁷ ».

⁴² D. BATSELÉ et M. SCARCEZ, *op. cit.*, p. 17.

⁴³ A.-L. DURVIAUX, *Droit administratif – L'action publique*, t. I, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 9.

⁴⁴ M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 3.

⁴⁵ Cité par J. DEMBOUR, *Droit administratif*, Liège, Faculté de droit, 1978, p. 13.

⁴⁶ D. BATSELÉ et M. SCARCEZ, *op. cit.*, p. 18.

⁴⁷ P. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER et F. PIRET, *Éléments de droit administratif*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2013, p. 20.

Entre ces gouvernants, titulaires de l'organisation de la puissance publique et ces gouvernés « *s'intercalent [...] toute une série d'organes intermédiaires, de relais grâce auxquels la puissance publique ainsi exercée au centre peut atteindre sans s'affaiblir ni se diluer toutes les extrémités du pays*⁴⁸ ». L'ensemble de ces organes forme alors ce que l'on appelle plus communément « l'administration »⁴⁹.

Section 2 – L'action administrative

Se fondant sur la structure binaire classique entre la centralisation et la décentralisation, un ensemble de modèles institutionnels chargés de l'action administrative s'est mis en place. Les personnes publiques créées dans ce cadre sont soumises à un ensemble de règles et de principes régissant l'organisation, les compétences et le mode de fonctionnement des autorités administratives⁵⁰. La compréhension de ce paysage législatif, réglementaire et institutionnel permet d'apprivoiser le milieu dans lequel l'action administrative se développe⁵¹. Les administrations sont en effet « *des phénomènes centraux de la vie administrative, [d]es canaux par lequel se réalise toute l'activité administrative* »⁵².

Cette activité administrative concourt principalement à la réalisation du bien public⁵³, à la satisfaction de besoins d'intérêt général. Il s'agit là de la clé de voûte du droit administratif⁵⁴. Entendu dans un sens étroit, le concept d'intérêt général peut « *désigner tout besoin de la collectivité jugé suffisamment digne d'intérêt par l'autorité constitutionnellement compétente pour ce faire, avec cette conséquence qu'elle estime qu'il convient de tenter de le rencontrer de manière régulière et continue* »⁵⁵. L'obligation incombant à l'administration d'agir conformément à l'intérêt général peut se déduire de l'article 33 de la Constitution⁵⁶. Ce dernier précise que tous les pouvoirs émanent de la Nation⁵⁷, « *ce qui emporte l'obligation pour l'autorité de toujours poursuivre l'intérêt de la Nation, l'intérêt général* »⁵⁸.

⁴⁸ M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, op. cit., p. 5.

⁴⁹ P. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER et F. PIRET, op. cit., p. 20.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 21.

⁵¹ *Ibid.*, pp. 23-24.

⁵² J. DEMBOUR, op. cit., p. 18.

⁵³ P. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER et F. PIRET, op. cit., p. 24.

⁵⁴ A.-L. DURVIAUX, op. cit., p. 10.

⁵⁵ P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 332.

⁵⁶ Const., art. 33.

⁵⁷ P. GOFFAUX, op. cit., p. 331.

⁵⁸ C.E., 27 août 1991, Lens, n° 37.538, *Pas.*, 1993, p. 178 ; *T. Gem.*, 1993, p. 324.

En outre, les règles et principes sur lesquels repose le droit administratif soumettent l'administration à un régime spécial⁵⁹. Ce régime dérogatoire au droit commun s'écarte généralement du droit privé et plus particulièrement du droit civil qui régit habituellement les personnes privées ainsi que leurs relations⁶⁰. La mise en place d'un tel régime tient notamment à la nécessité de garantir cet intérêt général, pierre angulaire de l'administration⁶¹. À cette fin, l'autorité administrative jouit d'un ensemble de prérogatives de la puissance publique. Dans la logique du droit français à la base de notre droit administratif, il est en effet traditionnellement admis que l'administration dispose d'un ensemble de privilèges, droits et pouvoirs exorbitants dont les personnes privées ne peuvent se prévaloir⁶². On mentionnera notamment le principe du préalable, le principe de l'exécution d'office et l'immunité d'exécution des biens de l'administration⁶³. L'objet de ce travail ne nécessitant pas une analyse détaillée de ces privilèges, nous nous limiterons à cette évocation.

Il convient toutefois de souligner que l'administration est tenue au respect du principe de légalité. En effet, elle n'a d'autres pouvoirs que ceux qui lui sont accordés par la loi⁶⁴. Le principe de légalité étant absolu, il emporte que l'administration est soumise au droit : elle doit non seulement respecter les règles disciplinant son action mais également garantir l'État de droit en assurant aux administrés une application égalitaire des règles de droit⁶⁵.

Bien que l'enjeu de ce principe soit de préserver l'administré de tout risque d'arbitraire, il accorde néanmoins un pouvoir d'appréciation à l'administration : sa compétence sera liée ou discrétionnaire en fonction de la marge de manœuvre qui lui est donnée par la loi. Au final, ce principe n'est que l'expression particulière de l'obligation générale imposant à toute personne de respecter les règles de droit qui régissent les actions qu'elle entreprend. Il n'a pas la prétention de délimiter les contours du pouvoir de l'administration⁶⁶.

Ce régime spécial se caractérise également par l'imposition à l'administration d'un ensemble de sujétions. Il s'agit d'une série de contraintes que ne connaissent pas les particuliers⁶⁷.

⁵⁹ P. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER et F. PIRET, *op. cit.*, p. 20.

⁶⁰ D. BATSELÉ et M. SCARCEZ, *op. cit.*, p. 23.

⁶¹ P. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER et F. PIRET, *op. cit.*, p. 20.

⁶² D. BATSELÉ et M. SCARCEZ, *op. cit.*, p. 26.

⁶³ *Ibid.*, pp. 24-25.

⁶⁴ P. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER et F. PIRET, *op. cit.*, p. 22.

⁶⁵ D. BATSELÉ et M. SCARCEZ, *op. cit.*, p. 26.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 26-27.

⁶⁷ A.-L. DURVIAUX, *op. cit.*, p. 11.

Parmi celles-ci, on retrouve l'interdiction de renoncer à ses prérogatives, corollaire de l'obligation d'action en faveur de l'intérêt général⁶⁸.

C'est de la réunion de ces deux aspects, à savoir la jouissance de certaines prérogatives et l'astreinte à certaines servitudes, que l'on peut conclure que le droit administratif se démarque bien des autres branches du droit comme étant un droit d'exception⁶⁹.

Section 3 – Les spécificités du droit administratif

Afin de clôturer ce chapitre consacré aux caractéristiques essentielles, il convient encore de mettre en avant deux particularités du droit administratif concourant à sa spécificité.

D'une part, le droit administratif est en évolution constante. Comparé à d'autres branches du droit comme le droit civil ou le droit pénal, il peut être considéré comme un droit jeune⁷⁰. Il s'agit d'un droit changeant dont les mutations sont à mettre en perspective par rapport aux évolutions du régime politique. Élaboré dans le contexte d'un régime post-napoléonien réticent à l'exercice de toute forme de pouvoir, il a poursuivi son développement au gré de la croissance de l'interventionnisme étatique, se matérialisant par la mise en place d'activités, de services et de polices sans cesse plus nombreux. Les tâches et modes d'organisation de l'administration n'ont cessé de croître au fil des mutations sociétales, rendant nécessaire la diversification des autorités administratives. Le droit commun s'est vu adapté aux exigences de la chose publique. Tout cela a contribué à faire du droit administratif un droit autonome et original⁷¹.

Comme le souligne le professeur FLAMME, « *l'inégalité foncière des parties en présence et la nécessaire primauté de l'intérêt général expliquent les adaptations, voire les déviations, que le juge apporte au droit privé dans les litiges mettant en cause l'Administration* »⁷².

D'autre part, à l'instar du droit administratif français, le droit administratif belge ne fait l'objet d'aucune codification. Il n'existe pas de Code de droit administratif tel qu'on le conçoit en

⁶⁸ D. BATSELÉ et M. SCARCEZ, *op. cit.*, p. 27.

⁶⁹ P. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER et F. PIRET, *op. cit.*, p. 20.

⁷⁰ D. BATSELÉ et M. SCARCEZ, *op. cit.*, p. 29.

⁷¹ P. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER et F. PIRET, *op. cit.*, pp. 24-25.

⁷² M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 66.

droit civil ou en droit pénal. Seuls peuvent être recensés des coordinations officielles partielles ou des recueils officieux de dispositions législatives ou réglementaires⁷³.

L'importance des lois, décrets et règlements ne doit pas pour autant en être négligée. Une frénésie réglementaire a secoué le monde administratif au cours de ces trente dernières années. Suite à l'avènement du fédéralisme, les sources du droit administratif, composées au départ de quelques lois et arrêtés royaux, ont vu leur nombre augmenter de manière exponentielle. Cette multiplication des règles s'explique d'un côté, par l'éclatement des compétences administratives entre l'État et les collectivités fédérées et de l'autre, par le respect du principe de sécurité juridique qui, poussé à son paroxysme, révèle la nécessité sans cesse croissante d'adopter des règles écrites et techniques réglementant l'action de l'administration⁷⁴.

Dans le cadre particulier de notre étude, il conviendra notamment d'accorder une attention particulière aux sources doctrinales et jurisprudentielles⁷⁵. Le juge administratif est effectivement régulièrement amené à devoir interpréter les textes ou les principes qu'il doit appliquer dans le cadre du litige dont il est saisi⁷⁶. Le législateur pourra ensuite confirmer ou infirmer cette appréciation jurisprudentielle. Quant aux auteurs de doctrine, ils décèlent les principes découlant des solutions législatives et jurisprudentielles, suggérant, le cas échéant, les réformes utiles à adopter en ce sens⁷⁷.

L'ensemble de ces éléments rend l'accès au droit administratif et aux sources qui en sont la charpente peu aisé, nourrissant d'autant plus les critiques liées à son accessibilité et sa complexité.

⁷³ D. BATSELÉ et M. SCARCEZ, *op. cit.*, p. 29.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 30.

⁷⁵ P. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER et F. PIRET, *op. cit.*, p. 26.

⁷⁶ D. BATSELÉ et M. SCARCEZ, *op. cit.*, p. 29.

⁷⁷ P. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER et F. PIRET, *op. cit.*, p. 26.

Titre III – La contractualisation du secteur public

Il n'est plus envisageable, à l'heure actuelle, d'appréhender le droit public comme un droit autonome et indépendant des autres disciplines juridiques⁷⁸. Bien qu'une influence européenne se fasse ressentir⁷⁹, la source d'inspiration principale des publicistes demeure le droit privé. Cette aspiration s'illustre principalement par les moyens d'action retenus par l'administration. En effet, même si l'acte administratif unilatéral demeure l'instrument naturel de l'action administrative, force est de constater que les autorités ne cessent d'avoir recours aux instruments, principalement contractuels, issus du droit privé⁸⁰.

À l'aune de ces développements et évolutions, il est important de rappeler que la fonction essentielle de l'État est de satisfaire l'intérêt général. Cette notion gouverne, encadre et limite l'action administrative. Toutefois, cette quête de l'assouvissement de l'intérêt général ne s'accomplit plus nécessairement au moyen d'actes administratifs unilatéraux. En effet, au cours des dernières années, l'action unilatérale a de plus en plus été abandonnée au profit d'une bilatéralisation. La figure contractuelle n'a cessé de croître et d'attiser l'intérêt de l'État dans l'accomplissement de sa mission principale⁸¹.

Plusieurs facteurs sont à l'origine de cette volonté de recourir à l'instrument contractuel dans le cadre de l'action administrative⁸². « *Ils participent tous de l'idée de rationaliser le fonctionnement de l'administration, et d'améliorer son efficacité* »⁸³. Le présent titre donne un aperçu de ces différentes causes ainsi que de l'usage actuel du contrat en droit public et des diverses questions que cet outil suscite.

Chapitre 1^{er} – L'usage croissant du contrat en droit administratif à l'aune du développement des idées du *New Public Management*

L'administration s'est, durant longtemps, exprimée au moyen d'actes administratifs unilatéraux. La décision unilatérale est, en effet, l'instrument traditionnel de l'action administrative. Ce pouvoir permet à l'administration d'adopter des actes de portée individuelle ou

⁷⁸ K. WAUTERS et A. PERCY, « Le visage contractuel de l'administration », in P. D'ARGENT, D. RENDERS et M. VERDUSSEN, *Les visages de l'État, Liber Amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 821.

⁷⁹ K. WAUTERS, B. DELVAUX et B. VANHEUSDEN, *Invloed van het EU-recht op het Belgisch bestuursrecht*, Bruges, die Keure, 2014, 319 pp.

⁸⁰ K. WAUTERS et A. PERCY, *op. cit.*, p. 821.

⁸¹ Y. MARIQUE et J. PIERET, *op. cit.*, pp. 346-347.

⁸² K. WAUTERS et A. PERCY, *op. cit.*, p. 823.

⁸³ *Ibid.*, p. 823.

règlementaire obligatoires qui ont pour vocation de modifier l'ordonnancement juridique⁸⁴ « *en ce sens que le contenu de l'acte s'impose aux destinataires de celui-ci sans que leur consentement ne soit requis* »⁸⁵.

Bien qu'indispensable pour assurer le bon fonctionnement de l'administration et l'accomplissement de ses missions essentielles, cet instrument unilatéral s'est avéré insuffisant, voire incapable d'apporter une réponse satisfaisante à l'ensemble des situations juridiques auxquelles les pouvoirs publics sont confrontés chaque jour⁸⁶. « *Le droit, en constante évolution, répond aux exigences d'un monde en perpétuel mouvement* »⁸⁷. Les évolutions des volontés, des branches du droit et du rôle de l'État requéraient un changement de perspective⁸⁸.

Pour autant, cet usage du contrat dans l'action administrative n'est pas nouveau. Les *Pandectes belges* faisaient déjà référence aux notions de « *marchés publics* » et de « *concessions* »⁸⁹. Ce n'est toutefois qu'au sortir des deux guerres mondiales que la contractualisation de l'administration a pris davantage d'ampleur. Le contrat était alors vu comme un outil destiné à soutenir la politique économique et sociale afin d'aider notre pays à sortir de la crise⁹⁰. Comme l'administration souhaite encourager la croissance économique, il est logique qu'elle adopte, pour ce faire, une position plus interventionniste⁹¹.

Les années 80 ont ensuite été marquées par l'émergence des idées du *New Public Management* (ci-après en abrégé « *NPM* »), de nouvelle gouvernance publique qui ont mené à une transformation du secteur public, principalement économique⁹². Ce phénomène se caractérise par le développement d'un ensemble d'instruments destinés, d'une part, à renforcer l'implication du citoyen dans la gouvernance publique et, d'autre part, à transférer les principes et techniques de gestion du marché du secteur privé au secteur public, en raison de l'influence d'une compréhension

⁸⁴ *Ibid.*, p. 822.

⁸⁵ P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 187.

⁸⁶ K. WAUTERS et A. PERCY, *op. cit.*, p. 822.

⁸⁷ K. WAUTERS et T. CAMBIER, *op. cit.*, p. 173.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 173.

⁸⁹ K. WAUTERS et A. PERCY, *op. cit.*, p. 822.

⁹⁰ C. CAMBIER, « Les contrats de programme », in *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 439.

⁹¹ CH. DEL MARMOL, « Réflexions sur l'utilisation des techniques contractuelles dans la vie des affaires », *J.T.*, 1973, p. 69.

⁹² M.-S. DE VRIES et J. NEMEC, « The Development of New Public Management in Transition Countries », in M.-S. DE VRIES et J. NEMEC, *Implementation of New Public Management Tools*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 9-10.

néo-libérale de l'État et de l'économie⁹³. Parmi les différents outils développés dans le cadre du *NPM*, on retrouve notamment les phénomènes d'externalisation et de contractualisation qui s'inscrivent dans un contexte idéologique dominé par les idées de privatisation⁹⁴ et de dérégulation⁹⁵, conséquence d'une perte de confiance en la capacité de l'État à assurer de façon optimale sa fonction de redistribution⁹⁶. Les autorités publiques belges ont souhaité réformer le fonctionnement des administrations afin d'en améliorer la performance⁹⁷. C'est également dans ce cadre que le recours et l'influence des partenariats public-privé se sont renforcés⁹⁸.

Depuis lors, l'administration fait appel au contrat pour réaliser certaines tâches qui lui sont dévolues⁹⁹. Elle parvient ainsi à contourner plus facilement les obstacles liés à l'application du droit public en s'offrant un panel d'instruments de droit privé diversifiés et empreints d'une certaine forme de souplesse¹⁰⁰.

Le recours aux instruments contractuels semble donc aujourd'hui s'être généralisé dans l'ensemble de la sphère publique¹⁰¹. Le droit privé, longtemps considéré comme un droit en déclin, se réserve à présent, paradoxalement, une place de choix au sein du droit public¹⁰². Le contrat a acquis un certain crédit dans de nombreux domaines d'action de l'administration. On soulignera son influence dans les relations entre l'administration et les personnes privées, dans l'organisation des services publics, dans la gestion des biens et des ressources humaines mais également dans la coopération entre autorités publiques ou entre autorités publiques et privées¹⁰³.

En somme, la réalité du phénomène de contractualisation ne peut plus être niée. Par conséquent, l'on peut se questionner sur la pertinence de la *summa divisio* droit privé - droit public. Le rôle de l'État a subi de profondes mutations : n'est-il pas désormais conditionné par les principes économiques et de marché dans la prise de décision en vue de satisfaire l'intérêt général ? S'il est

⁹³ W. DRECHSLER et T. RANDMA-LIIV, *op. cit.*, p. 33.

⁹⁴ D. YERNAULT, « Constitution, privatisations et pouvoirs spéciaux : un débat oublié », *op. cit.*, p. 3.

⁹⁵ P. QUERTAINMONT, « Les entreprises publiques autonomes – un bilan de l'application de la loi du 21 mars 1991 », *R.D.C.*, 1996, p. 511.

⁹⁶ Y. MARIQUE et J. PIERET, *op. cit.*, p. 355.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 355.

⁹⁸ W. DRECHSLER et T. RANDMA-LIIV, *op. cit.*, p. 34.

⁹⁹ J. DEBIÈVRE, « Het convenant als beleidsinstrument naar Belgisch recht : achtergrond en recente evolutie », *T.V.W.*, 2002, p. 362.

¹⁰⁰ K. WAUTERS et A. PERCY, *op. cit.*, p. 823.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 825.

¹⁰² P. VAN OMMESLAGHE, « Le droit public existe-t-il ? », *op. cit.*, p. 238.

¹⁰³ K. WAUTERS et A. PERCY, *op. cit.*, p. 825.

certes encore possible d'identifier des objectifs et caractéristiques propres à l'action publique, la question mérite d'être gardée à l'esprit¹⁰⁴. Seule l'évolution future de la doctrine et de la jurisprudence y apportera une réponse plus certaine.

Chapitre 2 – Les nouveaux instruments contractuels de l'administration : analyse du statut du contrat en droit administratif

Bien que l'on puisse constater avec évidence que le contrat ne cesse de proliférer dans les modes de gestion du service public¹⁰⁵, le fondement de la compétence de l'administration pour y avoir recours demeure pour le moins incertain¹⁰⁶. Nombreuses sont les controverses à ce sujet. Elles n'ont, hélas, à ce jour, pas encore trouvé de réponses ou de confirmations concordantes, expresses et convaincantes dans la doctrine et la jurisprudence.

Section 1 – Le fondement de la compétence de l'administration pour conclure des contrats

Au contraire du pouvoir législatif qui jouit de la plénitude des compétences, le pouvoir exécutif n'a, en vertu de l'article 105 de la Constitution, que les pouvoirs qui lui sont formellement attribués par celle-ci ou par des lois particulières. Il ne dispose que d'un pouvoir d'attribution et d'exécution des lois¹⁰⁷ qui ne lui permettent pas d'agir en dehors d'une habilitation constitutionnelle ou législative. Par conséquent, l'administration ne peut adopter un acte administratif unilatéral afin d'exercer ses compétences que si elle y a été expressément autorisée par ou en vertu d'une loi.

Bien que des textes imposent aux pouvoirs publics de recourir exclusivement aux actes unilatéraux afin d'exercer leurs compétences, l'on est en droit de se demander si ceux-ci disposent d'une liberté de choix absolue pour la voie contractuelle lorsqu'un tel texte fait défaut. Certains auteurs estiment que le simple fait que les autorités publiques disposent de la capacité juridique suffit à fonder leur compétence pour contracter. Cette capacité contractuelle découle des prérogatives attachées à la reconnaissance d'une personnalité juridique¹⁰⁸. Comme le soulignait M. PAQUES, c'est « *l'attribution de la personnalité juridique [qui] confère en principe la capacité de conclure des contrats* »¹⁰⁹. La reconnaissance d'une personnalité juridique aux autorités publiques

¹⁰⁴ Y. MARIQUE et J. PIERET, *op. cit.*, p. 361.

¹⁰⁵ L.A. WAUTIER, « Y a-t-il, en droit belge, des contrats administratifs ? », *J.T.*, 1956, p. 65.

¹⁰⁶ K. WAUTERS et A. PERCY, *op. cit.*, p. 826.

¹⁰⁷ Const., art. 108.

¹⁰⁸ K. WAUTERS et A. PERCY, *op. cit.*, p. 826.

¹⁰⁹ M. PAQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 147.

leur attribue une capacité pleine et entière¹¹⁰ et donc, *a fortiori*, une capacité contractuelle, sans que cela ne doive être prévu par un texte spécifique.

Selon D. DEOM, ce principe n'est pas remis en cause lorsque des textes reconnaissent expressément aux autorités la possibilité de recourir aux techniques contractuelles. Elle considère que ces habilitations ne fondent pas la compétence de l'administration mais servent simplement de balises dans le cadre de la conclusion de tels contrats¹¹¹.

Certains auteurs du nord du pays ne partagent toutefois pas ce point de vue. Ils considèrent que l'administration doit justifier sa compétence au moyen d'une base légale si elle souhaite recourir au contrat pour accomplir, en vertu de l'article 33 de la Constitution, ses missions d'intérêt général¹¹². Ils fondent leur raisonnement sur l'article 105 de la Constitution¹¹³ et avancent la thèse selon laquelle, si l'intérêt général a vocation de primer sur les intérêts particuliers, cet objectif ne peut être atteint en ayant recours à un instrument qui, par définition, tend à garantir une égalité entre les différentes parties contractantes.¹¹⁴

Cette thèse peut néanmoins être réfutée. En effet, lorsqu'une autorité s'est vu accorder une compétence matérielle, il lui incombe de régler cette situation de la façon la plus optimale. L'administration dispose pour ce faire d'un pouvoir discrétionnaire¹¹⁵. Selon A. BUTTGENBACH, « *il n'y a aucune raison d'empêcher l'administration de recourir aux procédés du droit privé s'ils lui paraissent plus avantageux pour le service public, sauf évidemment dans le cas où ce recours est interdit par la loi* »¹¹⁶. Dès lors, l'administration dispose de divers instruments afin de servir l'intérêt général et parmi ceux-ci, l'acte bilatéral¹¹⁷. Elle pourra opter soit pour le contrat soit pour l'acte unilatéral, « *précisément parce qu'elle est amenée à servir l'intérêt général* »¹¹⁸, sans qu'une base légale soit nécessaire.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 148

¹¹¹ D. DEOM, « Les instruments du droit administratif à l'épreuve des « partenariats public-privé » (P.P.P.) », in B. LOMBAERT (sous la dir. de), *Les partenariats public-privé (P.P.P.)*, Bruxelles, La Charte, 2005, p. 202-203.

¹¹² K. WAUTERS et A. PERCY, *op. cit.*, p. 827.

¹¹³ D. D'HOOGHE et F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke private samenwerking*, Bruges, die Keure, 2003, p. 21.

¹¹⁴ K. WAUTERS et A. PERCY, *op. cit.*, p. 829.

¹¹⁵ M. PAQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, *op. cit.*, p. 146.

¹¹⁶ A. BUTTGENBACH, *Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1952, p. 112.

¹¹⁷ K. WAUTERS et A. PERCY, *op. cit.*, p. 828.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 828.

La question se pose toutefois de savoir dans quelle mesure l'autorité peut librement faire usage de l'instrument contractuel¹¹⁹. Cette problématique a été traitée par M. PAQUES dans sa thèse de doctorat défendue à la Faculté de Droit de l'Université de Liège. Il considère, en substance, que l'administration ne peut recourir au contrat lorsqu'elle dispose de prérogatives d'action unilatérale, afin notamment de garantir le respect et l'application de la loi du changement et de l'intérêt général¹²⁰. S'opposant à cette conclusion, d'autres auteurs consacrent l'application de la théorie du libre choix de la voie contractuelle¹²¹. Ils considèrent que l'autorité administrative dispose d'un choix dans ses moyens d'action pour autant que cette décision ne porte pas atteinte aux dispositions de droit impératives, aux principes généraux de droit ni ne prive ou n'empiète sur les compétences propres d'autres autorités¹²². En outre, il découle du principe d'indisponibilité des compétences administratives¹²³ que ce choix ne peut provoquer un transfert de compétences ou une limitation par l'autorité de sa liberté d'appréciation¹²⁴.

Dès lors, bien que la capacité des autorités publiques de conclure un contrat soit incontestable, cette liberté de choix n'est pas absolue. La voie contractuelle sera envisageable à moins qu'elle ne soit expressément ou implicitement interdite par le législateur. Certains domaines échappent, en effet, à la possibilité d'une contractualisation et renvoient de la sorte à la notion de pouvoirs dits « régaliens »¹²⁵. Constituent en outre toujours des actes réglementaires les mesures d'organisation et de fonctionnement du service public ou les missions d'ordre public touchant à la police administrative¹²⁶.

Section 2 – Le régime juridique applicable aux contrats conclus par l'administration et les divergences d'opinions doctrinales

Le discours juridique est parsemé des termes « contrat » ou « convention ». Néanmoins, le régime juridique qu'il convient de leur attribuer demeure quelque peu indéterminé¹²⁷.

¹¹⁹ P. QUERTAINMONT, « Les nouveaux instruments contractuels utilisés par l'administration et la compétence du juge administratif », *T.B.P.*, 2000, p. 43.

¹²⁰ M. PAQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, *op. cit.*, pp. 347-379.

¹²¹ P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 643.

¹²² P. QUERTAINMONT, « Les nouveaux instruments contractuels utilisés par l'administration et la compétence du juge administratif », *op. cit.*, p. 43.

¹²³ P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 644.

¹²⁴ K. WAUTERS et A. PERCY, *op. cit.*, p. 828.

¹²⁵ Y. MARIQUE et J. PIERET, *op. cit.*, p. 353.

¹²⁶ P. QUERTAINMONT, « Les nouveaux instruments contractuels utilisés par l'administration et la compétence du juge administratif », *op. cit.*, p. 43.

¹²⁷ Y. MARIQUE et J. PIERET, *op. cit.*, p. 349.

En principe, si l'administration décide d'avoir recours aux instruments de droit privé, elle est également tenue de faire application des règles de droit privé et ce, en vertu du principe de légalité¹²⁸. Afin de déterminer le régime juridique des contrats publics, la théorie du contrat administratif fait traditionnellement la distinction entre les contrats de l'administration et les contrats administratifs¹²⁹. Les contrats de l'administration sont conclus par l'administration lorsqu'elle agit en tant que particulier alors que les contrats administratifs sont conclus par celle-ci lorsqu'elle accomplit ses missions d'intérêt général¹³⁰. Tous deux sont en principe régis par le droit privé avec une nuance pour les contrats administratifs lorsque des règles de droit administratif dérogent aux dispositions du droit civil¹³¹.

Néanmoins, une tendance doctrinale tend à relativiser cette distinction entre les contrats administratifs et les contrats de l'administration¹³². Cette distinction trouve, en effet, sa source dans le droit français pour lequel elle sert d'indicateur pour la répartition des compétences entre les juridictions judiciaires et administratives. Ce critère de différenciation ne trouve toutefois pas à s'appliquer en Belgique où la théorie qui prévaut est celle de l'objet direct et véritable du litige. En vertu de celle-ci, il convient d'examiner l'objet de la demande afin de déterminer si un litige entre une autorité administrative et un citoyen relève de la compétence du Conseil d'État ou des juridictions de l'ordre judiciaire, le tout en sachant que la Constitution réserve la protection des droits subjectifs à la seule compétence du juge judiciaire¹³³.

En outre, certains auteurs estiment que l'on ne peut « *prétendre que seul le droit civil s'applique aux contrats de l'administration* »¹³⁴. Il ne faut pas perdre de vue le fait que l'administration a toujours vocation à assouvir l'intérêt général, peu importe les moyens d'action ou la position qu'elle adopte. Dès lors, cet objectif de satisfaction de l'intérêt général serait inhérent

¹²⁸ K. WAUTERS et A. PERCY, *op. cit.*, p. 829.

¹²⁹ P. WIGNY, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1953, pp. 251-287.

¹³⁰ N. PORTUGAELS, « Enkele knelpunten bij een dading op de grens tussen het privaats- en publiekrecht », *T.B.P.*, 2014, p. 221.

¹³¹ D. RENDERS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 414.

¹³² A. VANDEBURIE, D. DE VALKENNEER et K. WAUTERS, « La modification unilatérale du contrat public », in K. WAUTERS (coord.), *La modification unilatérale des contrats*, coll. « Recyclages en droit », Limal, Anthémis, 2018, p. 109. Voir notamment à ce sujet : K. WAUTERS et A. PERCY, *op. cit.*, pp. 821-856 ; D. D'HOOGHE, « Overeenkomsten met de overheid », in M. STORME, Y. MERCHERS et J. HERBOTS (sous la dir. de), *De overeenkomst vandaag en morgen*, Anvers, Kluwer, 1990, pp. 131-133 ; D. D'HOOGHE et F. VANDENDRIESCHE, *Publieke en Private samenwerking*, *op. cit.*, pp. 39 et s. ; M. DE GROOT, « De subsidieovereenkomst in een stroomversnelling : mogelijkheden en beperkingen », *T.B.P.*, 2014, pp. 204 et 205.

¹³³ Const., art. 144 et 145.

¹³⁴ K. WAUTERS et A. PERCY, *op. cit.*, p. 829.

à tous les contrats publics et, en ce compris, les contrats de l'administration¹³⁵. Par conséquent, certaines règles de droit public pourraient également s'appliquer dans le cadre de la conclusion et de l'exécution de ces contrats¹³⁶.

Tel qu'il est régi par le Code civil, le contrat repose sur deux caractéristiques essentielles : un accord de volonté dont l'objet est de produire des effets de droit¹³⁷. La conclusion d'un tel contrat est encadrée par le respect de quatre principes cardinaux : le principe de consensualisme, le principe de convention-loi, le principe de l'autonomie de la volonté et le principe de la relativité¹³⁸. En l'espèce, on peut se demander si leur respect s'impose également à la conclusion de contrats publics.

Le principe de liberté contractuelle découle du principe de l'autonomie de la volonté. Ces principes consacrent l'idée selon laquelle les parties contractantes disposent d'une certaine liberté dans le processus de conclusion de leur contrat, sous réserve de ne pas porter atteinte à l'ordre public, aux bonnes mœurs¹³⁹ ainsi qu'aux lois impératives¹⁴⁰. Néanmoins, les autorités administratives disposent d'une liberté contractuelle moins étendue que celle des personnes privées¹⁴¹. En effet, le principe de spécialité, qui impose aux personnes de droit d'agir dans le cadre des compétences qui leur sont dévolues, est « renforcé » en droit public¹⁴². Une autorité publique « *n'est habilitée à conclure des contrats que dans la mesure où ils sont de nature à réaliser les compétences qui lui sont expressément attribuées* »¹⁴³.

En outre, l'autorité administrative n'est pas libre de choisir son co-contractant. En effet, comme elle agit toujours dans l'intérêt général, l'autorité est tenue de tenir compte de l'opinion de l'ensemble des citoyens et des soumissionnaires. Implicitement, elle doit donc respecter le principe d'égalité de traitement¹⁴⁴.

¹³⁵ C. CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, p. 266.

¹³⁶ D. RENDERS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 414.

¹³⁷ C. Civ., art. 1101.

¹³⁸ P. VAN OMMESELAGHE, *Traité du droit civil belge, Les obligations*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 167 et s.

¹³⁹ C. Civ., art. 6.

¹⁴⁰ Cass., 9 décembre 1958, *Pas.*, I, 1948, p. 355.

¹⁴¹ K. WAUTERS et A. PERCY, op. cit., p. 830.

¹⁴² M. PAQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, op. cit., pp. 148-149.

¹⁴³ K. WAUTERS et A. PERCY, op. cit., p. 831.

¹⁴⁴ K. WAUTERS, « Zin of onzin van een leer van het administratief contract in België », in K. DEKETELAERE, D. D'HOOGHE et A. DRAYE, *Liber amicorum Marc Boes*, Bruges, die Keure, 2011, p. 594

Lorsqu'une des parties au contrat est une autorité administrative, le principe de convention-loi a une portée plus restreinte que celle définie à l'article 1134 du Code civil¹⁴⁵. Au vu des prérogatives qui lui sont octroyées en vue de réaliser l'intérêt général, il convient de se demander si l'autorité administrative, en sa qualité de partie au contrat, ne dispose pas d'un pouvoir de modification ou de résiliation unilatérale du contrat¹⁴⁶. Une partie de la doctrine considère qu'il convient d'appliquer le principe de mutabilité et de considérer qu'une autorité administrative est en droit de modifier unilatéralement le contrat qu'elle a conclu si l'intérêt général le requiert¹⁴⁷ et pour autant que cela n'entraîne pas de modification de l'objet du contrat¹⁴⁸. « *Elle ne peut être admise que dans les limites du raisonnable* »¹⁴⁹. *A contrario*, d'autres auteurs considèrent que toute modification unilatérale d'un contrat doit se fonder sur une habilitation légale ou contractuelle¹⁵⁰. Ils estiment que lorsqu'une autorité administrative opte pour l'instrument contractuel, elle renonce à ses prérogatives exorbitantes et donc à sa compétence réglementaire unilatérale.¹⁵¹

En ce qui concerne le pouvoir de résiliation, la Cour de cassation a admis¹⁵² qu'il puisse être mis fin aux concessions de service et aux concessions domaniales de manière unilatérale si l'intérêt général le justifie. « *On peut considérer que le droit de mettre fin unilatéralement à un contrat est justifié par les tâches d'intérêt général que l'autorité est amenée à accomplir. [...], la décision de rompre le contrat, pour un motif d'intérêt général, apparaît comme le miroir de la décision d'attribution du contrat* ». ¹⁵³

Section 3 – Les recours juridictionnels

En cas de litige entre les différents signataires du contrat, la question des recours pose davantage problème. On peut se demander s'il sera possible de saisir un juge et, le cas échéant, s'il s'agira du juge judiciaire ou du juge administratif.

¹⁴⁵ K. WAUTERS et A. PERCY, *op. cit.*, p. 831.

¹⁴⁶ *Ibid.*, pp. 831-832.

¹⁴⁷ D. RENDERS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 373.

¹⁴⁸ P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 410.

¹⁴⁹ B. GORS, « Le principe de mutabilité », in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, FR. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK (sous la dir. de), *Le service public, Les « lois » du service public*, t. II, Bruxelles, La Charte, 2009, p. 135.

¹⁵⁰ D. D'HOOGHE et M. GELDERS, « De eenzijdige wijziging van met de overheid gesloten contracten : overheidsopdrachten, publiek-private samenwerkingscontracten en concessies van openbare dienst », in X, *Le droit des affaires en évolution. La modification unilatérale du contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 105-107.

¹⁵¹ D. D'HOOGHE, « Overeenkomsten met de overheid », in M. STORME, Y. MERCHIERS et J. HERBOTS (sous la dir. de), *De overeenkomst vandaag en morgen*, Anvers, Kluwer, 1990, p. 135.

¹⁵² Cass., 4 septembre 1958, Pas., 1950, I, p. 6 ; Cass., 31 mai 1978, Pas., 1978, I, p. 1159.

¹⁵³ K. WAUTERS et A. PERCY, *op. cit.*, p. 833.

En effet, comme le soulignait M. PAQUES dans sa thèse, « *quand l'État s'engage, la quête du tiers sanctionnateur s'arrête logiquement à la souveraineté* »¹⁵⁴. L'État est en principe souverain et insoumis. Les accords qu'il passe procèdent toujours d'une décision étatique. Seule l'action unilatérale est en principe compatible avec cette idée de souveraineté. L'engagement contractuel implique une forme de soumission en principe incohérente avec l'exercice d'un pouvoir souverain¹⁵⁵.

En vertu des articles 144 et 145 de la Constitution, les contestations qui portent sur des droits civils et politiques relèvent exclusivement de la compétence des Cours et tribunaux ordinaires. Ces derniers sont donc compétents pour les litiges relatifs aux droits subjectifs. L'article 14, §1^{er} des lois coordonnées sur le Conseil d'État¹⁵⁶ précise, quant à lui, que le Conseil d'État ne peut être saisi que de contestations portant sur des actes administratifs unilatéraux, individuels ou réglementaires, émanant d'autorités administratives.

Afin de déterminer si une contestation relève de la compétence des juridictions judiciaires ou administratives, la Cour de cassation¹⁵⁷ a développé la théorie dite de l'objet direct et véritable du litige. S'il est établi qu'une réclamation a pour objet direct et véritable un droit subjectif, le Conseil d'État sera contraint de se déclarer incompétent. Un tel droit subjectif existe lorsqu'une autorité administrative ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire, d'aucune marge de manœuvre, c'est-à-dire lorsqu'elle est pleinement liée dans toutes les conditions d'exercice de son pouvoir. Selon M. PAQUES, il existe deux situations dans lesquelles on peut identifier l'existence d'un droit subjectif : premièrement, lorsque le citoyen est en mesure d'exiger un certain comportement, une certaine performance de la part de l'autorité administrative et, deuxièmement, lorsque cette autorité est priée de s'abstenir de porter atteinte à un droit particulier¹⁵⁸.

La question de la compétence du Conseil d'État demeure toutefois épineuse. « *Si un recours en annulation dirigé contre les différents contrats conclus entre les personnes de droit public, c'est-à-dire le contenu même du contrat, ne paraît pas envisageable, ceci n'exclut pas pour autant*

¹⁵⁴ M. PAQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, op. cit., p. 34.

¹⁵⁵ *Ibid.*, pp. 34-35.

¹⁵⁶ Lois coordonnées sur le Conseil d'État du 12 janvier 1973, M.B., 21 mars 1973, p. 3461.

¹⁵⁷ Cass., 27 novembre 1952, Arr.Cass., 1953, p. 164.

¹⁵⁸ M. PÂQUES, *Principes de contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 124-131, cité par K. WAUTERS, « De leer van de afsplitsbare rechtshandeling: ook toepasselijk na de gunning van de overheidsvereenkomst », *L'entreprise et le droit*, 2017, p. 335.

toute possibilité de recours se rapportant à des actes relatifs au même contrat »¹⁵⁹. En effet, soucieux d'offrir un juge aux contestations portant sur la régularité de décisions administratives liées au contrat afin de garantir une protection juridique optimale du citoyen, le Conseil d'État, s'inspirant de son homologue français, a développé la théorie dite de l'acte détachable¹⁶⁰. Depuis un arrêt Rudelopt¹⁶¹, le Conseil d'État se considère compétent pour connaître des actes juridiques administratifs qui se détachent du contrat conclu par une autorité administrative parce qu'ils précèdent ou parfont l'exécution de celui-ci¹⁶².

Les contrats publics sont, en effet, entourés d'un ensemble d'actes qui les précèdent ou les suivent. Ces décisions ne se confondent pas avec le contrat mais constituent des actes administratifs unilatéraux susceptibles de faire l'objet « d'un contrôle juridictionnel porté devant le juge de l'excès de pouvoir »¹⁶³. Ils ont pour caractéristique d'être « une manifestation de volonté de l'administration au cours d'un processus contractuel »¹⁶⁴.

Il convient toutefois de souligner que les hypothèses dans lesquelles le Conseil d'État pourra se déclarer compétent sont rares. Toute décision relative à l'exécution ou à la résiliation d'un contrat procède généralement de la mise en œuvre des différentes clauses contractuelles et met donc en cause un droit subjectif de nature civile. Ce n'est que lorsque l'administration fera usage de son *imperium*, de ses prérogatives de puissance publique qu'un acte juridique détachable apparaîtra¹⁶⁵.

A contrario, le Conseil d'État s'est toujours refusé de connaître des décisions adoptées par une autorité administrative dans le cadre de l'exécution du contrat. Il considère que ces actes adoptés durant la mise en œuvre de la convention ne s'apparentent pas à des actes juridiques divisibles. De plus, ce changement n'est généralement pas porté à la connaissance des tiers au contrat : ils ne sont donc pas en mesure de contester les amendements à un accord en cours. En

¹⁵⁹ M. PAQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, op. cit., p. 49.

¹⁶⁰ K. WAUTERS, « De leer van de afsplitsbare rechtshandeling: ook toepasselijk na de gunning van de overheidsovereenkomst », op. cit., p. 327.

¹⁶¹ C.E. (XIIIème Ch.), 25 septembre 2007, Rudelopt, n° 174.964, A.P.T., 2009, p. 191.

¹⁶² A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Anvers, Kluwer, 2012, pp. 1134-1136.

¹⁶³ C.E. (XVème Ch.), 22 novembre 2007, SA Telenet Bidco, n° 177.029, Rev. dr. commun., 2008, p. 69.

¹⁶⁴ M. PAQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, op. cit., p. 189.

¹⁶⁵ K. WAUTERS, « De leer van de afsplitsbare rechtshandeling: ook toepasselijk na de gunning van de overheidsovereenkomst », op. cit., p. 342.

outre, même si les tiers ont eu connaissance de cette modification, il y a peu de chance que leur contestation obtienne, *in fine*, un quelconque résultat¹⁶⁶.

En 2008, la Cour de justice a toutefois développé une nouvelle approche de cette question en matière de marchés publics. Dans sa doctrine *Pressetext*¹⁶⁷, la Cour a en effet jugé que la décision prise par un pouvoir adjudicateur de modifier les dispositions d'un contrat au cours de son exécution s'apparente à une nouvelle décision d'attribution dans le cas où ces modifications altèrent les caractéristiques initiales du contrat et démontrent, par-là, la volonté d'une partie de renégocier les termes substantiels de l'accord¹⁶⁸.

En 2014, diverses directives relatives à la passation des marchés publics et des concessions ont été adoptées. L'article 72 de la directive 2014/24/UE¹⁶⁹ précise les cas dans lesquelles les décisions de modification du contrat adoptées par le pouvoir adjudicateur doivent donner lieu à l'organisation d'une nouvelle procédure de passation. Il ressort clairement de cette disposition que la décision de modification d'un contrat doit être apparentée à une nouvelle décision d'attribution et dès lors, en droit belge, à un acte juridique divisible. On constate donc que le droit de l'Union européenne a tenté, par sa jurisprudence et sa législation, d'inciter le Conseil d'État à agir davantage lorsqu'un pouvoir adjudicateur adopte des décisions implicites ou explicites lors de l'exécution du contrat¹⁷⁰.

Force est néanmoins de constater que, malgré ces efforts, le Conseil d'État semble faire abstraction de la jurisprudence *Pressetext*. Pour autant, une référence spécifique à cette doctrine n'est pas indispensable pour justifier la compétence du Conseil d'État. En effet, le Professeur FLAMME plaide, depuis 1969, pour la reconnaissance d'une telle compétence lorsqu'un tiers lésé par la modification du contrat souhaite en demander la suspension ou l'annulation. Il estime que ce tiers agit, non pas dans le but de restaurer ses droits subjectifs lésés, mais dans le but de rétablir la légalité. Il n'y a donc, selon lui, aucun obstacle à la reconnaissance de la compétence du Conseil d'État¹⁷¹.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 344.

¹⁶⁷ C.J.U.E., 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur*, *Rec.*, pp. I-4447 et s.

¹⁶⁸ K. WAUTERS, « De leer van de afsplitsbare rechtshandeling: ook toepasselijk na de gunning van de overheidsvereenkomst », *op. cit.*, p. 342.

¹⁶⁹ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, *J.O.U.E.*, 23 mars 2014, L 94, pp. 65 et s.

¹⁷⁰ K. WAUTERS, « De leer van de afsplitsbare rechtshandeling: ook toepasselijk na de gunning van de overheidsvereenkomst », *op. cit.*, p. 343.

¹⁷¹ M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1969, pp. 453-454.

En outre, le Conseil d'État s'est déjà lui-même reconnu compétent pour connaître des décisions de modification du contrat en cours d'exécution¹⁷². Cette modification engendre en effet, corrélativement, une nouvelle décision d'attribution qui, en tant qu'acte administratif unilatéral, peut être contestée devant lui¹⁷³.

À cet égard, il convient de souligner une évolution récente de la jurisprudence du Conseil d'État en matière de marchés publics. En l'espèce, un marché public avait été conclu entre le Collège des Bourgmestre et Échevins de la Ville de Bruxelles et la société Clear Channel pour l'entretien et le remplacement de l'ancien mobilier urbain. La mise en place de certains meubles nécessitait la délivrance préalable de permis d'urbanisme. Or, Clear Channel a débuté la mise en place de certaines installations sans être en possession de tels permis. Contrainte de suspendre l'installation du mobilier en raison de l'absence d'autorisations, la société sollicite une prolongation de la durée du contrat auprès de la Ville de Bruxelles. Se fondant sur l'article 54 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013¹⁷⁴, le Collège des Bourgmestre et Échevins fait droit à la demande de prolongation jusqu'au 15 décembre 2021. Néanmoins, le 3 octobre 2019, le Collège se rend compte qu'il a commis une erreur dans sa décision : il décide de la corriger et de limiter la période de prolongation au 15 novembre 2021. Cet acte litigieux a fait l'objet d'une demande de suspension auprès du Conseil d'État¹⁷⁵.

Afin de refuser ou non d'exercer sa compétence, le Conseil d'État estime devoir vérifier si la décision en cause constitue bien une modification du contrat en cours. Pour ce faire, il doit établir l'existence d'un incident au sens de l'article 54 précité et d'un dommage. Le Conseil d'État a conclu que *« l'examen effectué en extrême urgence ne permet pas de vérifier [...] ni l'incident d'exécution qui justifierait une modification du marché actuellement en cours, ni le préjudice résultant de cet incident, que cette modification tendrait à réparer. Le premier acte attaqué ne peut ainsi s'analyser en une modification du marché actuellement en cours. [...] Il n'apparaît donc, prima facie, pas constituer une décision prise au titre de l'exécution du contrat liant la partie adverse à l'intervenante dans le cadre de ce marché en cours et qui, pour cette raison, échapperait*

¹⁷² C.E., 4 juillet 1967, NV Ondernemingen Jan de Nul, n° 12.511, inédit, cité par K. WAUTERS, « Zijn er dan toch meer afsplitsbare rechtshandelingen dan eerst gedacht ? », note sous C.E., 3 mars 2020, s.a. J./ la Ville de Bruxelles, n° 247.196, T.B.O., 2020, pp. 494-504. ; C.E., 8 janvier 1993, SC Société Régionale du logement du Borinage, n° 41.519, R.A.C.E., 1993, s.p.

¹⁷³ C.E., 3 mars 2020, s.a. J./ la Ville de Bruxelles, n° 247.196, T.B.O., 2020, note K. WAUTERS, p. 503.

¹⁷⁴ A.R. du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics, M.B., 14 février 2013, p. 8752.

¹⁷⁵ C.E., 3 mars 2020, s.a. J./ la Ville de Bruxelles, op. cit., pp. 501-502.

à la compétence du Conseil d'État. Rien n'exclut en revanche, [...], de considérer le premier acte attaqué comme étant la décision d'attribution d'un nouveau marché [...]. Il s'ensuit que l'exception d'incompétence ne peut être accueillie en ce qui concerne le premier acte attaqué »¹⁷⁶.

Il ressort de cet arrêt que la présence des deux éléments susmentionnés, à savoir l'existence d'un indigent et d'un dommage, est nécessaire pour pouvoir appliquer pleinement l'article 54 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Si ces éléments font défaut, on ne peut considérer qu'il s'agit d'une modification du contrat en cours. En agissant de la sorte, le Conseil d'État mène une enquête sur les éléments essentiels justifiant l'application de cette disposition¹⁷⁷.

Bien que l'article 54 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 ait été remplacé par le nouvel article 38 de l'arrêté royal du 22 juin 2017¹⁷⁸ suite à l'adoption d'une nouvelle génération de directives en matière de marchés publics, les enseignements de l'arrêt commenté demeurent parfaitement pertinents dans le cadre de ce nouveau système juridique¹⁷⁹.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 500.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 503.

¹⁷⁸ A.R. du 22 juin 2017 modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 16 février 2017 modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.*, 27 juin 2017, p. 68311.

¹⁷⁹ C.E., 3 mars 2020, s.a. J./ la Ville de Bruxelles, n° 247.196, *T.B.O.*, 2020, note K. WAUTERS, p. 504.

Titre IV - Les principes généraux de bonne administration

Chapitre 1^{er} - Introduction aux principes généraux du droit et plus particulièrement aux principes généraux de bonne administration

Longtemps remis en question par la doctrine et la jurisprudence, les principes généraux sont à présent unanimement reconnus en tant que sources de droit¹⁸⁰. Au fil du temps, le développement de ces principes n'a eu de cesse de prendre de l'ampleur au point d'être aujourd'hui considérés comme une part incontournable du droit administratif belge contemporain¹⁸¹.

Section 1 - L'émergence des principes généraux de droit

Historiquement, le Conseil d'État fut la première juridiction suprême belge à faire une application des principes généraux du droit en tant que sources autonomes. Influencé par les idées de son homologue français, il a, dès 1952, admis la possibilité de reconnaître l'existence de tels principes émergeant de l'interprétation donnée par le juge aux prémices de la loi ou à son silence¹⁸².

Pour autant, les principes généraux de droit n'étaient pas totalement absents du paysage juridique avant leur consécration par la jurisprudence du Conseil d'État. Toutefois, leur évocation se faisait toujours de manière théorique et implicite¹⁸³. Il faudra attendre la Mercuriale de 1970 et l'intervention de W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH¹⁸⁴ pour que la Cour de cassation accepte d'ériger ces principes généraux du droit en sources de droit autonomes, capables de fonder la recevabilité d'un moyen avancé devant elle¹⁸⁵. Il a, en effet, rappelé à la Cour qu'elle avait déjà fait une application négative du principe de continuité de l'État dans un arrêt rendu le 10 janvier 1867 et qu'elle avait également qualifié ce principe de « *condition essentielle de l'existence de l'État* » dans deux arrêts rendus en janvier 1950 et 1952¹⁸⁶.

¹⁸⁰ S. SEYS, D. DE JONGHE et FR. TULKENS, « Les principes généraux du droit », in H. HACHEZ et al. (sous la dir. de), *Les sources du droit revisitées*, Vol. 2, Limal, Anthémis, 2012, p. 549.

¹⁸¹ D. RENDERS, « Des principes généraux du droit administratif : pourquoi, par qui et à quel titre ? », in S. BEN MESSAOUD et FR. VISEUR, *Les principes généraux du droit administratif, Actualités et applications pratiques*, 1^{ère} éd., Bruxelles, Larcier, 2017, p. 988.

¹⁸² I. MATHY, « Les principes généraux : Genèse et consécration d'une source majeure du droit administratif », in S. BEN MESSAOUD et FR. VISEUR, *op. cit.*, p. 23.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 24.

¹⁸⁴ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos du le texte de loi et les principes généraux du droit », *J.T.*, 1970, pp. 557-573

¹⁸⁵ I. MATHY, *op. cit.*, p. 26.

¹⁸⁶ Cité par W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, p. 581.

Suite à cela, les principes généraux de droit ont connu un essor important dans la jurisprudence de la Cour¹⁸⁷. Cette prolifération des principes connaît toutefois un essoufflement¹⁸⁸ depuis la fin du siècle dernier au profit d'un foisonnement législatif laissant peu de place à la reconnaissance de telles sources, toujours considérées comme subsidiaires par rapport à la loi¹⁸⁹.

Section 2 – Le rôle du juge

L'émergence et la reconnaissance tardive des principes généraux du droit peuvent être associées à une certaine méfiance du juge, héritée de la Révolution française. Craignant l'apparition d'un « Droit » supérieur aux règles législatives écrites, le juge n'a pas souhaité reconnaître immédiatement l'existence de ces principes afin de ne pas s'ériger en créateur du droit¹⁹⁰. D'après J. JAUMOTTE, « *une telle prudence s'impose d'autant plus que le juge, lorsqu'il affirme pour la première fois l'existence d'un principe général du droit, s'engage, en règle, compte tenu de la nature de la notion, à s'estimer lié à l'avenir par ce principe, au même titre qu'il l'est, en règle, par une norme de droit écrite* »¹⁹¹.

À présent, le juge assume davantage un rôle créateur dans l'émergence des principes généraux du droit¹⁹². Ce n'est que suite à sa reconnaissance par le juge dans le droit positif qu'un principe pourra être qualifié de principe général du droit¹⁹³. On peut donc considérer que le juge fait désormais preuve de « *paternité active* » dans l'avènement des principes généraux du droit¹⁹⁴.

Le juge ne jouit cependant pas d'une liberté absolue¹⁹⁵. Ces principes doivent être créés « *à partir du système juridique tel qu'il existe dans toutes ses composantes* »¹⁹⁶. Ce système juridique délimite les frontières au sein desquelles la compétence créatrice du juge peut se déployer¹⁹⁷. « *Ainsi, l'absence de contrariété du principe général du droit par rapport à la loi (au sens large), l'effectivité et la légitimité du principe et, plus largement, l'acceptabilité de celui-ci par la communauté des juristes, sont autant de composantes dont le juge [devra tenir] compte lorsqu'il*

¹⁸⁷ I. MATHY, *op. cit.*, p. 26.

¹⁸⁸ P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 69.

¹⁸⁹ I. MATHY, *op. cit.*, p. 26.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 27.

¹⁹¹ J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », in B. BLÉRO, *Le Conseil d'État de Belgique, cinquante ans après sa création*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 619.

¹⁹² I. MATHY, *op. cit.*, p. 32.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 32.

¹⁹⁴ S. SEYS, D. DE JONGHE et FR. TULKENS, *op. cit.*, p. 515.

¹⁹⁵ I. MATHY, *op. cit.*, p. 32.

¹⁹⁶ S. SEYS, D. DE JONGHE et FR. TULKENS, *op. cit.*, p. 529.

¹⁹⁷ I. MATHY, *op. cit.*, p. 32.

*élabore un principe général du droit et qui limitent sa liberté d'action*¹⁹⁸». L'intervention judiciaire n'est donc en somme que la cristallisation formelle du processus de reconnaissance d'un principe¹⁹⁹.

Bien qu'il puisse être démontré que le juge dispose d'un rôle central dans l'élaboration de ces principes, un monopole ne peut toutefois pas lui être reconnu. En effet, deux autres théories permettent d'expliquer l'émergence de principes généraux du droit. Dans une première lecture, certains auteurs soutiennent que ces principes sont l'œuvre des acteurs du droit qui les invoquent. Si le juge décide de les retenir par la suite, c'est parce qu'il considère que leur violation constitue un moyen recevable. Dans une seconde lecture, l'émergence des principes généraux du droit est vue comme une manière de combler les silences ou lacunes des règles écrites²⁰⁰. Néanmoins, l'œuvre créatrice du juge ne doit pas être laissée pour compte²⁰¹. Son intervention reste indispensable, quelle que soit la lecture retenue.

Section 3 – Définition et qualification en tant que source du droit

Les difficultés ne tarissent pas lorsqu'il s'agit de définir la notion de « principe général du droit ». Les auteurs ayant osé s'atteler à l'exercice ont d'ailleurs souligné le caractère périlleux de la démarche²⁰². Selon l'expression de J. JAUMOTTE, le principe général de droit peut être défini comme « *une règle que le juge qualifie de juridique et qu'il applique comme telle [...] même si elle ne se trouve énoncée dans aucun texte et, en tous cas, sans se référer expressément à une disposition écrite de droit positif* »²⁰³. Les principes généraux du droit doivent être considérés comme des sources originaires du droit²⁰⁴, autrement dit, des sources qui « *préexistent aux sources formelles écrites tirant leur validité d'une règle de reconnaissance (écrite) préalablement posée par l'ordre juridique dont elles se réclament* »²⁰⁵.

La Constitution belge ne fait aucune allusion aux principes généraux du droit²⁰⁶. L'article 33 précise effectivement que les « *tous les pouvoirs s'exercent de la manière établie par la Constitution elle-même* » : il en va de même de la fonction normative. Toutefois, la lecture de

¹⁹⁸ S. SEYS, D. DE JONGHE et FR. TULKENS, *op. cit.*, p. 529.

¹⁹⁹ I. MATHY, *op. cit.*, p. 32.

²⁰⁰ D. RENDERS, « Des principes généraux du droit administratif : pourquoi, par qui et à quel titre ? », *op. cit.*, p. 991.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 992.

²⁰² I. MATHY, *op. cit.*, p. 33.

²⁰³ J. JAUMOTTE, *op. cit.*, p. 600.

²⁰⁴ M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 1960, pp. 148 et s.

²⁰⁵ I. MATHY, *op. cit.*, p. 33.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 33.

cet article nécessite d'adopter une vision contemporaine, s'éloignant du contexte légicentriste du XIX^e siècle. En effet, la Constitution ne peut prétendre être un catalogue fermé de sources juridiques²⁰⁷. Selon les mots de H. DUMONT, elle ne peut « *nier l'existence des sources du droit 'originaires' que sont les coutumes, les principes généraux du droit et la jurisprudence* »²⁰⁸. Dès lors, bien que la Constitution puisse, dans certaines limites, proclamer sa primauté, elle ne saurait démentir l'existence juridique de ces principes puisqu'ils lui sont antérieurs.

Une fois consacré en tant que source du droit, le principe général se développera de manière autonome parmi les autres sources juridiques. Il n'est cependant pas immuable²⁰⁹. Comme le soulignait déjà W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « *il est, comme la loi, tributaire de l'évolution sociale de la collectivité nationale et de son organisation politique* »²¹⁰. Son champ d'application et sa portée ne sont pas figés : le principe général de droit est destiné, par essence, à évoluer²¹¹.

Dans certains cas, il arrive que cette évolution aboutisse à une consécration législative du principe. En effet, les termes parfois vagues d'instruments nationaux et internationaux de protection des droits de l'homme ont favorisé la reconnaissance législative de principes généraux de droit²¹². À défaut, le principe subsiste aux côtés de la norme législative écrite afin de l'expliquer, de la compléter ou de suppléer aux carences de la loi²¹³. Il incombe donc au praticien de conserver ledit principe en mémoire²¹⁴.

Chapitre 2 – Les principes généraux du droit en droit administratif

Bien que certains principes généraux du droit s'appliquent à l'ensemble des branches du droit de par leur caractère transversal, d'autres principes sont quant à eux circonscrits à une matière déterminée²¹⁵. Les premières apparitions d'une référence à des principes généraux du droit en

²⁰⁷ *Ibid.*, 33-34.

²⁰⁸ H. DUMONT, « Les coutumes constitutionnelles, une source de droit et de controverses », in I. HACHEZ et al. (sous la dir. de), *Les sources du droit revisitées*, Vol. 1, Limal, Anthémis, 2012, p. 10.

²⁰⁹ I. MATHY, *op. cit.*, p. 37.

²¹⁰ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, p. 569.

²¹¹ J. JAUMOTTE, *op. cit.*, pp. 619-620.

²¹² I. MATHY, *op. cit.*, p. 38.

²¹³ P. MARCHAL, *op. cit.*, p. 45.

²¹⁴ J. JAUMOTTE et D. DE ROY, « Les principes généraux du droit administratif : entre certitudes et question », in S. BEN MESSAOUD et FR. VISEUR, *Les principes généraux du droit administratif, Actualités et applications pratiques*, 1^{ère} éd., Bruxelles, Larcier, 2017, p. 16.

²¹⁵ I. MATHY, *op. cit.*, p. 39.

matière administrative peuvent être relevées dans un arrêt Detournay du Conseil d'État de 1959²¹⁶ et dans un arrêt de la Cour de cassation du 29 avril 1960²¹⁷.

Comme il en a été fait mention précédemment, le droit administratif est un droit jeune, en perpétuelle évolution et ne faisant l'objet d'aucune codification. Par ces caractéristiques, il favorise l'émergence et le développement de principes généraux du droit. Au cours des dernières années, l'administration a vu son champ d'action croître de manière considérable. De nouveaux pouvoirs lui ont été attribués et lui permettent d'agir de manière discrétionnaire dans de nombreux domaines²¹⁸. De ce fait, il a semblé important d'instaurer « *un contrepoids au pouvoir [...] parfois excessif dont dispose l'administration*²¹⁹, voire un code de conduite pour l'administration²²⁰ ». Ainsi, une double vocation peut être reconnue aux principes généraux de droit administratif : ils agissent à la fois comme normes d'action de l'administration et comme normes de contrôle juridictionnel de cette action²²¹.

En outre, l'émergence de tels principes et leur reconnaissance en tant que sources autonomes du droit comporte un enjeu procédural²²². Dans le cadre d'un recours en annulation contre un acte administratif, il est en effet admis qu'un principe général soit utilisé comme fondement d'un moyen. Cette acceptation confère aux principes généraux une dimension utilitaire qu'il est important de souligner²²³.

Les principes généraux de bonne administration forment un sous-ensemble des principes généraux du droit administratif²²⁴. Il s'agit « *d'obligations non écrites inhérentes à l'élaboration convenable des actes administratifs et, parfois, des décisions juridictionnelles*²²⁵ ». Développés en Belgique sous l'influence du droit néerlandais²²⁶, ces principes sont « *en perpétuelle*

²¹⁶ C.E., 23 décembre 1959, Detournay, n° 7.518, inédit, cité par I. MATHY, *op. cit.*, p. 39.

²¹⁷ Cass., 29 avril 1960, *Pas.*, 1960, I, p. 1000.

²¹⁸ I. MATHY, *op. cit.*, p. 39.

²¹⁹ D. BATSELE, T. MORTIER et M. SCARCEZ, *Manuel de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 54-55.

²²⁰ D. DE JONGHE et P.-F. HENRARD, « L'actualité des principes généraux de droit administratif et de bonne administration en droit administratif : questions choisies », in P.-O. DE BROUX, B. LOMBAERT et FR. TULKENS (sous la dir. de), *Actualités des principes généraux de droit administratif en droit administratif, social et fiscal*, Limal, Anthémis, 2015, p. 8.

²²¹ J. JAUMOTTE et D. DE ROY, *op. cit.*, p. 13.

²²² *Ibid.*, p. 14.

²²³ *Ibid.*, pp. 14-15.

²²⁴ I. MATHY, *op. cit.*, p. 39.

²²⁵ J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, Vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 775.

²²⁶ I. MATHY, *op. cit.*, p. 40.

émergence²²⁷». Ils s'adaptent aux évolutions sociétales afin de protéger les citoyens contre l'action administrative et normative sans cesse croissante²²⁸.

Le nombre de principes généraux de bonne administration recensés varie selon que la notion est interprétée plus ou moins largement. Au sein de cet ensemble de principes généraux de bonne administration peuvent être distingués deux cercles d'exigences. Le premier cercle englobe les principes interprétés au sens strict du terme alors que le second regroupe les principes soumis à large interprétation. On y retrouve les exigences fondamentales de l'exercice de la fonction d'administrer mais dont le champ d'application excède celui des limites imposées à cette fonction. Les règles d'égalité et de non-discrimination, les principes de motivation, de transparence, de prudence, du délai raisonnable, de proportionnalité, de sécurité juridique et de confiance légitime trouvent leur place dans ce second ensemble²²⁹.

Chapitre 3 – Les fonctions et objectifs des principes généraux de bonne administration : vision théorique

Section 1 – Introduction

Théoriquement, les principes généraux de bonne administration ne s'appliquent qu'aux actes juridiques unilatéraux adoptés par l'administration. Ils ne déploient donc leurs effets que dans le cadre du droit public²³⁰.

Le droit belge soumet généralement les contrats conclus par l'administration au droit privé. Les principes généraux de bonne administration ne s'appliquent donc normalement pas lorsque l'administration décide de se lier par une relation contractuelle. Toutefois, la contractualisation grandissante de l'action administrative a amené les auteurs de doctrine et la jurisprudence à se demander s'il ne convenait pas d'appliquer également les principes de bonne administration aux contrats conclus dans le secteur public. La question n'a, à ce jour, reçu que des réponses ambiguës. Un sentiment d'insécurité juridique persiste dans cette zone confuse séparant le droit privé et le droit public. Une étude de la portée de ces principes de bonne administration s'avère intéressante²³¹.

²²⁷ D. DE JONGHE et P.-F. HENRARD, *op. cit.*, p. 8.

²²⁸ I. MATHY, *op. cit.*, p. 40.

²²⁹ D. RENDERS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 329.

²³⁰ R. VALKENEERS, « Zijn de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing op arbeidscontracten in de publiek sector ? », *T.S.R. – R.D.S.*, 2014, p. 315.

²³¹ *Ibid.*, p. 315.

Comme ces principes ne reposent, la plupart du temps, sur aucun fondement juridique écrit, leur champ d'application peut paraître quelque peu imprécis²³². Afin d'en définir l'ampleur théorique, il est important d'identifier les fonctions et objectifs poursuivis par ces principes²³³. En effet, il est admis que selon la fonction qu'ils tendent à exercer, leur champ d'application pourra s'élargir ou se resserrer²³⁴.

La doctrine a tenté d'élaborer un cadre juridique pour ces différentes fonctions afin de pouvoir classer les principes de bonne administration dans un cadre théorique plus précis. Toutefois, ce cadre est lui-même sujet à changements : certaines fonctions ne sont pas toujours objectivement identifiables et évoluent au gré des modifications de la théorie juridique²³⁵.

Une analyse totalement objective de ces fonctions est donc difficilement réalisable. L'on se contentera d'en relever les deux principales établies par la doctrine à savoir la fonction compensatoire et la fonction instrumentale²³⁶.

Section 2 – La fonction compensatoire ou de sauvegarde

Sous-Section 1 - La théorie de la compensation

Au lendemain de l'occupation hollandaise et de la Révolution française, il n'était pas souhaitable de confier de trop grands pouvoirs à l'administration. Dans les démocraties libérales traditionnelles, seul le législateur, élu démocratiquement, était considéré comme digne de confiance²³⁷. L'administration ne disposait que d'un nombre limité de fonctions et le contrôle opéré à son égard se limitait à un simple contrôle de légalité²³⁸.

Au fil du temps, les pouvoirs et fonctions pris en charge par l'administration se sont multipliés. Elle s'est vue reconnaître une liberté administrative sans précédent. La compétence discrétionnaire de l'administration commençait à peser de plus en plus sur les intérêts individuels

²³² *Ibid.*, p. 316.

²³³ F. VANDENDRIESSCHE, « Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur », in I. OPDEBEEK et M. VAN DAMME, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Bruges, die Keure, 2004, pp. 44-45.

²³⁴ R. VALKENEERS, *op. cit.*, p. 316.

²³⁵ *Ibid.*, p. 316.

²³⁶ *Ibid.*, p. 317.

²³⁷ P. POPELIER, « Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen », in I. OPDEBEEK et M. VAN DAMME, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Bruges, die Keure, 2004, p. 20.

²³⁸ R. VALKENEERS, *op. cit.*, p. 317.

et collectifs. Le principe de légalité ne constituait plus un rempart suffisant pour le citoyen contre les risques de gouvernance arbitraire²³⁹.

Au XX^e siècle et notamment suite aux atrocités de la Seconde Guerre mondiale, le niveau de protection juridique du citoyen contre les abus de pouvoir des autorités était devenu considérablement trop faible²⁴⁰. Les principes généraux de bonne administration ont donc été développés par la jurisprudence afin de pallier les carences de garanties légales²⁴¹. Dans cette optique, la principale fonction de ces principes est de compléter le silence, l'obscurité et les lacunes de la loi afin de protéger le citoyen contre les actes et actions discrétionnaires de l'administration²⁴².

Sous-Section 2 - Critiques

Cette théorie de la compensation n'a pas échappé aux critiques. Certains professionnels du droit se sont demandé si les principes de bonne administration pouvaient effectivement être vus comme un outil compensatoire au pouvoir discrétionnaire et accru de l'administration²⁴³.

La principale critique à ce sujet a été développée par VAN DER HEIJDEN. Il considère que cette théorie se fonde sur une fiction historique en vertu de laquelle le législateur du XIX^e siècle était à même de protéger le citoyen contre les abus de l'administration. Présentée de la sorte, la société de ce siècle-là est vue comme un idéal à atteindre dans lequel le citoyen est pleinement et juridiquement protégé. Or, les principes généraux de bonne administration doivent être vus comme un idéal futur et prospectif de la société civile protégeant les droits et intérêts des sujets de droit²⁴⁴.

En outre, il estime que la théorie de la compensation octroie à tort un rôle passif et uniquement complémentaire aux principes généraux de bonne administration. Ils n'interviennent que lorsque le législateur a omis de le faire efficacement. Selon lui, une fonction plus indépendante doit être reconnue à ces principes : ils pourraient non seulement être invoqués pour combler les lacunes de la loi mais également pour contrer l'application d'une loi pourtant claire²⁴⁵.

²³⁹ *Ibid.*, p. 318.

²⁴⁰ P. NICOLAÏ, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer, Kluwer, pp. 211-216.

²⁴¹ G.M.A. VAN DER HEIJDEN, *Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en maatschappelijke functie van beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer, Tjeenk Willink, 2001, pp. 9-10.

²⁴² I. OPDEBEEK ET A. COOLSAET, *op. cit.* p. 20.

²⁴³ R.J.N. SCHLÖSSELS ET S.E. ZIJLSTRA, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer, Kluwer, 2010, p. 388.

²⁴⁴ G.M.A. VAN DER HEIJDEN, *op. cit.*, pp. 248-249.

²⁴⁵ *Ibid.*, pp. 255-256.

Sous-Section 3 – La portée des principes généraux de bonne administration selon la fonction compensatoire

Selon la théorie de la compensation, les principes généraux de bonne administration sont destinés à corriger l'exercice du pouvoir administratif en l'absence de texte juridique clair. La portée de ces principes dans le domaine contractuel peut donc être déterminée assez facilement. En effet, lorsqu'elle s'engage contractuellement, l'autorité administrative n'exerce aucun pouvoir administratif. En outre, le droit des contrats est lui-même composé de normes ouvertes destinées à combler les lacunes juridiques de la loi. Il ne serait donc pas nécessaire que les tribunaux se fendent sur les principes généraux de bonne administration pour compenser les lacunes intrinsèques de la législation. En ce sens, il ne peut être reconnu aucun caractère utile à ces principes dans le cadre de la contractualisation de la fonction publique²⁴⁶.

Cette position présente l'avantage d'offrir un degré élevé de sécurité juridique. Seul le droit privé est destiné à régir les relations contractuelles de l'administration, les principes généraux n'étant aucunement autorisés à interférer dans ces relations²⁴⁷. « *De doorwerking van publiekrechtelijke normen zou immers de privaatrechtelijke regels kunnen doorkruisen, de specifieke eigenheid, autonomie en logica van de beide rechtsdomeinen vertroebelen en toepassing van precieze en gedetailleerde privaatrechtelijke rechtsregels kunnen compliceren of zelfs verhinderen* »²⁴⁸.

Toutefois, l'administration est tenue d'agir en prenant toujours en compte l'intérêt général²⁴⁹. Cette obligation imposée à l'action administrative peut justifier que soient astreintes à l'administration des normes plus strictes qu'aux personnes privées²⁵⁰. Pour que les principes de bonne administration soient applicables, il est nécessaire de démontrer qu'ils sont fonctionnellement liés à l'exercice de l'intérêt public. À cet égard, il peut être affirmé que les principes généraux de bonne administration sont liés à une facette universelle de l'action administrative. Ils devraient donc en principe être fonctionnellement pertinents pour l'ensemble des actions de l'administration, qu'elles soient unilatérales ou contractuelles²⁵¹.

²⁴⁶ R. VALKENEERS, *op. cit.*, p. 321.

²⁴⁷ *Ibid.*, pp. 321-322.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 322. Cette citation peut être traduite comme suit : « *Après tout, l'effet des normes de droit public pourrait contrecarrer les règles de droit privé, obscurcir la spécificité, l'autonomie et la logique des deux domaines juridiques et compliquer voire entraver l'application de règles de droit privé précises et détaillées* ».

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 323.

²⁵⁰ S. DE SOMER, S. LAMBRECHT et V. VERBEECK, « De toepasselijkheid van algemene publiekrechtelijke regelgeving en beginselen op autonome overheidsbrijven, IVA's en EVA's », *T.B.P.*, 2011, p. 27.

²⁵¹ R. VALKENEERS, *op. cit.*, p. 323.

De plus, au cours des dernières décennies, les relations entre l'administration et le citoyen se sont davantage bilatéralisées. On peut donc se demander s'il est encore justifié de considérer les principes de bonne administration comme une simple correction à l'exercice du pouvoir administratif général. Ces principes sont aujourd'hui envisagés comme des sources autonomes et formelles du droit et pourraient, selon certains auteurs, être considérés comme une formulation spéciale d'une norme générale de diligence. La simple violation du prescrit d'un de ces principes suffit à condamner l'administration. Elle est donc tenue d'adopter un comportement qui soit conforme aux principes généraux de bonne administration²⁵².

En conclusion, l'attribution d'une fonction compensatoire aux principes généraux de bonne administration entraîne une réduction de leur champ d'application matériel. En effet, l'idée selon laquelle ces principes ne sont qu'une correction au pouvoir administratif les empêche de pénétrer dans le champ contractuel de l'administration. Cette vision occulte toutefois la position juridique particulière de l'administration qui se doit de toujours agir en tant que gardienne de l'intérêt général. La nature particulière des principes généraux de bonne administration leur permettrait d'éclairer l'administration dans ses prises de décisions²⁵³.

Section 3 – La fonction instrumentale

Sous-Section 1 – La protection de l'intérêt général et individuel

Dans la théorie classique de la compensation, les principes généraux de bonne administration ne sont vus que comme un correctif aux lacunes de la loi, chargés de compenser le manque de protection juridique offerte au citoyen. La doctrine ultérieure a toutefois mis en exergue le fait que, bien que ces principes assument avant tout un rôle de protection à l'égard du citoyen, ils revêtent également une signification indépendante au vu de la qualité même de l'administration. En effet, l'intégralité de la politique administrative menée par l'administration doit satisfaire à l'intérêt général. Outre les intérêts individuels menacés, l'administration doit également tenir compte de l'intérêt collectif lorsqu'elle adopte une décision²⁵⁴.

Toute action administrative impose une mise en balance de ces deux éléments. Dans ce cadre, les principes généraux de bonne administration permettent de préparer la décision administrative en indiquant à l'administration quels intérêts doivent être pris en compte et quel

²⁵² *Ibid.*, pp. 324-325.

²⁵³ *Ibid.*, pp. 328-329.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 329.

poids il convient de leur accorder individuellement. Une fonction instrumentale des principes généraux semble alors émerger et se distinguer de la fonction compensatoire²⁵⁵. Ce rôle est qualifié d'« instrumental » parce qu'il change la réalité empiriquement observable d'une société dans laquelle les intérêts du citoyen sont considérés comme centraux²⁵⁶. Les principes généraux sont vus comme un outil de réalisation d'un ordre juridique efficace par la mise en place de politiques adéquates²⁵⁷.

Sous-Section 2 – La portée des principes généraux de bonne administration selon la fonction instrumentale

Alors que la fonction de sauvegarde resserrait à elle seule l'étai du champ d'application des principes généraux de bonne administration, sa combinaison avec la fonction instrumentale semble davantage l'élargir. En effet, l'autorité administrative doit, dans la réalisation de ses décisions, tenir compte non seulement des intérêts de son cocontractant, mais également de ceux de la collectivité en général. L'acceptation de cette double fonction impose à l'administration de se référer aux principes de bonne administration pour l'ensemble de ses actions, qu'elles soient contractuelles ou non²⁵⁸.

L'extension du champ d'application des principes généraux de bonne administration s'accompagne pourtant de quelques faiblesses. Une objection majeure est émise à l'égard du caractère incertain de la notion d'« intérêt général »²⁵⁹. Selon certains auteurs, ce caractère vague rendrait son application plus compliquée. Toutefois, nos voisins néerlandais ont accepté cette ambiguïté et qualifient ce concept de *critère théorique le plus pur*²⁶⁰. En outre, la portée de ce principe n'emporte aucune conséquence sur l'application des principes généraux de bonne administration. Si l'on considère que l'autorité administrative agit toujours en poursuivant l'intérêt général, ces principes trouveront toujours à s'appliquer à l'action administrative, quelle que soit la forme qu'elle adopte²⁶¹.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 329.

²⁵⁶ G.M.A. VAN DER HEIJDEN, *op. cit.*, p. 215.

²⁵⁷ R.J.N. SCHLÖSSELS ET S.E. ZIJLSTRA, *op. cit.*, p. 321.

²⁵⁸ R. VALKENEERS, *op. cit.*, p. 334.

²⁵⁹ *Ibid.*, pp. 335-336.

²⁶⁰ Voir par exemple A.M. DONNER, *Nederlands bestuursrecht, Algemeen Deel*, Alphen aan den Rijn, Samsom, 1974, p. 51.

²⁶¹ R. VALKENEERS, *op. cit.*, p. 336.

K. SALOMEZ soulève quant à lui une objection plus théorique. Il considère que la fonction instrumentale entraîne une confusion entre la « morale » et la « loi ». Le fait pour l'administration d'adhérer, dans un but de protection de l'intérêt général, aux principes généraux de bonne administration leur confèrerait un caractère éthique²⁶². Or, ces principes ne peuvent être considérés comme des normes purement morales. Il s'agit de normes de droit positif, reconnu en tant que telles par la doctrine et la jurisprudence et dont la violation est juridiquement contrôlée et sanctionnée²⁶³.

Section 4 - Conclusion

Une double fonction doit être reconnue aux principes généraux de bonne administration. D'une part, ils imposent à l'administration de sauvegarder les intérêts individuels (fonction compensatoire ou de sauvegarde) et, d'autre part, ils orientent la prise de décision de l'administration en vue de préserver l'intérêt général (fonction instrumentale)²⁶⁴.

La reconnaissance de cette double fonction a l'avantage de permettre la prise en considération conjointe des intérêts individuels et de l'intérêt général : les mêmes principes s'appliquent à chacun d'entre eux, rendant plus uniforme leur relation mutuelle. L'apport est non négligeable²⁶⁵. En effet, pour qu'un système juridique soit équilibré, il ne peut mettre davantage l'accent sur la protection de l'un ou l'autre intérêt²⁶⁶. Une « relation honnête » est requise entre la fonction instrumentale et la fonction de sauvegarde afin de s'assurer que l'action administrative mise en œuvre est légitime²⁶⁷.

La reconnaissance de cette double fonction des principes généraux de bonne administration permet de justifier leur application à l'ensemble des actes adoptés par l'administration, qu'ils soient ou non contractuels. Elle devra respecter ces principes dans l'interprétation, l'exécution mais également la résiliation de ses contrats. En effet, l'administration est de tenue de concilier les intérêts individuels et collectifs dans la mise en œuvre de ses contrats²⁶⁸. Le respect de l'ensemble

²⁶² K. SALOMEZ, « Ontslag van contractanten in overheidsdienst, publiek of privaat recht? » (noot onder Arbrb. Gent 6 december 2007), *RW*, 2008, p. 1481-1485.

²⁶³ R. VALKENEERS, *op. cit.*, p. 337.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 330.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 333.

²⁶⁶ G.M.A. VAN DER HEIJDEN, *op. cit.*, pp. 223-224.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 227.

²⁶⁸ R. VALKENEERS, *op. cit.*, pp. 337-3338.

de ces prescriptions aboutira à l'adoption de contrats et d'actes unilatéraux équilibrés, respectueux des intérêts des parties prenantes et de la communauté en général.

La puissance croissante des principes généraux de droit et plus particulièrement des principes généraux de bonne administration fera encore couler beaucoup d'encre et engendrera maints débats sur la question²⁶⁹. Comme le précisait W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, ces principes sont marqués d'une « *sorte d'immanence qui s'accommode difficilement d'un constat définitif et tranché, voire même d'un carcan formel et figé* »²⁷⁰.

Nombreux sont les acteurs juridiques qui plaident pour une codification de ces principes. La consécration d'une telle loi aurait le mérite de lever le voile sur bon nombre d'incertitudes notamment liées à l'existence de ces principes, à leur champ d'application ainsi qu'à leur valeur. Une telle initiative amènerait l'administration à prendre davantage conscience de leur existence et des obligations qu'ils prescrivent dans le cadre de l'action administrative²⁷¹.

Chapitre 4 - La mise en œuvre des principes généraux de bonne administration par la jurisprudence

Lorsque des auteurs de doctrine développent des théories sur la portée des principes généraux de bonne administration, il est nécessaire que celles-ci soient également consacrées par la jurisprudence. Cependant, si certains juges acceptent de reconnaître l'application de ces principes aux contrats conclus par l'administration dont ils sont saisis, d'autres, principalement au nord du pays, semblent s'y opposer²⁷².

Contrairement au droit néerlandais, le champ d'application matériel des principes généraux de bonne administration n'a pas été consacré dans une règle écrite.²⁷³ Un projet de loi de 2003²⁷⁴ a tenté d'intégrer ces principes dans une réglementation générale sur le droit administratif. Une disposition de ce projet prévoyait qu'ils s'appliqueraient à toutes les actions administratives, y

²⁶⁹ D. DE JONGHE et P.-F. HENRARD, *op. cit.*, p. 49.

²⁷⁰ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, p. 580.

²⁷¹ D. DE JONGHE et P.-F. HENRARD, *op. cit.*, p. 49.

²⁷² *Ibid.*, p. 338.

²⁷³ *Ibid.*, p. 339.

²⁷⁴ Proposition de loi générale d'administration, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n° 51-496/1 (Proposition déposée par MM. Y. LETHERME et J. VANDEURZEN).

compris contractuelles²⁷⁵. Malheureusement, cette initiative législative n'a pu aboutir et le projet en est resté caduc.

À ce jour, la réponse à la question de l'application des principes généraux de bonne administration aux contrats publics reste ambiguë²⁷⁶. Elle dépendra principalement de l'attribution à ces principes d'une fonction de sauvegarde et/ou instrumentale par la juridiction concernée. Une présentation des positions juridictionnelles à ce sujet permet d'apporter un éclairage à ce sujet.

Section 1 – Position de la Cour de cassation et du juge civil

La Cour de cassation ne reconnaît que rarement l'application des principes généraux de bonne administration²⁷⁷. Même si elle considère que l'administration demeure une autorité publique soumise aux normes de droit public lorsqu'elle conclut un contrat²⁷⁸, la Cour suprême exige que les normes violées trouvent de préférence leur source dans le droit privé. Elle n'admet que peu souvent l'effet des principes de bonne administration dans les relations contractuelles administratives, préférant se référer à des règles de droit privé alternatives²⁷⁹.

Certains tribunaux du travail et auteurs de doctrine rejettent l'application des principes de bonne administration à l'interprétation, à la mise en œuvre et à la résiliation des contrats de travail dans le secteur public. Ce faisant, ils assimilent l'administration à un employeur privé ordinaire n'exerçant aucun pouvoir administratif. Cette vision des principes généraux comme simple instrument de sauvegarde ou de compensation n'est toutefois pas partagée par l'ensemble des juges et des auteurs²⁸⁰. Plusieurs reconnaissent comme pertinente l'application des principes dans la phase de réalisation du contrat de travail dans le secteur public²⁸¹.

Bien que ces deux théories soient diamétralement opposées, leur mise en œuvre conduit généralement aux mêmes conclusions : en pratique, on accepte des obligations comparables à celles s'imposant dans les relations contractuelles entre les pouvoirs publics découlent indirectement de normes de droit privé telles que la bonne foi ou l'abus de droit²⁸².

²⁷⁵ *Ibid.*, art. 3.1.1.

²⁷⁶ R. VALKENEERS, *op. cit.*, p. 338.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 340.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 347.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 341.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 347.

²⁸¹ *Ibid.*, pp. 344-345.

²⁸² *Ibid.*, p. 348.

Section 2 – Position du Conseil d’État et théorie de l’acte détachable

En vertu de la théorie de l’acte détachable, le Conseil d’État peut toujours connaître d’un recours en annulation porté par un tiers intéressé ou par toute partie contractante contre les actes administratifs unilatéraux qui se détachent du contrat. À cette occasion, il procèdera généralement à la vérification du respect des principes généraux de bonne administration lors de l’adoption de ces actes²⁸³.

À l’inverse, le Conseil d’État n’est, en principe, pas compétent pour connaître de litiges portant sur l’exécution ou la résiliation d’un contrat conclu par l’administration. De telles réclamations portent sur l’exercice de droits subjectifs de nature civile, intrinsèquement liés à un différend contractuel²⁸⁴ et ressortent de la compétence des juridictions judiciaires²⁸⁵. Dès lors, le Conseil d’État ne peut apprécier les actes juridiques adoptés par l’administration dans le cadre de l’exécution de son accord contractuel au regard des principes généraux de bonne administration²⁸⁶.

Néanmoins, certains auteurs estiment que les intérêts légitimes des tiers peuvent également être menacés par certains actes adoptés dans le cadre de l’exécution du contrat. Par conséquent, ils considèrent que l’autorité administrative devrait également respecter les principes généraux de bonne administration lorsqu’elle prend certaines décisions de mise en œuvre contractuelle unilatérales ou consensuelles²⁸⁷.

À mon sens, cette approche concorde avec la doctrine Pressetext de la Cour de Justice de l’Union européenne adoptée dans le cadre des marchés publics ainsi qu’avec certains arrêts du Conseil d’État (cf. supra) qui considèrent que toute modification de l’accord s’apparente à une nouvelle décision d’attribution, autrement dit à un acte administratif unilatéral, celui-ci étant soumis au respect des principes généraux de bonne administration.

²⁸³ *Ibid.*, p. 357.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 354.

²⁸⁵ Const., art. 144.

²⁸⁶ R. VALKENEERS, *op. cit.*, p. 355.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 358. Voir également K. WAUTERS, *Rechtsbescherming en overheidsovereenkomsten. De preventieve en jurisdictionele rechtsbescherming bij de gunning van overheidsovereenkomsten in Nederland, Frankrijk en België en de mogelijke invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie*, Anvers/Oxford, Intersentia, 2009, p. 142.

Chapitre 5 - Le principe *audi alteram partem*

Les contours des principes généraux de bonne administration ayant été tracés, il convient à présent d'aborder plus spécifiquement le principe d'audition préalable. C'est en effet au regard de ce principe que les controverses doctrinales quant à son application à la dissolution d'un contrat de travail dans le secteur public se sont fait entendre.

Section 1 – Le statut du principe

Le principe d'audition préalable, également appelé, dans le langage administratif, *audi alteram partem*, est un principe général de droit à part entière de portée incertaine. Bien que le Conseil d'État ait déjà reconnu²⁸⁸, certes de façon contestée²⁸⁹, l'application de ce principe à certains actes réglementaires, il s'attache principalement aux actes administratifs de portée individuelle.

Ce principe impose à l'autorité administrative de procéder préalablement à l'audition d'une personne physique ou morale lorsqu'elle envisage de prendre à son égard une décision portant atteinte à ses intérêts matériels ou moraux²⁹⁰. On considère qu'aucune mesure grave fondée sur le comportement de cette personne ne peut être prise s'il ne lui a pas été permis de faire valoir préalablement, effectivement et utilement son point de vue²⁹¹. L'enjeu est donc de donner, d'une part, à l'autorité concernée la possibilité d'avoir une vision précise des situations pour lesquelles elle est appelée à prendre une décision afin d'exercer son pouvoir d'appréciation en toute connaissance de cause²⁹² mais également, d'autre part, de « *permettre à l'intéressé de faire valoir ses moyens compte tenu de la gravité de la mesure que ladite autorité s'apprête à prendre à son égard* »²⁹³.

Le principe d'audition préalable est, en outre, un principe général de droit non écrit. Sa valeur législative n'est que subsidiaire et supplétive. Il ne peut donc opérer *contra legem* : si

²⁸⁸ F. PIET, D. RENDERS ET A. TRYBULOWSKI, « Les droits de la défense et les actes unilatéraux de l'administration : où l'unilatéralité ne va pas sans contradiction », in I. OPDEBEEK, *Les droits de la défense* (sous la dir. de P. MARTENS), coll. C.U.P., vol. 146, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 82-83.

²⁸⁹ B. MARCQ, « Le principe *audi alteram partem* et les actes de la police administrative générale », 3 avril 2008, www.avcb-vsgb.be (visité le 27/01/2021), pp. 5-7.

²⁹⁰ D. DE JONGHE et P.-F. HENRARD, *op. cit.*, p. 28.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 29.

²⁹² C.E. (VIIIème Ch.), 5 mars 2012, Renardy, n° 218.302, p. 31, inédit, cité par D. DE JONGHE et P.-F. HENRARD, *op. cit.*, p. 28.

²⁹³ C.E. (XIIIème Ch.), 10 novembre 2009, Pagnier, n° 197.693, p. 5, inédit, cité par D. DE JONGHE et P.-F. HENRARD, *op. cit.*, p. 28.

l'obligation d'audition est consacrée dans un texte législatif spécifique, seul ce texte prévaudra, le principe général de bonne administration ne devra pas être mobilisé, si ce n'est à titre complémentaire²⁹⁴.

Section 2 – Les caractéristiques du principe

Le principe d'audition préalable est un principe général de droit tiré du principe du contradictoire. Ce dernier se décline en effet, d'une part, via les droits de la défense et, d'autre part, via le principe *audi alteram partem*. Une situation protégée par les droits de la défense ne saurait être examinée à l'aune du respect du principe d'audition préalable²⁹⁵.

Les droits de la défense sont des principes d'ordre public qui trouvent à s'appliquer chaque fois qu'une autorité administrative envisage de prendre une mesure punitive, qu'elle soit disciplinaire ou administrative, à l'égard d'une personne. À défaut de volonté de sanctionner l'intéressé, l'autorité devra avoir égard au principe *audi alteram partem*²⁹⁶. Institué à l'origine dans l'intérêt de l'administration, ce principe, qui n'est pas d'ordre public, s'impose, non pas lorsqu'est en cause une mesure punitive, mais bien lorsqu'une mesure grave est envisagée c'est-à-dire en présence d'une mesure dont les conséquences sont susceptibles d'affecter gravement la situation ou les intérêts de leur destinataire. Le principe *audi alteram partem* a donc un degré d'exigence moins élevé que celui des droits de la défense mais un champ d'application bien plus large²⁹⁷.

Section 3 – Les modalités du principe

Pour être valable, le Conseil d'État exige que l'audition de l'intéressé se déroule de manière utile. Ce dernier doit être en mesure de faire valoir son point de vue sur les mesures envisagées à son égard²⁹⁸. Pour ce faire, il est nécessaire qu'il soit préalablement informé des faits qui lui sont reprochés, qu'il dispose d'un délai raisonnable pour préparer sa défense, qu'il ait accès au dossier et qu'il puisse être assisté par l'avocat de son choix²⁹⁹. Outre ces précisions, ce principe n'impose pas d'autres exigences spécifiques. Il n'est par ailleurs pas requis que l'audition ait lieu

²⁹⁴ D. DE JONGHE et P.-F. HENRARD, *op. cit.*, p. 31.

²⁹⁵ C.E. (IXème Ch.), 2 juin 2016, Wouters, n° 234.920, *C.D.P.K.*, 2017, pp. 460-461.

²⁹⁶ F. PIRET, D. RENDERS ET A. TRYBULOWSKI, *op. cit.*, pp. 71-72.

²⁹⁷ D. DE JONGHE et P.-F. HENRARD, *op. cit.*, pp. 33-34.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 34.

²⁹⁹ D. CUYPERS, « Beginselen van behoorlijk bestuur in personeelsmateries : zowel voor ambtenaren als voor overheidscontracten ? », in R. JANVIER, ET A. DE BECKER (sous la dir. de), *Le statut juridique du personnel des services publics en évolution*, Bruges, die Keure, 2015, p. 28.

oralement³⁰⁰. En effet, en vertu du principe de minutie, l'autorité ne sera tenue d'entendre l'agent que lorsque les pièces du dossier ne lui permettent pas d'adopter une décision en pleine et entière connaissance de cause³⁰¹.

Section 4 – Les limites du principe

Le principe *audi alteram partem* n'étant pas un principe absolu, certaines circonstances particulières justifient que l'audition de l'intéressé soit omise et ce, même si les mesures envisagées à son égard sont graves. Dans une telle situation, le Conseil d'État considèrera que l'absence d'audition ne vicie pas l'acte en cause³⁰².

Parmi ces circonstances, nous relèverons succinctement l'urgence de la situation, la décision de ne pas accorder pour la première fois un avantage à un administré, l'existence d'un texte normatif réglant les modalités du contradictoire, la consécration d'une exemption normative, l'absence de pouvoir discrétionnaire dans le chef de l'administration et l'inutilité d'une telle audition³⁰³.

³⁰⁰ D. DE JONGHE et P.-F. HENRARD, *op. cit.*, p. 34.

³⁰¹ P. JOASSART et M. SOLBREUX, « L'application des principes généraux de droit administratif aux fonctionnaires et contractuels de la fonction publique », in S. BEN MESSAOUD et F. VISEUR, *Les principes généraux du droit administratif, Actualités et applications pratiques*, 1^{ère} éd., Bruxelles, Larcier, 2017, p. 951.

³⁰² D. DE JONGHE et P.-F. HENRARD, *op. cit.*, p. 45.

³⁰³ *Ibid.*, pp. 45-48.

Titre V – L’application des principes de bonne administration aux contrats publics : illustration par la jurisprudence fluctuante quant à la dissolution d’un contrat de travail dans le secteur public

Depuis plus de trente ans, le licenciement des contractuels de la fonction publique est au cœur de nombreuses controverses doctrinales et jurisprudentielles. Ces cinq dernières années ont été marquées par une succession d’arrêts de principe antagonistes de la Cour de cassation et de la Cour constitutionnelle³⁰⁴.

Le présent titre a pour vocation de faire le point sur cette matière épineuse qui s’articule autour de deux questions principales : un contractuel de la fonction publique doit-il être entendu avant qu’il ne soit procédé à son licenciement ? Dans ce cadre, l’administration est-elle tenue de motiver formellement sa décision ?³⁰⁵

L’analyse de ces arrêts nous permettra d’appréhender la question de l’application des principes généraux de bonne administration aux décisions de licenciement des contractuels de la fonction publique. En outre, il importe de souligner que bien que le principe de motivation formelle ne soit pas considéré comme un principe général de bonne administration, les différentes positions adoptées par les Cours suprêmes à cet égard fournissent, à mon sens, un ensemble d’éléments intéressants et pertinents dans le cadre de notre étude.

Chapitre 1er – Introduction, rappel et mise en contexte

Section 1 – Le principe de l’engagement statutaire

Le régime d’organisation de la fonction publique est partagé entre un système de carrière et un système d’emploi³⁰⁶. En 1932, la Cour de cassation³⁰⁷, se fondant sur des considérations d’ordre politique, a opté pour la thèse statutaire. D’inspiration anglo-saxonne, elle prévoit que les agents publics sont nommés jusqu’à l’âge de la retraite afin de faire carrière dans

³⁰⁴ J. DE WILDE D’ESTMAEL, « Le point sur le licenciement des agents contractuels dans le secteur public », *Orientations*, 2018, p. 2.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 2.

³⁰⁶ A. STENMANS, *La transformation de la fonction administrative en Belgique*, Bruxelles, C.R.I.S.P., 1999, p. 47.

³⁰⁷ Cass., 8 décembre 1932, *Pas.*, 1933, I, p. 44.

l'administration³⁰⁸. Cette jurisprudence a été reprise par le Conseil d'État³⁰⁹ qui a confirmé le lien statutaire entre l'agent et le service public.

Suite à cet arrêt de principe de la Cour de cassation, le statut Camu du 2 octobre 1937 est venu confirmer l'assertion selon laquelle les agents de l'État devaient nécessairement être engagés dans une relation réglementaire ou légale³¹⁰. Ce choix procède notamment d'un souci de renforcer l'autorité et l'efficacité de l'État en des temps quelque peu mouvementés³¹¹. En effet, l'engagement statutaire assure une certaine stabilité d'emploi puisqu'il ne peut être mis fin aux fonctions de l'agent que dans des conditions et circonstances prévues par le statut. L'engagement définitif permet, en outre, d'assurer une fidélité et un dévouement des agents, nécessaires au bon fonctionnement de l'action administrative³¹². Enfin, les principes du recrutement et d'avancement fondés sur le mérite permettent de préserver l'administration d'une médiocrité incompatible avec sa dignité³¹³.

Pour autant, le statut Camu n'excluait pas l'engagement contractuel qui était envisageable pour les « tâches auxiliaires ou spécifiques ». De plus, suite à l'influence des idées du *New Public Management*, le Roi a été habilité à déterminer les circonstances, conditions et modalités dans lesquelles l'administration peut déroger au principe de l'engagement statutaire pour conclure un contrat de travail³¹⁴. À l'heure actuelle, force est de constater que l'engagement contractuel s'impose de plus en plus souvent. Dès lors, cette ouverture remet en question, pour le futur, le maintien du principe de l'engagement statutaire dans la fonction publique³¹⁵.

Section 2 – Controverses doctrinales et jurisprudentielles quant au licenciement des agents contractuels occupés par un employeur public

Sous-section 1 – Rappel du contexte en droit du travail

Exception faite du cas de licenciement pour motifs graves, le droit du travail n'impose pas à l'employeur de motiver formellement une décision de licenciement³¹⁶. De ce fait, les motifs de

³⁰⁸ A.-L. DURVIAUX, *op. cit.*, p. 240.

³⁰⁹ C.E., 1^{er} juillet 1955, Laloyaux, n° 4452 ; C.E., 27 juillet 1956, Vandeveld, n° 5302.

³¹⁰ A. FEYT, « La fonction publique de demain sera-t-elle de carrière ou d'emploi ? », *Rev. dr. ULB*, 2006, p. 228.

³¹¹ A. MOLITOR, « Les avatars d'un statut », *A.P.T.*, 1997, pp. 4-7.

³¹² A.-L. DURVIAUX, *op.cit.*, p. 242.

³¹³ L. CAMU, *Le statut des agents de l'État*, Bruxelles, IMIFI, 1937, p. 77.

³¹⁴ A.-L. DURVIAUX, *op.cit.*, p. 248.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 248.

³¹⁶ C. DESMET, « Le congé en droit du travail devra-t-il bientôt être formellement motivé ? », *J.T.T.*, 2013, p. 337.

droit ayant justifié cet acte ne doivent pas être communiqués au travailleur³¹⁷. La transmission de ces éléments permettrait toutefois à l'agent de parfaire sa connaissance des faits qui ont conduit à la rupture de son contrat en vue d'un éventuel recours devant les juridictions du travail³¹⁸. Néanmoins, la Convention collective de travail n° 109, applicable exclusivement aux employeurs du secteur privé, prévoit la possibilité pour l'employé de se faire communiquer, *a posteriori*, les motifs concrets de son licenciement³¹⁹.

En outre, le principe général de droit *audi alteram partem* impose à toute autorité administrative de procéder à l'audition de ses agents statutaires avant de prendre à leur égard une décision susceptible d'affecter gravement leur situation personnelle³²⁰. En effet, l'autorité doit être en mesure de statuer en toute connaissance de cause et il doit être permis à l'intéressé de faire valoir son point de vue sur la décision envisagée à son encontre³²¹. S'il n'est pas requis qu'il soit entendu personnellement et oralement, il devra, à tout le moins, pouvoir s'exprimer par l'intermédiaire de son avocat³²² ou par écrit³²³.

Sous-section 2 – Position favorable à l'application des principes de motivation formelle et d'audition préalable au licenciement des agents contractuels de la fonction publique

La question s'est posée de savoir si les principes de motivation formelle et d'audition préalable devaient être respectés par les autorités administratives lorsqu'elles envisagent de licencier un de leur agent contractuel pour des motifs liés à son comportement³²⁴.

Avant que la Cour de cassation et le Conseil d'État ne se prononcent à cet égard, les avis étaient partagés entre le nord et le sud du pays. Les auteurs de doctrine francophones estimaient

³¹⁷ A. CASTADOT, « Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public (première partie) », *J.T.T.*, 2017, p. 1.

³¹⁸ TH. STIEVENARD et N. LAMBRECHT, « Le licenciement d'un agent contractuel de la fonction publique n'est pas un acte administratif », *Chr. D. S.*, 2016, p. 398.

³¹⁹ A. CASTADOT, « Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public (première partie) », *op. cit.*, p. 1.

³²⁰ J. DE WILDE D'ESTMAEL, « L'audition préalable au licenciement dans le secteur public : un partout ? », *J.L.M.B.*, 2017, p. 1700.

³²¹ *Ibid.*, p. 1700.

³²² C.E., 12 décembre 2002, Taymans, n° 113.544, inédit, cité par J. DE WILDE D'ESTMAEL, « L'audition préalable au licenciement dans le secteur public : un partout ? », *J.L.M.B.*, 2017, p. 1700.

³²³ C.E., 26 février 2014, Louvet, n° 226.552, inédit, cité par J. DE WILDE D'ESTMAEL, « L'audition préalable au licenciement dans le secteur public : un partout ? », *J.L.M.B.*, 2017, p. 1700 ; C.E., 1^{er} août 2012, n° 220.401, Shabani, *Chr. D.S.*, 2016, p. 444.

³²⁴ J. DE WILDE D'ESTMAEL, « Le point sur le licenciement des agents contractuels dans le secteur public », *op. cit.*, p. 3.

que le principe de motivation formelle des actes administratifs, tel que régi par la loi du 29 juillet 1991³²⁵, était applicable à la décision de licenciement d'un agent contractuel. À leur estime, telle était également la solution qui devait être retenue pour les principes généraux de bonne administration et, en particulier, pour le principe d'audition préalable³²⁶.

Divers arguments ont été avancés par les tenants de cette thèse afin de soutenir leur position. Ils considèrent que la décision de licenciement est un acte administratif au sens de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs (ci-après, « Loi du 29 juillet 1991 »)³²⁷. Il s'agit bien d'un acte juridique unilatéral ayant pour but de produire des effets juridiques à l'égard de son destinataire, le travailleur. Dès lors, tout acte de licenciement émanant d'une autorité administrative doit faire l'objet d'une motivation formelle³²⁸.

De plus, ils considèrent que le licenciement est une mesure grave adoptée à l'encontre du travailleur. Puisque le droit administratif impose à toute autorité administrative d'entendre les personnes à l'égard desquelles elle envisage de prendre une telle mesure, il leur incombe d'entendre systématiquement le travailleur concerné, à tout le moins lorsque cette décision est liée à son comportement³²⁹.

M. DETRY et D. CASTIAUX résument la position francophone quant à l'application des principes généraux de bonne administration au licenciement d'un agent contractuel en ces termes : *« Ce n'est pas parce qu'une autorité publique engage du personnel qu'elle perd sa qualité de participante directe à la défense du bien public et représentante de l'intérêt général. Bien au contraire, si elle engage du personnel c'est, nécessairement et obligatoirement pour assumer mieux cet intérêt général. Il serait donc singulièrement paradoxal que pour assurer le bien public, l'autorité puisse ne pas appliquer les principes de bonne administration »*³³⁰.

L. DEAR et O. DEPRINCE estiment également que *« lorsque la lettre de licenciement que l'autorité publique adresse à l'un de ses agents contractuels ne répond pas aux exigences de la loi*

³²⁵ Loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, M.B., 19 septembre 1991, p. 19976.

³²⁶ V. VUYLSTEKE et S. DE SOMER, « Motivation formelle du licenciement des agents contractuels du secteur public : voyage en eaux troubles », *Droit communal*, 2017, p. 17.

³²⁷ Loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, art. 1^{er}.

³²⁸ A. CASTADOT, « Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public (première partie) », *op. cit.*, p. 2.

³²⁹ *Ibid.*, p. 2.

³³⁰ M. DETRY et D. CASTIAUX, « La discipline des contractuels – Quelles spécificités ? », in J. JACQMAIN, *Une terre de droit du travail : les services publics*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 229.

du 29 juillet 1991, elle doit être considérée comme nulle »³³¹. Il en va de même lorsqu'il a été omis de procéder à l'audition de l'intéressé³³². Par conséquent, « le contrat de travail continue [...] en principe à exister, sauf si la rupture peut se déduire, fut-ce implicitement, d'autres éléments »³³³. Cependant, on ne peut recenser aucune décision de jurisprudence confirmant l'application de cette sanction de nullité. Les juridictions ont en effet considéré qu'au vu du caractère définitif et irrévocable du licenciement, la faute de l'employeur ne pouvait donner lieu qu'à l'obtention de dommages et intérêts³³⁴.

Sous-section 3 – Position défavorable à l'application des principes de motivation formelle et d'audition préalable au licenciement des agents contractuels de la fonction publique

Du côté néerlandophone, la doctrine a estimé que toute décision de licenciement d'un agent contractuel n'était pas soumise au respect, d'une part, des principes issus de la loi du 29 juillet 1991 et d'autre part, des principes généraux de bonne administration, en ce compris du principe *audi alteram partem*³³⁵.

En ce sens, P. VAN ORSHOVEN considère que ne sont visés par la loi sur la motivation formelle que « les actes administratifs au sens traditionnel, c'est-à-dire les décisions d'une autorité publique qui, d'autorité, et sans l'approbation de l'intéressé, créent des droits et des obligations et sont dès lors unilatéralement obligatoires, sont exécutoires et bénéficient du 'privilège du préalable' »³³⁶. Le licenciement n'est pas le « fruit du pouvoir de décision unilatérale d'une autorité administrative »³³⁷ : il « puise sa source dans la bilatéralité du contrat »³³⁸ et « dans

³³¹ L. DEAR et O. DEPRINCE, « Incidences de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs sur le licenciement du personnel contractuel du secteur public », *J.T.T.*, 2005, pp. 178-179.

³³² A. DE BECKER, « Het ontslag van arbeidscontractanten in de publieke sector », in M. RIGAUX et W. RAUWS (red.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 8, Anvers, Intersentia, 2010, p. 175.

³³³ L. DEAR et O. DEPRINCE, *op. cit.*, pp. 178-179.

³³⁴ A. CASTADOT, « Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public (première partie) », *op. cit.*, p. 2.

³³⁵ K. SALOMEZ et H. FUNCK « Le licenciement d'un agent contractuel d'un service public, un acte non de droit public mais de droit privé », *Chr. D.S.*, 2013, p. 333

³³⁶ P. VAN ORSHOVEN, « De uitdrukkelijke motivering van administratieve rechtshandelingen », *R.W.*, 1991-92, p. 490: « Wat overblijft zijn administratieve rechtshandelingen (...) in de traditionele betekenis, dit zijn de beslissingen van een of andere administratieve overheid, die gezagshalve, zonder toestemming van de betrokkene, rechten of verplichtingen scheppen, en derhalve eenzijdig verbindend en uitvoerbaar zijn en het privilege du préalable genieten ».

³³⁷ P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 24.

³³⁸ TH. STIEVENARD, « Le licenciement des contractuels de la fonction publique », in P. LEVERT et B. LOMBAERT (sous la dir. de), *Droit et contentieux dans la fonction publique : 10 années d'actualité*, Bruxelles, IFE, 2013, pp. 323-324.

*l'application de la loi du 3 juillet 1978*³³⁹ *relative aux contrats de travail prévoyant cette faculté* »³⁴⁰.

L'objectif poursuivi par la loi de 1991 lorsqu'elle impose la motivation formelle des actes administratifs est de réduire le fossé entre le citoyen et l'autorité, cette dernière étant tenue d'indiquer les motifs fondant sa décision³⁴¹. Or, lorsqu'elle agit comme employeur, l'administration n'exerce aucun pouvoir de commandement à l'égard de ses travailleurs³⁴². Comme elle n'utilise pas, dans ce cadre, de toutes les prérogatives de la puissance publique et ne bénéficie pas de tous les privilèges qui y sont liés³⁴³, il n'y a pas lieu d'appliquer les règles de motivation formelle des actes administratifs³⁴⁴. La correction des inégalités factuelles résultant du contrat se fera par le biais des mécanismes du droit du travail³⁴⁵.

Quant à l'application des principes généraux de bonne administration, les auteurs néerlandophones ont tendance à considérer que, lorsque l'autorité publique conclut un contrat, elle n'agit plus en tant que détentrice de la puissance publique mais en tant que personne privée. Elle renonce dès lors à ses privilèges afin de devenir un co-contractant ordinaire. Or, les principes généraux de bonne administration sont généralement admis comme des correctifs à la position privilégiée de l'administration. À partir du moment où l'autorité administrative abandonne ses prérogatives de puissance publique, il n'existe plus de déséquilibre entre sa position privilégiée et celle de l'administré : les auteurs néerlandophones considèrent donc qu'il n'est plus nécessaire d'avoir égard aux règles du droit administratif et d'appliquer le correctif que constituent les principes généraux de bonne administration³⁴⁶.

De plus, le Conseil d'État a toujours systématiquement refusé de connaître des recours portés contre une décision de licenciement d'un agent contractuel de la fonction publique et de reconnaître à cette décision le caractère d'acte détachable du contrat. Il a en effet estimé que le contrat de travail était générateur de droits subjectifs de nature civile pour lesquels seules les

³³⁹ Loi du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail, *M.B.*, 22 août 1978, p. 9277.

³⁴⁰ TH. STIEVENARD, *op. cit.*, pp. 323-324.

³⁴¹ K. SALOMEZ et H. FUNCK, *op. cit.*, p. 335.

³⁴² A. CASTADOT, « Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public (première partie) », *op. cit.*, p. 3.

³⁴³ K. SALOMEZ et H. FUNCK, *op. cit.*, p. 339.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 335.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 337.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 339.

juridictions judiciaires étaient compétentes³⁴⁷. Le pouvoir de licencier est un instrument de droit privé, indissociablement lié à l'exécution des clauses contractuelles. La décision de mettre fin à un contrat de travail n'est donc pas une prérogative propre de l'administration³⁴⁸.

Chapitre 2 – L'arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 2015 : élément déclencheur

Section 1 – Jurisprudence antérieure à l'arrêt

Cette controverse doctrinale a été traitée par la Cour de cassation dans un arrêt de principe rendu le 12 octobre 2015³⁴⁹. Avant cet arrêt, la Cour ne s'était jamais prononcée expressément sur la question de l'application de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle et des principes généraux de bonne administration au licenciement d'un contractuel de la fonction publique³⁵⁰.

En 2011³⁵¹, la Cour de cassation a traité d'une affaire relative à l'obligation de mention des voies de recours dans tous les actes administratifs individuels. En l'espèce, la Cour a considéré que la disposition du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation faisant état de cette obligation n'imposait pas³⁵², « *s'agissant d'une décision mettant fin à un contrat de travail, l'indication sur celle-ci de l'action ouverte au tribunal du travail et du délai de prescription de cette action* »³⁵³. Par conséquent, comme le résume TH. STIEVENARD, il semble que, dans cet arrêt, la Cour a « *clairement considéré que la rupture d'un contrat de travail n'était pas un acte administratif unilatéral, au sens de la législation relative à la publicité de l'administration* »³⁵⁴.

Dans un arrêt rendu le 12 mai 2014³⁵⁵, la Cour de cassation a autorisé l'employeur public à justifier, *a posteriori*, sa décision de licenciement en se fondant sur d'autres motifs que ceux évoqués dans la motivation du congé. Cet enseignement n'est dès lors pas conciliable avec la thèse selon laquelle la décision de licenciement serait soumise à l'obligation de motivation formelle telle

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 336.

³⁴⁸ V. VUYLSTEKE et S. DE SOMER, « Motivation formelle du licenciement des agents contractuels du secteur public : voyage en eaux troubles », *op. cit.*, p. 18.

³⁴⁹ Cass., 12 octobre 2015, *Pas.*, 2015, p. 2314; *J.T.T.*, 2016, p. 27, note G. LEMAIRE ; *R.A.G.B.*, 2016, p. 943, note V. DOOMS ; *T. Gem.*, 2016, p. 125, note S. DE SOMER et V. VUYLSTEKE.

³⁵⁰ TH. STIEVENARD et N. LAMBRECHT, *op. cit.*, p. 400.

³⁵¹ Cass., 28 mars 2011, *J.T.T.*, 2011, p. 364 ; *Chr. D.S.*, 2013, p. 350, obs. J. JACQMAIN, « Droit du travail et droit administratif : la Pythie fume encore ». Cette jurisprudence casse C. trav. Bruxelles, 30 mai 2006, *Chr. D.S.*, 2007, p. 522.

³⁵² A. CASTADOT, « Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public (première partie) », *op. cit.*, p. 6.

³⁵³ Cass., 28 mars 2011, *op. cit.*

³⁵⁴ TH. STIEVENARD, *op. cit.*, p. 317.

³⁵⁵ Cass., 12 mai 2014, *Pas.*, 2014, p. 1145.

qu'imposée par la loi du 29 juillet 1991³⁵⁶. En effet, cette loi requiert que les motifs de licenciement figurent dans l'*instrumentum* et interdit de prendre en compte d'autres motifs que ceux-là³⁵⁷.

Par conséquent, avant son arrêt du 12 octobre 2015, la Cour de cassation ne semblait pas encline à accepter une interpénétration entre les règles du droit administratif et du droit social³⁵⁸. On est même en droit de se demander si elle n'annonçait pas par là sa volonté d'instaurer des frontières parfaitement étanches entre le droit public et le droit privé³⁵⁹.

Section 2 - Les faits de la cause et la position de la Cour du travail de Gand

L'arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 2015 casse un autre arrêt rendu par la Cour du travail de Gand (div. Bruges) du 24 avril 2012³⁶⁰. En l'espèce, un agent contractuel réclamait l'obtention de dommages et intérêts devant les juridictions du travail suite à son licenciement par la commune qui l'employait. Il fondait ses moyens sur l'absence de motivation formelle de la décision de son employeur ainsi que sur le défaut d'audition préalable³⁶¹.

Prenant le contre-pied de la tendance suivie par les juridictions du travail de l'époque qui se contentaient de motivations succinctes, la Cour du travail de Gand a adopté un arrêt rigoureusement motivé en droit. L'examen de celui-ci permet de comprendre tout le sens de la jurisprudence développée subséquentement par la Cour de cassation.

La Cour du travail s'est d'abord interrogée sur la question de savoir si la décision de licenciement d'un contractuel de la fonction publique devait ou non s'analyser comme un « acte administratif » au sens de la loi du 29 juillet 1991³⁶². Elle a considéré que le licenciement était bien un acte administratif unilatéral de portée individuelle, émanant d'une autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État et entraînant des conséquences juridiques pour la situation de l'administré qu'est le travailleur licencié. Cet acte, même s'il relève

³⁵⁶ TH. STIEVENARD et N. LAMBRECHT, *op. cit.*, p. 400.

³⁵⁷ P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 186-187.

³⁵⁸ A. CASTADOT, « Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public (première partie) », *op. cit.*, p. 6.

³⁵⁹ J. JACQMAIN, « Droit du travail et droit administratif : la Pythie fume encore », note sous Cass., 28 mars 2011, *Chr. D.S.*, 2013, p. 350.

³⁶⁰ C. trav. Gand, 24 avril 2012, R.G. n° 2010/AR/101, inédit, cité par TH. STIEVENARD et N. LAMBRECHT, *op. cit.*, p. 400.

³⁶¹ A. CASTADOT, « Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public (deuxième partie) », *J.T.T.*, 2017, p. 18.

³⁶² *Ibid.*, p. 18.

du champ d'application de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail, est également soumis au respect des obligations découlant de la loi relative à la motivation formelle des actes administratifs³⁶³. Par ces motifs, la Cour a jugé que l'employeur, qui avait lui-même fait référence à la loi de 1991 dans le préambule de sa délibération, avait commis une faute justifiant l'octroi de dommages et intérêts³⁶⁴.

Elle a ensuite estimé que l'autorité publique, même lorsqu'elle agit comme employeur, doit respecter les principes généraux de bonne administration dont fait partie le principe d'audition préalable³⁶⁵. Pour soutenir son argumentation, la Cour fait référence à un arrêt du Conseil d'État du 19 janvier 1998³⁶⁶ qui avait considéré que le principe *audi alteram partem* trouvait à s'appliquer dans d'autres relations que les relations de travail statutaires. Compte tenu de la gravité de la mesure envisagée, la commune aurait dû procéder à une audition préalable de son travailleur. Cette faute a ouvert à nouveau le droit à l'octroi de dommages et intérêts³⁶⁷.

Section 3 – Les conclusions de l'avocat général

Dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation, l'avocat général VANDERLINDEN a estimé que l'arrêt de la Cour du travail de Gand devait être cassé et que ni la loi du 29 juillet 1991 ni les principes généraux de bonne administration ne s'appliquaient au cas d'espèce.

Il considère que lorsqu'une autorité administrative décide d'engager un agent sous contrat de travail, elle adopte une décision qui se détache du contrat et qui peut être soumise au contrôle du Conseil d'État. Seul cet acte sera astreint au respect du principe de motivation formelle : en effet, une fois le contrat conclu³⁶⁸, « *l'administration quitte la sphère du droit public et se soumet au droit des contrats comme n'importe quel autre employeur* ». À cet égard, l'avocat général se réfère aux travaux préparatoires à l'adoption de cette loi. Il en a déduit que le législateur avait pour objectif « *d'atténuer le caractère unilatéral du droit administratif* » mais n'avait pas pour autant la prétention d'intervenir afin de régir les relations contractuelles de l'administration. Lorsqu'elle

³⁶³ TH. STIEVENARD et N. LAMBRECHT, *op. cit.*, pp. 400-401.

³⁶⁴ A. CASTADOT, « Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public (deuxième partie) », *op. cit.*, p. 18.

³⁶⁵ TH. STIEVENARD et N. LAMBRECHT, *op. cit.*, p. 401.

³⁶⁶ C.E., 19 janvier 1998, Baele, n°70.876, *R.W.*, 1998-99, p. 645.

³⁶⁷ A. CASTADOT, « Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public (deuxième partie) », *op. cit.*, p. 18.

³⁶⁸ F. BELLEFLAMME, « Motivation formelle et motivation matérielle du licenciement d'un travailleur contractuel dans le secteur public », note sous Cass., 12 octobre 2015, *Droit communal*, 2019, p. 6.

conclut un contrat, l'autorité administrative se soumet aux règles du droit privé contractuel. Elle quitte sa position privilégiée de droit public pour devenir une partie au contrat³⁶⁹. Dès lors, comme l'administration abandonne son statut de puissance publique, il n'est plus non plus nécessaire d'avoir égard aux corrections qu'apportent les principes généraux de bonne administration³⁷⁰.

Section 4 – La décision de la Cour de cassation

Faisant sien le raisonnement de l'avocat général VANDERLINDEN, la Cour de cassation a décidé de casser la décision de la Cour du travail de Gand. Elle a considéré que « *le licenciement notifié à un agent contractuel ne constitue pas un acte administratif, ni au regard de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ni au regard des principes généraux de bonne administration et en particulier celui de l'obligation d'audition préalable* »³⁷¹.

Sous-section 1 – Les enseignements de l'arrêt quant à l'application du principe audi alteram partem

Le deuxième moyen de l'arrêt était pris de la violation de l'obligation d'audition préalable. La Cour de cassation a considéré que, puisque les règles relatives à la cessation d'un contrat de travail à durée déterminée issues des articles 32, 3°, 37 et 39 de la loi du 3 juillet 1978 ne prévoient pas l'obligation pour l'employeur d'entendre son travailleur avant de le licencier, imposer une telle contrainte à l'autorité administrative lorsqu'elle procède au licenciement d'un de ses contractuels déroge au prescrit légal³⁷². Or, les principes généraux de droit ne peuvent déroger aux dispositions législatives³⁷³ : ils n'ont aucune valeur constitutionnelle et ne peuvent intervenir *contra legem*.

La Cour de cassation rappelle que les principes généraux de bonne administration ont vocation à régir les relations unilatérales entre autorités administratives et administrés et non les relations entre parties contractantes. En outre, ces principes ne trouvent à s'appliquer que de manière supplétive, lorsqu'aucun texte légal ne règle la situation³⁷⁴. Or, en l'espèce, la loi sur le

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 10.

³⁷⁰ A. CASTADOT, « Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public (deuxième partie) », *op. cit.*, p. 18.

³⁷¹ TH. STIEVENARD et N. LAMBRECHT, *op. cit.*, p. 401.

³⁷² Cass., 12 octobre 2015, *op. cit.*

³⁷³ J. DE WILDE D'ESTMAEL, « Le point sur le licenciement des agents contractuels dans le secteur public », *op. cit.*, pp. 3-4.

³⁷⁴ P. MARCHAL, *Les principes généraux du droit*, t. XI, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 333.

contrat de travail ne souffre d'aucune lacune devant être palliée par l'imposition d'une obligation d'audition préalable³⁷⁵.

L'arrêt suit donc la position défendue par une partie importante de la doctrine néerlandophone qui considère que les principes généraux de bonne administration ne trouvent à s'appliquer que lorsque l'administration agit en tant que détentrice de la puissance publique, afin de corriger sa position privilégiée. Néanmoins, lorsqu'elle décide de conclure un contrat, ce déséquilibre disparaît et les administrés ne doivent plus être protégés contre l'arbitraire de l'administration³⁷⁶.

La Cour conclut en considérant que « *l'absence d'audition préalable de l'agent contractuel ne constitue pas une faute dans le chef de l'employeur public qui procède à son licenciement* »³⁷⁷.

Sous-section 2 – Les enseignements de l'arrêt quant à l'application de la loi du 29 juillet 1991

La Cour de cassation a jugé que le principe de motivation formelle issu de la loi du 29 juillet 1991 n'était pas applicable au licenciement d'un contractuel de la fonction publique³⁷⁸. Sur ce point, elle fait référence, à l'instar de l'avocat général, aux travaux parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi. Elle confirme qu'à son estime, l'autorité administrative qui décide de conclure un contrat quitte la sphère publique pour entrer dans celle du droit civil. Elle se soumet dès lors au droit contractuel et au principe de convention-loi (art. 1134, C.Civ) et n'est pas en droit de modifier, par sa propre volonté, le contrat travail³⁷⁹.

Il ressort des travaux préparatoires que le licenciement ne peut être considéré comme un acte administratif unilatéral détachable du contrat. Par conséquent, il n'entre pas dans le champ d'application de la loi relative à la motivation formelle. Le non-respect de ces dispositions ne peut donc être considéré comme constituant une faute dans le chef de l'autorité administrative concernée³⁸⁰.

³⁷⁵ TH. STIEVENARD et N. LAMBRECHT, *op. cit.*, p. 404.

³⁷⁶ J. DE WILDE D'ESTMAEL, « L'audition préalable au licenciement dans le secteur public : un partout ? », *op. cit.*, p. 1702.

³⁷⁷ TH. STIEVENARD et N. LAMBRECHT, *op. cit.*, p. 403.

³⁷⁸ J. DE WILDE D'ESTMAEL, « Le point sur le licenciement des agents contractuels dans le secteur public », *op. cit.*, p. 10.

³⁷⁹ TH. STIEVENARD et N. LAMBRECHT, *op. cit.*, p. 402.

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 402.

Section 5 – Critiques

Cet arrêt du 12 octobre 2015 a rapidement été contesté et critiqué par la partie de la doctrine favorable au respect des obligations de motivation formelle et d'audition préalable³⁸¹. Quatre objections principales peuvent être recensées.

Premièrement, certains auteurs considèrent que cet arrêt, en raison de sa motivation laconique, ne met pas fin à la controverse qui divise notre pays³⁸². En effet, selon P. JOASSART et N. BLONBLED, l'arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 2015 « *pourrait être [...] interprété comme n'excluant pas l'application du principe d'audition préalable aux contractuels de la fonction publique* »³⁸³. Ils considèrent que la Cour « *casse [uniquement] sur l'appréhension du concept de faute* »³⁸⁴. Or, selon eux, le non-respect des obligations de motivation formelle et d'audition préalable ne peut constituer, *ipso facto*, une faute.

Cette interprétation de la jurisprudence de la Cour n'est toutefois pas unanimement soutenue. En effet, une autre partie de la doctrine, même si elle porte un regard critique sur l'arrêt, considère que, malgré sa motivation concise, celui-ci met sans nul doute fin à la controverse précitée³⁸⁵. Il est explicitement énoncé que « *le licenciement des 'contractuels' occupés par les 'pouvoirs publics' ne doit pas être précédé de leur audition préalable et ne doit pas être motivé* »³⁸⁶. De plus, force est de constater que jurisprudence ultérieure à cet arrêt se conforme parfaitement à cet enseignement. Nous pouvons relever, à titre d'exemple, l'arrêt de la Cour du

³⁸¹ Voir L. DEAR et A. LHOSTE, « La motivation du licenciement. Les conséquences de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 2015 », in L. MARKEY, L. BERTRAND, D. CASTIAUX, L. DEAR et S. WYNDAU (sous la dir. de), *Actualités du droit social – Rétrospectives et perspectives concernant la loi sur le statut unique, le régime de chômage avec complément d'entreprise et la loi sur les pensions complémentaires*, Coll. de la Conférence du Jeune Barreau du Brabant Wallon, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 79 et s. ; S. GILSON, F. LAMBINET et Z. TRUSGNACH, *Les obligations particulières de l'employeur public lors du licenciement des travailleurs contractuels*, Limal, Anthémis, 2016, pp. 55 et s. ; S. GILSON, F. LAMBINET et Z. TRUSGNACH, « Licenciement des agents contractuels de la fonction publique : il ne faut ni audition préalable ni motivation ! Vraiment ? », *Bull. jur. et soc.*, 2016, pp. 7 et s. ; A. HACHEZ et P. VANHAVERBEKE, « La motivation du licenciement. Discrimination secteur privé versus secteur public », in S. GILSON et P. VANHAVERBEKE, *La rupture du contrat de travail : entre harmonisation et discrimination*, Limal, Anthémis, 2015, pp. 91 et s.

³⁸² TH. STIEVENARD et N. LAMBRECHT, *op. cit.*, p. 408.

³⁸³ P. JOASSART et N. BLONBLED, « Les principes généraux de droit administratif et de bonne administration en droit social », in P.-O. DE BROUX, B. LOMBAERT et F. TULKENS, *Actualité des principes généraux en droit administratif, social et fiscal*, Limal, Anthémis, 2015, pp. 106-107.

³⁸⁴ *Ibid.*, pp. 106-107.

³⁸⁵ J. BOUVIER et J.-M. VAN BOL, « Note d'observation – L'agent contractuel est-il licenciable *ad nutum* ? », *Droit communal*, 2016, p. 18, note sous Cass., 12 octobre 2015.

³⁸⁶ G. LEMAIRE, « La motivation du licenciement des travailleurs 'contractuels' occupés dans les services publics », *J.T.T.*, 2016, p. 30, note sous Cass., 12 octobre 2015.

travail de Liège du 13 novembre 2015³⁸⁷ ainsi que l'arrêt de la Cour du travail de Mons du 24 novembre 2015³⁸⁸.

La seconde critique porte sur le renvoi inadéquat aux travaux préparatoires de la loi du 29 juillet 1991. Il a été argué que ce renvoi était inutile et surabondant, la loi étant suffisamment claire et précise et les passages cités « guère éclairants » pour la question de l'applicabilité de la loi aux actes de licenciement des contractuels de la fonction publique³⁸⁹. Cette critique n'a cependant pas convaincu. On ne peut affirmer que la loi sur la motivation formelle est un texte clair : les controverses doctrinales et jurisprudentielles à ce sujet sont foison depuis plus de 15 ans³⁹⁰. À cet égard, comme le souligne C.-E. CLESSE, « *lorsque le sens de la loi est douteux, ou que le texte n'a pas statué, le juge doit rechercher l'intention du législateur notamment sur la base des travaux préparatoires* »³⁹¹. En outre, même si les travaux préparatoires ne font pas expressément référence à l'acte de licenciement, ils précisent que la loi n'a pour vocation qu'à s'appliquer aux actes administratifs, excluant de la sorte de son champ d'application les contrats conclus par l'administration. Ces auteurs de doctrine considèrent donc que la Cour a estimé, à bon droit, que la loi du 29 juillet 1991 ne s'appliquait pas aux actes de licenciement posés dans le cadre de l'exécution du contrat d'un agent de la fonction publique³⁹².

Troisièmement, il a été avancé que cet arrêt procédait d'une confusion entre « *la nature de l'acte juridique et les règles de répartition des compétences entre juridictions civiles et administratives* »³⁹³. Cette critique se fonde sur les propos de l'avocat général qui a défendu la thèse selon laquelle la loi du 29 juillet 1991 ne s'appliquait pas au licenciement des agents contractuels en raison de l'incompétence du Conseil d'État d'en connaître au regard de l'article 14 des lois coordonnées. Les tenants de cette position estiment que l'incompétence du Conseil d'État ne suffit pas à conclure que l'acte de licenciement n'est pas un acte administratif entrant dans le champ d'application de la loi en cause³⁹⁴. Or, l'article 2 de la loi du 29 juillet 1991 fait lui-même référence à l'article 14 des lois coordonnées. De plus, les travaux préparatoires précisent que le

³⁸⁷ C. trav. Liège, 13 novembre 2015, R.G. n° 2014/AL/646, inédit.

³⁸⁸ C. trav. Mons, 24 novembre 2015, R.G. n° 2014/AM/213, inédit.

³⁸⁹ S. GILSON, F. LAMBINET et Z. TRUSGNACH, *Les obligations particulières de l'employeur public lors du licenciement des travailleurs contractuels*, op. cit., p. 61. Dans le même sens : L. DEAR et A. LHOSTE, op. cit., p. 84.

³⁹⁰ TH. STIEVENARD et N. LAMBRECHT, op. cit., p. 408.

³⁹¹ C.-E. CLESSE, *L'assujettissement à la sécurité sociale des travailleurs salariés et indépendants – Aux frontières de la fausse indépendance*, 3^{ème} éd., Mechelen, Kluwer, 2015, pp. 159-160.

³⁹² TH. STIEVENARD et N. LAMBRECHT, op. cit., p. 409.

³⁹³ Ibid., p. 409.

³⁹⁴ Ibid., p. 409.

champ d'application de la loi doit s'interpréter au regard de la jurisprudence du Conseil d'État en matière d'actes administratifs. Cette critique n'est donc pas fondée³⁹⁵.

Enfin, l'arrêt de la Cour de cassation a également posé question au regard de l'éventuelle différence de traitement entre les agents statutaires et les agents contractuels. En effet, si le principe *audi alteram partem* est obligatoire pour les premiers, il ne l'est en revanche pas pour les seconds. Pour certains auteurs, la différence de situation entre ces deux catégories ne justifiait toutefois pas un traitement opposé au regard de ce principe³⁹⁶. S'il est admissible de défendre cette différence de traitement au regard de l'objectif légitime qu'est la protection des agents statutaires contre l'arbitraire de l'action administrative (ceux-ci ne bénéficiant pas des protections de droit civil découlant de l'article 1134, C.Civ)³⁹⁷, il est également nécessaire d'assurer un traitement identique entre agents, quels que soient les instruments qui les rattachent à l'administration³⁹⁸.

Chapitre 3 – La confirmation par le Conseil d'État de l'enseignement de la Cour de cassation

Dans un arrêt rendu le 27 septembre 2016³⁹⁹, le Conseil d'État s'est rallié à la jurisprudence défendue par la Cour de cassation.

En l'espèce, il s'agissait du licenciement d'un contractuel de la fonction publique employé par une intercommunale wallonne. Contrarié, l'intéressé avait décidé de saisir l'autorité de tutelle, à savoir la Région wallonne, d'un recours gracieux. À l'appui de sa demande, il invoquait notamment l'absence d'audition préalable et l'incompétence de l'auteur de l'acte. Se fondant sur la violation du principe *audi alteram partem*, la Région wallonne avait décidé d'annuler la décision de licenciement. L'intercommunale s'est, par la suite, pourvue devant le Conseil d'État afin de demander l'annulation de cette décision⁴⁰⁰. Son deuxième moyen était fondé sur la violation des

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 410.

³⁹⁶ B.-H. VINCENT et A. VANGANSBEEK, « De l'audition préalable avant de licencier dans le secteur privé », *Orientations*, 2019, p. 11.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 12.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 12. Voir également S. GILSON et F. LAMBINET, « Le droit belge du licenciement est-il conforme aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *K.M.C. c. Hongrie* – L'audition préalable et la motivation du congé en question », in P. GOSSERIES et M. MORSA (coord.), *Le droit du travail 21^{ème} siècle, liber amicorum* CLAUDE WANTIEZ, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 404.

³⁹⁹ C.E., 27 septembre 2016, La S.C.R.L. Intercommunale d'étude et de gestion (I.E.G.), n° 235.871, *A.P.T.*, 2017, p. 121 ; *J.D.S.C.*, 2018, p. 89, note M. COIPEL ; *Droit communal.*, 2017, p. 45 ; *Chr. D.S.*, 2016, p. 378, note H. FUNCK ; *T. Gem.*, 2017, p. 57, note V. VUYLSTEKE et S. DE SOMER.

⁴⁰⁰ A. CASTADOT, « Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public (deuxième partie) », *J.T.T.*, 2017, p. 19.

articles 10, 11 et 24 de la Constitution, des principes d'égalité et de non-discrimination, de la loi du 29 juillet 1991, des articles 37 et 39 de la loi du 3 juillet 1978 et des principes généraux de bonne administration⁴⁰¹. Elle affirmait que « *ni le principe de l'audition préalable ni la loi du 29 juillet 1991 précitée ne trouvent à s'appliquer dans le cadre d'un licenciement lorsque le lien qui unit l'employeur du secteur public et son agent est de nature contractuelle* ». En effet, elle estime que le licenciement n'est pas un acte administratif et que l'intercommunale n'est pas non plus une autorité administrative au sens de la loi sur la motivation formelle. En outre, la loi sur le contrat de travail ne prévoit pas d'obligation d'audition préalable. À son sens, raisonner autrement conduirait à instaurer une différence de traitement entre les contractuels du secteur public et du secteur privé⁴⁰².

Prenant le contre-pied de sa jurisprudence antérieure, le Conseil d'État a adhéré à la thèse de l'intercommunale et a, de cette manière, entériné la jurisprudence de la Cour de cassation.

Chapitre 4 – Nuances quant à l'absence de motivation formelle et d'audition préalable

Bien que confirmée par deux de nos Cours suprêmes et appliquée dans la jurisprudence ultérieure, l'absence de motivation formelle et d'audition préalable en cas de licenciement par une autorité publique de ses contractuels n'est pas aussi absolue qu'il n'y paraît. Diverses règles et principes d'ordre national et international interviennent pour nuancer cette position.

Section 1 – Le respect des règles de droit interne

Ce n'est pas parce que la jurisprudence dispense l'employeur public de procéder à l'audition de ses contractuels ou de respecter les obligations issues de la loi du 29 janvier 1991 que celui-ci n'est pas tenu de se référer à la réglementation interne applicable. En effet, les règlements de travail ou statuts administratifs internes prévoient souvent l'obligation pour l'autorité administrative de procéder à l'audition de son travailleur et de motiver formellement sa décision lorsqu'elle décide de congédier celui-ci. Tout manquement pourra être sanctionné par l'imposition de dommages et intérêts pour autant que ces formalités ne soient pas incompatibles avec la loi du 3 juillet 1978. En cas de contradiction, la législation en vigueur primera sur les règlements internes⁴⁰³.

⁴⁰¹ F. BELLEFLAMME, *op. cit.*, p. 10.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 10.

⁴⁰³ A. CASTADOT, « Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public (deuxième partie) », *J.T.T.*, 2017, p. 21.

Section 2 – La notion d’abus de droit

Lorsqu’un employeur, qu’il soit public ou privé, décide de procéder au licenciement d’un de ses travailleurs, il ne peut le faire de manière abusive, en excédant « *manifestement les limites de l’exercice normal que ferait de ce droit un employeur prudent et diligent* »⁴⁰⁴.

À l’heure actuelle, la jurisprudence ne semble pas avoir considéré que l’employeur public commettait un abus de droit s’il ne motivait pas formellement sa décision. En effet, puisque la Cour de cassation et le Conseil d’État ont confirmé qu’il n’était pas contraint d’indiquer les motifs soutenant sa décision, il ne peut lui être reproché de ne pas l’avoir fait⁴⁰⁵.

Il n’en va pas de même au regard du respect du principe d’audition préalable. En effet, la jurisprudence a déjà eu l’occasion de considérer qu’une autorité administrative avait commis un abus de droit en omettant de procéder à une vérification de la véracité des moyens invoqués à l’appui de la décision de licenciement⁴⁰⁶. Au demeurant, seules les circonstances factuelles de l’espèce permettront de déterminer si la mise en place d’une audition préalable est ou non nécessaire. Comme le souligne à juste titre la Cour du travail de Liège, « *tantôt l’audition n’est absolument pas indispensable parce que tous les éléments sont connus et que l’audition ne peut rien apporter [...], tantôt l’audition est susceptible d’amener l’employeur à tenter d’obtenir des explications complémentaires utiles avant de prendre une aussi grave décision que celle de rompre le contrat sur l’heure, mais aussi, statuer en toute connaissance de cause* »⁴⁰⁷. Néanmoins, lorsqu’une telle audition s’impose, il serait inexact de prétendre que l’autorité administrative serait tenue de respecter un certain nombre de garanties procédurales formelles telles que le délai raisonnable, le droit d’accès au dossier ou le droit de se faire assister par le défenseur de son choix. Aucune règle légale ne prévoit de telles obligations⁴⁰⁸.

Section 3 – Le respect des règles de droit international et européen

Suite aux arrêts de la Cour de cassation et du Conseil d’État, certains défenseurs de la thèse favorable à l’application du principe de motivation formelle et des principes généraux de bonne

⁴⁰⁴ Cass., 18 février 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 117 ; Cass., 12 décembre 2005, *J.T.T.*, 2006, p. 155.

⁴⁰⁵ A. CASTADOT, « Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public (deuxième partie) », *J.T.T.*, 2017, p. 21.

⁴⁰⁶ V. VANNES et L. DEAR, *La rupture abusive du contrat de travail – Théorie et applications*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 443.

⁴⁰⁷ C. trav. Liège, 9 février 2004, inédit, R.G. n° 31 101/02, cité in C.-E. CLESSE, *Le licenciement abusif*, Mechelen, Kluwer, 2005, p. 6.

⁴⁰⁸ A. CASTADOT, « Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public (deuxième partie) », *J.T.T.*, 2017, p. 21.

administration au licenciement des contractuels de la fonction publique se sont tournés vers le droit international et européen afin de trouver de nouveaux moyens à l'appui de leur thèse.

Sous-Section 1 – La Convention de l'Organisation Internationale du Travail

Le droit international ne prévoit pas l'obligation pour un employeur de motiver formellement la décision de licenciement qu'il prononce⁴⁰⁹. L'article 4 de la Convention n° 158 de l'Organisation Internationale du Travail (O.I.T.) ne consacre qu'une obligation de motivation matérielle : il énonce qu'il ne pourra être mis fin au contrat d'un travailleur qu'en raison des motifs liés à son attitude, à sa conduite ou aux nécessités de fonctionnement du service.

L'article 7 de cette même Convention impose, quant à lui, l'obligation pour l'employeur de respecter le principe *audi alteram partem*. Cette intégration du principe dans le droit international confirme et renforce son caractère de principe général de droit⁴¹⁰.

Il convient toutefois de rappeler que les Conventions de l'O.I.T. n'ont pas de force juridique contraignante⁴¹¹. Cette Convention n'a d'ailleurs pas fait l'objet d'une ratification par la Belgique : elle ne s'applique donc pas dans l'ordre juridique interne belge⁴¹². Un travailleur ne pourrait pas invoquer cette disposition à l'appui de sa requête devant le juge national pour contester les manquements de son employeur⁴¹³.

Sous-section 2 – Les protections du droit européen

L'article 30 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne instaure une protection de tout travailleur contre les licenciements injustifiés. Contrairement aux Conventions de l'O.I.T., la Charte des droits fondamentaux, à laquelle il est reconnu une valeur équivalente aux traités⁴¹⁴, lie les différents États membres de l'Union européenne, en ce compris la Belgique⁴¹⁵.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 22.

⁴¹⁰ B.-H. VINCENT et A. VANGANSBEEK, *op. cit.*, p. 14.

⁴¹¹ V. VANNES et L. DEAR, *op. cit.*, p. 84.

⁴¹² M. VAN PUTTEN, « Doorwerking in het Belgische arbeidsrecht – IAO conventies, art. 6.4 ESH en soft law », in J. WOUTERS et D. VAN EECKHOUTTE (sous la dir. de), *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2006, p. 419.

⁴¹³ A. CASTADOT, « Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public (deuxième partie) », *J.T.T.*, 2017, p. 22.

⁴¹⁴ Traité sur l'Union européenne, *J.O.U.E.*, 26 octobre 2012, C 326, pp. 13 et s., art. 6.1.

⁴¹⁵ S. GILSON et F. LAMBINET, « Le droit belge du licenciement est-il conforme aux exigences du procès équitable posées par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *K.M.C. c. Hongrie* – L'audition préalable et la motivation du congé en question », *op. cit.*, p. 381.

Toutefois, certains auteurs estiment que cet article 30 ne se limite qu'à renvoyer à d'autres principes issus des articles 51 et 52 de la même Charte, considérés comme étant insuffisants à fonder un droit subjectif direct dans les chefs des particuliers⁴¹⁶. C. DESMET avance également que cet article 30 « *ne semble pas suffisamment clair, précis et inconditionnel pour être doté d'un effet direct horizontal (c'est-à-dire pour pouvoir être soulevé devant le juge belge et appliqué par lui dans un litige opposant deux particuliers, comme un employeur et un travailleur)* »⁴¹⁷. Dès lors, il semble que les auteurs de la Charte n'ont pas souhaité conférer à celle-ci un effet direct.

Dans son arrêt *K.M.C. c. Hongrie*⁴¹⁸, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que l'absence de motivation formelle du licenciement était contraire à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui consacre le droit à un procès équitable. En effet, la Cour a jugé que cette absence privait le travailleur concerné de la possibilité effective d'intenter un recours en justice contre la décision de licenciement puisqu'il n'avait pas connaissance des éléments factuels ayant mené l'autorité à prendre une telle décision⁴¹⁹. Dès lors, d'aucuns considèrent que le droit belge, en ce qu'il ne prévoit pas l'obligation pour l'employeur public de motiver formellement sa décision, serait contraire à l'article 6 précité⁴²⁰.

Suite à cela, on s'est interrogé sur la portée et les conséquences de cet arrêt en droit belge. Généralement, les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme se voient conférer une « autorité de chose interprétée » à l'égard des tiers⁴²¹. Les juges nationaux sont donc libres de déterminer les suites qu'ils souhaitent donner aux arrêts de la Cour, pour autant que cela respecte l'interprétation dégagée par l'arrêt⁴²². En revanche, il se peut également que le juge national se trouve, suite à l'intervention de la Cour, dans l'obligation positive d'adapter son cadre normatif⁴²³. Or, cela risque de poser problème en Belgique au regard de la motivation formelle du licenciement des agents contractuels du secteur public. En effet, comme aucune disposition n'impose une telle motivation, un employeur ne peut être contraint de communiquer les raisons de son licenciement

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 381.

⁴¹⁷ C. DESMET, « Le congé en droit belge devra-t-il être bientôt motivé ? », *J.T.T.*, 2013, p. 340.

⁴¹⁸ Cour. eur. D.H., arrêt *K.M.C. c. Hongrie* du 10 juillet 2012, <http://www.echr.coe.int.proxy.bib.ucl.ac.be> (28 janvier 2014) ; *Chr. D.S.*, 2013, p. 399, note H. FUNCK.

⁴¹⁹ *Ibid.*

⁴²⁰ F. LAMBINET, « L'arrêt *K.M.C. c. Hongrie* : un arrêt 'éclairant' ou une jurisprudence 'non applicable' en droit belge ? », *Bull. jur. et soc.*, 2014, p. 6.

⁴²¹ J. VANDE LANOTTE et Y. HAECK, *Handboek EVRM, Deel 1 – Algemeen Beginselen*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2005, pp. 721-733.

⁴²² I. HACHEZ, « La question des obligations positives », in S. VAN DROOGHENBROECK, *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 211.

⁴²³ *Ibid.*, p. 212.

au travailleur concerné afin qu'il puisse exercer un recours juridictionnel effectif⁴²⁴. Néanmoins, le juge risque, de la sorte, d'engager la responsabilité de l'État pour violation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁴²⁵. Il est donc souhaitable que le législateur intervienne pour combler cette lacune afin de mettre fin à cette situation d'insécurité juridique⁴²⁶.

Quant au principe d'audition préalable, certains auteurs soutiennent qu'il pourrait trouver un fondement dans l'article 30 de la Charte des droits fondamentaux. Le commentaire de cet article fait référence à l'article 24 de la Charte sociale européenne, lui-même inspiré de la Convention n° 158 de l'O.I.T.⁴²⁷. Cette déduction peut toutefois être contestée. En effet, le rapport explicatif de la Charte sociale ne fait que préciser que l'article 24 s'inspire de la Convention de l'O.I.T. : rien n'indique par contre que cet article devrait s'interpréter à la lumière de la Convention et en particulier de l'article 7 qui consacre l'obligation d'audition préalable. De ce fait, si les auteurs de la Charte avaient réellement voulu imposer une obligation d'audition préalable, ils l'auraient explicitement mentionné, ce qui n'est pas le cas en l'espèce⁴²⁸. En outre, la Charte des droits fondamentaux n'a pas d'effet direct dans l'ordre juridique interne⁴²⁹ : l'article 30 n'est donc pas enclin à fonder un droit à l'audition préalable dans le chef du travailleur congédié⁴³⁰.

Enfin, on soulignera que la jurisprudence issue de l'arrêt *K.M.C. c. Hongrie* n'aborde pas la question de l'audition préalable. La référence à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme n'est donc pas pertinente dans ce cadre⁴³¹.

⁴²⁴ A. CASTADOT, « Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public (deuxième partie) », *J.T.T.*, 2017, p. 23.

⁴²⁵ O. DE SCHUTTER, « La coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et le juge national », *Rev. b. dr. intern.*, 1997, p. 21.

⁴²⁶ A. CASTADOT, « Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public (deuxième partie) », *J.T.T.*, 2017, p. 23.

⁴²⁷ S. GILSON et F. LAMBINET, « Le droit belge du licenciement est-il conforme aux exigences du procès équitable posées par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *K.M.C. c. Hongrie* – L'audition préalable et la motivation du congé en question », *op. cit.*, p. 377.

⁴²⁸ A. CASTADOT, « Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public (deuxième partie) », *J.T.T.*, 2017, p. 23.

⁴²⁹ Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, *J.O.U.E.*, 14 décembre 2007, C 303, p. 17.

⁴³⁰ A. CASTADOT, « Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public (deuxième partie) », *J.T.T.*, 2017, p. 23.

⁴³¹ *Ibid.*, pp. 23-24.

Chapitre 5 – L'intervention de la Cour constitutionnelle

Le débat a récemment été relancé par divers arrêts de la Cour constitutionnelle. Dès lors, contrairement à ce qu'ont pu affirmer certains auteurs de doctrine, les arrêts de la Cour de cassation et du Conseil d'État n'ont pas mis fin à la controverse.

Section 1 – L'application de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs

Le 30 juin 2016, la Cour constitutionnelle⁴³² s'est prononcée sur l'applicabilité des règles de motivation formelle issues de la loi de 29 juillet 1991 au secteur public⁴³³. Elle a été saisie à titre préjudiciel de la question de savoir s'il n'y avait pas de discrimination envers les contractuels d'une autorité publique par rapport aux travailleurs du secteur privé soumis à la C.C.T. n° 109 qui prévoit la possibilité pour l'employé congédié d'exiger que son employeur lui communique les motifs ayant conduit à son licenciement⁴³⁴.

La Cour constitutionnelle a considéré que la catégorie des contractuels du secteur public était comparable à celle du secteur privé : le même régime doit leur être appliqué afin d'éviter toute discrimination⁴³⁵. Par conséquent, contrairement à ce qu'affirme la Cour de cassation, toute décision de licenciement d'un contractuel de la fonction publique devra faire l'objet d'une motivation formelle⁴³⁶.

Par cet arrêt, la Cour a donc mis en exergue une lacune législative qui instaure une discrimination à l'égard des travailleurs du secteur public. Elle a également précisé que « *dans l'attente de l'intervention du législateur, il appartient aux juridictions, en application du droit commun des obligations, de garantir sans discriminations les droits de tous les travailleurs du secteur public en cas de licenciement manifestement déraisonnable, en s'inspirant, le cas échéant, de la convention collective de travail n° 109* »⁴³⁷.

⁴³² C. Const., 30 juin 2016, n°101/2016, M.B., 8 septembre 2016, p. 60887 ; A.P.T., 2016, p. 570 ; note V. VUYLSTEKE et S. DE SOMER ; J.L.M.B., 2017, p. 1740, note R. CAPART. ; NjW, 2016, p. 575.

⁴³³ F. BELLEFLAMME, *op. cit.*, p. 10.

⁴³⁴ L. PELTZER et E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs : nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1^{er} avril 2014 », J.T., 2014, pp. 377-389.

⁴³⁵ F. BELLEFLAMME, *op. cit.*, p. 11.

⁴³⁶ S. GILSON et F. LAMBINET, « La motivation (formelle et substantielle) du licenciement des contractuels du secteur public », J.T.T., 2019, p. 56.

⁴³⁷ C. Const., 30 juin 2016, *op. cit.*, pt B.7.3.

Cette jurisprudence a néanmoins suscité des difficultés pratiques quant à sa mise en œuvre. La Cour du travail de Liège a tenté de donner quelques éléments de précisions⁴³⁸. Elle a rappelé que, bien que les compétences de la Cour constitutionnelle ne lui permettent pas de créer du droit positif ou d'élargir le champ d'application de la C.C.T. n° 109, « *il est possible et légitime d'appliquer le droit commun de l'abus de droit en se référant, comme [elle le suggère] aux critères de la C.C.T. n° 109* ». Elle juge que, « *dès lors qu'il convient de rechercher un critère pour apprécier un dépassement manifeste de l'exercice normal du droit de licencier qui ne discrimine pas les ouvriers du secteur public par rapport à ceux du secteur privé, il se justifie pour jauger l'attitude prétendument abusive d'un employeur du secteur public de se référer au comportement attendu de l'employeur diligent et prudent d'un ouvrier dans le secteur privé, lequel est soumis à la C.C.T. n° 109* ».

Quelque temps plus tard, la Cour constitutionnelle a rendu un nouvel arrêt⁴³⁹ important en matière de motivation du licenciement dans le secteur public. En l'espèce, un travailleur s'était pourvu devant le Tribunal du travail de Liège⁴⁴⁰ afin de réclamer des dommages et intérêts à charge de la Commune de La Bruyère pour licenciement abusif en raison de l'absence d'audition préalable et de motivation formelle de son licenciement. Le Tribunal relève que les contractuels de la fonction publique ne peuvent pas bénéficier des protections offertes par la C.C.T. n° 109 puisqu'elle ne s'applique qu'au secteur privé et que la Cour de cassation a, en 2015, écarté l'obligation pour l'employeur de respecter la loi du 29 juillet 1991⁴⁴¹. Le Tribunal a néanmoins décidé de saisir la Cour constitutionnelle afin de savoir si cette dernière exclusion ne constituait pas une discrimination entre agents contractuels et statutaires⁴⁴².

De façon quelque peu surprenante, la Cour constitutionnelle a jugé que le fait qu'aucune disposition législative ne permette aux contractuels du secteur public, contrairement aux travailleurs du secteur privé, de connaître des motifs justifiant la décision de licenciement n'était pas en soi contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle considère que l'objet et la finalité des

⁴³⁸ C. trav. Liège, 22 janvier 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 669, obs. R. LINGUELET.

⁴³⁹ C. Const., 5 juillet 2018, *M.B.*, 10 décembre 2018, p. 96615 ; *A.P.T.*, 2018, p. 487 ; *J.T.*, 2019, p. 161, note V. VULSTEKE et S. DE SOMER ; *J.T.T.*, 2018, p. 354 note E. TIBERMONT.

⁴⁴⁰ Trib. trav. Liège, 19 décembre 2016, R.G. n° 15/1763/A, inédit.

⁴⁴¹ J. DE WILDE D'ESTMAEL, « Le point sur le licenciement des agents contractuels dans le secteur public », *op. cit.*, p. 14.

⁴⁴² J. DE WILDE D'ESTMAEL, « Le point sur le licenciement des agents contractuels dans le secteur public », *op. cit.*, p. 15.

protections offertes à ces deux catégories de travailleurs constituent des motifs suffisants et de nature à justifier la différence de traitement au regard de l'application du principe de motivation formelle⁴⁴³. En effet, l'agent statutaire ne peut être congédié que sur le fondement des motifs limitativement énumérés par son statut. En cas de contestation, il pourra agir devant le Conseil d'État dans un délai de 60 jours. Il est primordial que l'intéressée soit, en vertu de la loi du 29 juillet 1991, le plus rapidement possible informé des motifs de son licenciement puisqu'il devra invoquer ces éléments dans sa requête. *A contrario*, l'agent contractuel est soumis aux règles relatives au contrat de travail qui autorisent n'importe quelle partie contractante à résilier unilatéralement le contrat et ce, à tout moment. L'agent contractuel pourra ensuite contester cette rupture devant le tribunal du travail dans un délai d'un an. Selon la Cour constitutionnelle, l'usage de la loi du 29 juillet 1991 n'est donc pas nécessaire puisque ce délai permet au travailleur de connaître les motifs de son licenciement⁴⁴⁴.

Nonobstant cela, la Cour entend réaffirmer⁴⁴⁵ sa jurisprudence antérieure issue de l'arrêt n° 101/2016 selon laquelle, dans l'attente d'une intervention du législateur, les juges sont dans l'obligation « *d'assurer à tous les travailleurs du secteur public l'égalité de droit face à un licenciement manifestement déraisonnable, au besoin en s'inspirant de la C.C.T. n° 109* »⁴⁴⁶. Cette nouvelle jurisprudence de la Cour constitutionnelle peut toutefois être critiquée au vu des objectifs poursuivis par le législateur lors de l'adoption de la loi du 29 juillet 1991. En effet, les travaux parlementaires⁴⁴⁷ laissent apparaître que si une des intentions du législateur était bien de favoriser le contrôle des décisions de l'administration, il souhaitait également permettre à tout citoyen de connaître les motifs d'une décision adoptée à son égard. Si la Cour s'était penchée sur cet objectif, elle aurait, sans nul doute, consacré l'obligation pour les autorités publiques de motiver formellement leur décision de licenciement afin notamment d'éviter toute erreur administrative, de prévenir le risque d'arbitraire et de préserver l'intérêt général⁴⁴⁸.

⁴⁴³ *Ibid.*, p. 15.

⁴⁴⁴ J. JACQMAIN, « Motivation des licenciements de travailleurs contractuels dans les services publics : le législateur fédéral est acculé », *Chr. D.S.*, 2019, pp. 265-266.

⁴⁴⁵ C. Const., 5 juillet 2018, *op. cit.*, pt. B.9, dernier alinéa.

⁴⁴⁶ J. JACQMAIN, « Motivation des licenciements de travailleurs contractuels dans les services publics : le législateur fédéral est acculé », *op. cit.*, p. 266.

⁴⁴⁷ Proposition de loi relative à la motivation formelle des actes administratifs, exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sénat, 1988, p. 7.

⁴⁴⁸ J. DE WILDE D'ESTMAEL, « Le point sur le licenciement des agents contractuels dans le secteur public », *op. cit.*, p. 15.

Section 2 – L’application des principes généraux de bonne administration et, en particulier, du principe *audi alteram partem*

Dans un arrêt rendu le 6 juillet 2017⁴⁴⁹, la Cour constitutionnelle a condamné l’interprétation de la Cour de cassation dégagée de son arrêt du 12 octobre 2015 selon laquelle les articles 32, 3^o et 37, §1^{er} de la loi du 3 juillet 1978 ne permettaient pas l’audition d’un contractuel de la fonction publique préalablement à son licenciement en ce qu’elle viole les articles 10 et 11 de la Constitution.

En effet, la Cour constate qu’il existe une différence de traitement entre les agents statutaires et les agents contractuels, les premiers étant les seuls à pouvoir bénéficier de l’application du principe *audi alteram partem*⁴⁵⁰. Or, « *il n’apparaît pas que l’employé d’une autorité publique qui reçoit son congé soit dans une situation différente selon qu’il a été recruté comme agent statutaire ou comme agent contractuel* »⁴⁵¹. La Cour constitutionnelle poursuit son argumentation en se ralliant à la thèse majoritairement francophone qui considère que, lorsqu’une autorité administrative conclut un contrat, elle ne renonce pas pour autant à ses prérogatives de puissance publique. Dès lors, puisqu’elle agit toujours comme gardienne de l’intérêt général, il lui incombe de respecter le principe d’audition préalable afin de pouvoir statuer en pleine connaissance de cause lorsqu’elle envisage d’adopter une mesure grave, telle que la résiliation du contrat en raison du comportement du travailleur concerné⁴⁵². « *Rien ne justifie en effet qu’une autorité publique apporte moins de soin à examiner la nécessité de rompre la relation de travail d’un de ses collaborateurs du seul fait que celle-ci s’inscrit dans un cadre contractuel, plutôt que statutaire* »⁴⁵³.

Alors que la Cour constitutionnelle avait jugé, au sujet de l’application du principe de motivation formelle, que la diversité de situations entre les agents statutaires et les agents contractuels justifiait une différence de traitement, elle accepte ici d’opérer une comparaison entre ces deux catégories⁴⁵⁴. Bien qu’elle ne cesse de répéter que « *les agents ne sont, en principe, pas comparables aux agents contractuels puisqu’ils se trouvent dans une situation juridique*

⁴⁴⁹ C. Const., 6 juillet 2017, n° 86/2017, M.B., 4 octobre 2017, p. 90103 ; A.P.T., 2017, p. 202, note V. VUYLSTEKE et S. DE SOMER ; J.L.M.B., 2017, p. 1696, note J. DE WILDE D’ESTMAEL.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, pt. B.5.

⁴⁵¹ *Ibid.*, pt. B.6.2.

⁴⁵² J. DE WILDE D’ESTMAEL, « L’audition préalable au licenciement dans le secteur public : un partout ? », *op. cit.*, p. 1703.

⁴⁵³ *Ibid.*, p. 1703.

⁴⁵⁴ F. BELLEFLAMME, *op. cit.*, p. 12.

*fondamentalement différente*⁴⁵⁵», dans l'arrêt examiné, la Cour semble avoir fait fi de ces différences et du contexte légal pour se focaliser uniquement sur l'objectif sous-jacent au principe d'audition préalable. Par conséquent, d'aucuns estiment que cette jurisprudence contient en elle-même la possibilité de remettre en cause les différences qui existent encore actuellement entre les régimes d'engagement statutaire et contractuel au sein de la fonction publique⁴⁵⁶.

Malgré cette abondante doctrine et jurisprudence, la controverse liée à l'application du principe *audi alteram partem* n'avait pas encore été réglée lorsqu'il s'agissait d'une décision de licenciement pour motifs graves. Le 22 février 2018, la Cour constitutionnelle⁴⁵⁷ a balayé toute hésitation à ce sujet et a réaffirmé sa jurisprudence du 6 juillet 2017. En effet, elle considère que « *l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 précitée, interprété comme autorisant une autorité publique à licencier un travailleur, avec lequel elle a conclu un contrat de travail, pour des motifs graves liés à sa personne ou à son comportement, sans être tenue d'entendre préalablement ce travailleur, n'est pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution* »⁴⁵⁸.

Toutefois, la combinaison du principe d'audition préalable et de l'article 35 de la loi sur le contrat de travail ne paraît pas aussi aisée qu'il y paraît⁴⁵⁹. En effet, l'article 35 précité impose le respect d'un délai de trois jours entre la connaissance des faits et la notification du congé pour motifs graves. Or, comment ce bref délai pourrait-il permettre d'offrir au travailleur la possibilité de prendre connaissance du dossier et de préparer utilement sa défense afin de faire valoir son point de vue ? C'est sur cette base que le Conseil des ministres a soutenu, devant la Cour constitutionnelle, l'argument selon lequel il ne serait pas possible pour l'autorité administrative de procéder à l'audition de son agent contractuel, compte tenu du court délai imposé par la loi sur le contrat de travail⁴⁶⁰. La Cour constitutionnelle a contourné cet argument en se référant à la jurisprudence de la Cour de cassation qui considère que le congé pour motifs graves ne peut avoir lieu que lorsqu'il se fonde sur des faits ayant été portés à la connaissance de la partie chargée de donner congé et lui ayant permis de prendre une décision pleinement éclairée. L'audition préalable

⁴⁵⁵ C. Const., 6 juillet 2017, *op. cit.*, pt. B.6.1.

⁴⁵⁶ J. DE WILDE D'ESTMAEL, « L'audition préalable au licenciement dans le secteur public : un partout ? », *op. cit.*, p. 1705.

⁴⁵⁷ C. Const., 22 février 2018, n°22/2018, *M.B.*, 18 juillet 2018, p. 57647 ; *A.P.T.*, 2018, p. 83, note V. VUYLSTEKE et S. DE SOMER ; *J.L.M.B.*, 2018, p. 637, note Q. CORDIER ; *J.T.T.*, 2018, p. 273, note. H. DECKERS.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, pt. B.9.

⁴⁵⁹ H. DECKERS, « Licenciement pour motif grave et obligation d'audition préalable de l'agent contractuel de la fonction publique : entre évolution et révolution », *J.T.T.*, 2018, p. 275.

⁴⁶⁰ V. VUYLSTEKE et S. DE SOMER, « La Cour constitutionnelle se prononce sur l'application du principe *audi alteram partem* en cas de licenciement pour motifs graves », *Administration publique*, 2018, p. 87.

peut constituer pour l'employeur un moyen d'acquérir une telle connaissance⁴⁶¹. Dans ce cas, le délai de trois jours ne prendra cours qu'après qu'il ait été procédé à l'audition de l'intéressé⁴⁶².

Ce constat d'absence d'incompatibilité posé par la Cour constitutionnelle entre l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 et le respect du principe *audi alteram partem* engendre néanmoins quelques difficultés pratiques. En effet, qu'en est-il lorsque l'autorité administrative dispose d'emblée des éléments factuels lui permettant de prononcer un licenciement pour motifs graves ? Certains auteurs estiment qu'il faudrait considérer que l'autorité n'est en mesure d'acquérir une connaissance suffisante des faits qu'après avoir offert la possibilité au travailleur de s'expliquer et ce, même si les faits paraissent d'emblée susceptibles de justifier une décision de licenciement pour motifs graves⁴⁶³. Afin d'éviter tout risque de contestation, il sera néanmoins opportun pour l'autorité administrative d'organiser une audition le plus rapidement possible après la prise de connaissance des faits. Un équilibre doit être trouvé entre le respect du principe *audi alteram partem* et le droit pour le travailleur de disposer du temps nécessaire à l'examen du dossier ainsi qu'à la préparation de sa défense⁴⁶⁴.

Chapitre 6 – Conclusion du titre V : Le point sur l'application des principes généraux de bonne administration au licenciement des contractuels de la fonction publique

Ce titre a principalement été dédié à l'analyse de la jurisprudence fluctuante de nos Cours suprêmes quant à l'application des principes généraux de bonne administration à une décision de licenciement d'un contractuel de la fonction publique. Bien que la Cour de cassation ait d'abord jugé qu'il n'y avait pas lieu de procéder à l'audition du contractuel avant de le congédier, la Cour constitutionnelle a, quelques années plus tard, pris le revers de cette position. Elle a estimé que le fait d'omettre le principe d'audition préalable lors d'un tel licenciement générerait une différence de traitement entre statutaires et contractuels qui ne pouvait être justifiée par des raisons objectives, pertinentes et raisonnables.

À l'heure actuelle, la question demeure de savoir si cet enseignement de la Cour constitutionnelle pourrait voir son champ d'application étendu à l'ensemble des principes généraux de bonne administration lors du licenciement d'un contractuel de la fonction publique. À cet égard,

⁴⁶¹ Cass., 14 octobre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 921.

⁴⁶² C. Const., 22 février 2018, *op. cit.*, pt. B.8.2.

⁴⁶³ V. VUYLSTEKE et S. DE SOMER, « La Cour constitutionnelle se prononce sur l'application du principe *audi alteram partem* en cas de licenciement pour motifs graves », *op. cit.*, p. 88.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 89.

je considère qu'il convient de se rallier à la thèse majoritairement francophone dont les arguments ont été exposés ci-avant. En effet, le licenciement d'un contractuel est une mesure grave portant atteinte aux intérêts personnels du travailleur. Dès lors qu'est envisagée une telle mesure, il incombe à l'employeur de procéder à l'audition de l'intéressé. Ce n'est pas parce qu'une autorité administrative opte pour le contrat qu'elle abandonne sa mission principale qu'est la défense et la protection de l'intérêt général. Au contraire, le contrat est un instrument au service de cette fonction. Par conséquent, lorsque l'administration entre dans une relation contractuelle, elle conserve sa position et ses prérogatives de puissance publique. Les principes généraux de bonne administration ont donc vocation à régir cette relation afin de compenser la position privilégiée de celle-ci vis-à-vis de son cocontractant. Cette position a d'ailleurs été récemment confirmée par la Cour du travail d'Anvers. Statuant dans une affaire relative aux concessions domaniales, la Cour a jugé que le pouvoir discrétionnaire de l'administration n'est pas absolu et ce, même lorsqu'elle conclut un contrat. Les décisions qu'elle adopte doivent être appréciées tant au regard du principe constitutionnel d'égalité qu'au regard des principes généraux de bonne administration⁴⁶⁵.

Il me semble donc que l'audition du contractuel dont le licenciement est envisagé s'impose : elle permettra à l'autorité publique de recueillir toutes les informations nécessaires afin de statuer en pleine connaissance de cause et offrira au travailleur la possibilité de s'exprimer sur la mesure en question. L'équilibre est, de cette manière, restauré entre les différentes parties au contrat.

Il y a peu, cette thèse a également été appuyée par la Section législation du Conseil d'État (ci-après abrégé « SLCE »). Dans un premier avis 64.133/AG du 5 octobre 2018⁴⁶⁶, cette dernière s'est prononcée sur un avant-projet de loi ayant pour objet de modifier la loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique⁴⁶⁷. Cette modification prévoyait l'engagement contractuel du personnel des services et institutions relevant du champ d'application de la loi, à l'exception des membres du personnel occupant une fonction d'autorité qui demeurent, quant à eux, soumis au principe de l'engagement statutaire⁴⁶⁸. On constate donc que le modèle

⁴⁶⁵ C. trav. Anvers, 23 novembre 2020, *T.B.O.*, 2020, p. 528.

⁴⁶⁶ Section législation du Conseil d'État, avis n° 64.133/AG donné le 5 octobre 2018 sur un avant-projet de loi 'modifiant la loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/64133.pdf#search=64133>

⁴⁶⁷ Loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique, *M.B.*, 14 août 1993, p. 18101.

⁴⁶⁸ Section législation du Conseil d'État, avis n° 64.133/AG donné le 5 octobre 2018 sur un avant-projet de loi 'modifiant la loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique', *op. cit.*, p. 4.

contractuel devient la règle alors que le modèle statutaire devient l'exception⁴⁶⁹. La SLCE ne considère pas que cette tendance aille à l'encontre du Statut Camu : elle ne se heurte en effet à aucune disposition supérieure internationale, européenne ou constitutionnelle (tel que l'article 107 de la Constitution)⁴⁷⁰.

Dans son avis, le Conseil d'État analyse ensuite la portée de la jouissance des droits issus des principes généraux de bonne administration en se référant à l'arrêt n° 22/2018 du 22 février 2018 de la Cour constitutionnelle. La SLCE attire l'attention sur le point B.7 de l'arrêt et conclut que cette jurisprudence « *a vocation à s'appliquer également au regard d'autres principes de bonne administration en ce que ceux-ci trouveraient à s'appliquer entre l'employeur/autorité publique et ses agents, qu'ils soient statutaires ou contractuels* »⁴⁷¹.

La même formulation fut réutilisée par la SLCE dans son avis 65.877/4 du 15 mai 2019⁴⁷². En l'espèce, elle se prononçait sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « portant dispositions diverses en matière de fonction publique ». Celui-ci avait pour but de concrétiser la politique régionale du Gouvernement wallon du 25 juillet 2017 en ce qui concerne la valorisation du « *travail de qualité des membres du personnel contractuel par l'octroi de perspectives de carrières nouvelles* ». L'enjeu de tout cela était de permettre à l'administration wallonne d'engager davantage ses agents sous contrat et d'offrir la possibilité à ceux-ci de bénéficier, tout comme les agents statutaires, de la promotion par avancement de grade⁴⁷³. Rappelant sa position adoptée en 2018, la Cour a considéré que les principes généraux de bonne administration trouvaient à s'appliquer à la réforme envisagée⁴⁷⁴.

Par conséquent, il ne me semble plus être possible d'émettre un quelconque doute sur l'application des principes généraux de bonne administration à la décision d'une autorité publique de mettre fin au contrat de travail préalablement conclu avec un de ses agents. En procédant de la sorte, on évite qu'une différence de traitement injustifiée soit réalisée entre statutaires et contractuels. Il est en effet requis que ceux-ci bénéficient de protections identiques. De plus, il me

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 8.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 9.

⁴⁷¹ *Ibid.*, pp. 16-17.

⁴⁷² Section législation du Conseil d'État, avis n° 65.877/4 donné le 15 mai 2019 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'portant dispositions diverses en matière de fonction publique régionale', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/65877.pdf#search=65877>

⁴⁷³ *Ibid.*, p. 3.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 10.

semble important de rappeler que les principes généraux de bonne administration remplissent une double fonction, à savoir la protection de l'administré et la prise de décisions consciencieuses par l'administration. Lorsqu'est envisagée une décision aussi importante que celle d'un licenciement, il me semble impossible de prétendre faire fi du respect de ces principes. La protection de l'intérêt général et des intérêts privés en dépend.

Titre VI – Approche comparative : la position privilégiée de l’administration en droit néerlandais

Que ce soit chez nous ou chez nos voisins néerlandais, la question de l’utilisation d’instruments de droit privé par l’autorité administrative a fait couler beaucoup d’encre. Lorsqu’une telle situation se présente, deux questions viennent inévitablement à l’esprit : l’autorité administrative est-elle autorisée à recourir au droit privé et, si oui, quel sera le régime juridique applicable ? Nous avons déjà tenté d’exposer les éléments de réponses du droit belge à ces deux interrogations dans les chapitres précédents. Nous nous attacherons donc à présent à mettre en avant, de façon non exhaustive, les théories du droit néerlandais y relatives afin de procéder à une approche comparative.

Chapitre 1^{er} – Le choix de la voie contractuelle par l’autorité administrative

Section 1 – L’émergence de la question aux Pays-Bas et la doctrine bidirectionnelle

Depuis plus d’un siècle, le droit public n’a eu de cesse de rêver de la possibilité de pouvoir faire usage des procédures de droit privé. Cet attrait ressortit d’un triple intérêt. Premièrement, préférer le droit privé permet à l’administration d’imposer des obligations de plus grande ampleur aux citoyens. Cette possibilité est réduite avec le droit public en ce que celui-ci requiert nécessairement une base juridique. Ensuite, l’autorité administrative dispose également de cette façon de plus de certitudes quant au respect des décisions qu’elle adopte. Enfin, le recours au contrat permet également d’obtenir le consentement des personnes directement concernées par celui-ci⁴⁷⁵.

En somme, il y a une volonté marquée de l’administration de ne plus être enserrée par diverses limites et restrictions. Elle aspire à trouver de nouvelles alternatives lui permettant de remplir toujours plus efficacement sa mission publique. Cette recherche a notamment été influencée aux Pays-Bas, tout comme en droit belge, par l’émergence des idées de nouvelle gouvernance publique⁴⁷⁶.

⁴⁷⁵ P. HUISMAN et F. VAN OMMEREN, « De bijzondere positie van de overheid in het Nederlandse privaatrecht. De tweewegenleer en het overheidsvereenkomstenrecht », in D. ASSER, *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland. Preadviezen 2015. Overheidscontracten. Verdedigingsrechten van rechtspersonen in het strafproces. De rechter en de rechtsgronden*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2015, p. 139.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 84.

Dans ce cadre, la question centrale est celle de savoir si, et dans quelle mesure, l'administration est en droit de recourir à la voie privée. À l'origine, deux points de vue s'affrontaient en droit néerlandais. D'une part, on retrouvait l'idée selon laquelle l'autorité administrative disposait d'une liberté de choix lui permettant de préférer soit les instruments de droit public soit les instruments de droit privé⁴⁷⁷. M. TROOSTWIJK a en effet écrit que « *tant que l'administration ne contrevient pas à la disposition positive de la loi, [...] il n'y a pas la moindre raison pour laquelle elle n'aurait pas la possibilité de choisir librement entre la forme du droit public et du droit privé* »⁴⁷⁸. D'autre part, émergeait l'idée selon laquelle il n'était pas opportun pour l'administration d'user du droit privé en ce que celui-ci amenuisait certains aspects du droit public tels que les principes de démocratie, de légalité, de spécialité ainsi que les droits fondamentaux. Dès lors, selon cette thèse développée par la soi-disant école de Maastricht, l'administration ne serait pas autorisée à utiliser d'autres outils que les outils de droit public⁴⁷⁹.

Prenant appui sur ces deux thèses, la théorie de la double voie (« *De twee-wegenleer* ») a vu le jour. Elle suppose que l'administration est autorisée à agir en vertu du droit privé, à moins que cela ne puisse être considéré comme inadmissible⁴⁸⁰. Il est important de souligner que cette doctrine diffère fondamentalement de la position habituellement adoptée en droit public et selon laquelle l'administration ne peut en principe exercer, en vertu du principe de légalité, que les pouvoirs qui lui sont formellement attribués par la loi. Cette large marge de manœuvre dans l'action administrative est principalement due au développement exponentiel du droit administratif, écrit et non écrit, lors du XX^e siècle⁴⁸¹.

Cette position a été confirmée par la Cour suprême qui a admis que l'autorité administrative était en droit d'agir au moyen d'actes de droit privé, pour autant que la loi ne s'y oppose pas et que cette action ne constitue pas un abus de pouvoir ou de position dominante. Cette manière de voir les choses laissait une grande souplesse pour l'utilisation des instruments de droit privé puisque seule une disposition législative exclusive constituait une entrave⁴⁸².

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 87.

⁴⁷⁸ M. TROOSTWIJK, « Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen », in B. DE GOEDE et M. TROOSTWIJK, *Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V., 1956, pp. 70-71: « *Zolang de administratie niet met de positieve wetbepaling in strijd komt, [...] is er niet de minste reden haar niet de vrije keus tussen de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke vorm te laten* ».

⁴⁷⁹ P. HUISMAN et F. VAN OMMEREN, *op. cit.*, p. 88.

⁴⁸⁰ Burgerlijk Wetboek, art. 3:8.

⁴⁸¹ P. HUISMAN et F. VAN OMMEREN, *op. cit.*, p. 89.

⁴⁸² *Ibid.*, p. 90.

Section 2 – L’arrêt Windmill et la formule d’intersection

Cette généreuse ouverture au droit privé a cependant fait l’objet de critiques en ce qu’elle relayait au second plan les garanties du droit public. Dès lors, la Cour suprême des Pays-Bas a rendu un arrêt Windmill⁴⁸³ en 1990 dans lequel elle a développé une jurisprudence plus restrictive.

À cette occasion, la Cour a jugé que lorsque la loi accorde à l’administration « *certaines pouvoirs au moyen d’une réglementation de droit public pour la promotion de certains intérêts* »⁴⁸⁴, sans préciser si cette dernière peut faire usage de prérogatives de droit privé, il faut apprécier si cette utilisation ne contrevient pas à la réglementation de droit public existante. Pour ce faire, il convient de recourir à la formule d’intersection (« *De doorkruisingsleer* ») qui prescrit d’avoir égard, (1) au contenu et à la portée de la réglementation de droit public, (2) à la manière dont et à la mesure dans laquelle les intérêts des citoyens s’inscrivent dans le cadre du régime protégé et ce, (3) dans le contexte des règles écrites et non écrites de droit privé. La Cour suprême rappelle en outre que si l’administration est en mesure de parvenir au même résultat en utilisant ses instruments de droit public, il s’agit d’une contre-indication à l’utilisation du droit privé⁴⁸⁵.

Le premier point de contrôle porte donc sur le contenu de la réglementation. Or, il est rare que cette dernière prévoie explicitement soit la possibilité de recourir au droit privé soit l’interdiction d’un tel recours. Le cas échéant, il faudra utiliser la formule de croisement. En outre, le débat ne prend pas instantanément fin lorsque la loi prévoit une réponse explicite à cette question. En effet, des différends peuvent surgir quant à l’interprétation de la portée de l’interdiction ou de l’autorisation. Il convient également de souligner que ce n’est pas parce que l’utilisation des outils privés est admise que l’autorité administrative y aura inévitablement recours : il est possible qu’elle conserve une préférence pour les instruments de droit public⁴⁸⁶.

Deuxièmement, il est indispensable que le recours au droit privé, lorsqu’il est envisageable, ne conduise pas à une moins bonne protection des droits des tiers⁴⁸⁷. Si le droit public met en œuvre

⁴⁸³ HR, 26 janvier 1990, *N.J.*, 1991, p. 393.

⁴⁸⁴ *Ibid.*

⁴⁸⁵ *Ibid.*

⁴⁸⁶ P. HUISMAN et F. VAN OMMEREN, *op. cit.*, pp. 92-93.

⁴⁸⁷ K. LEUS, « Overeenkomsten met de overheid of overheidsovereenkomsten: bijzondere overeenkomsten en algemeen belang », in J. LEMMENS, R. FELTKAMP et E. JANSSENS, *Ondernemingscontracten: stap voor stap*, Gent, Larcier, 2013, p. 448.

des protections de plus grande envergure, il s'agit d'une indication fondamentale du fait que le recours au droit privé croise cette voie de manière inacceptable⁴⁸⁸.

Enfin, l'autorité administrative n'est pas en droit d'utiliser les instruments de droit privé lorsque cela est incompatible avec les principes généraux du droit public⁴⁸⁹. Nous reviendrons plus en détail sur ce point dans le second chapitre.

Lorsque le juge applique cette formule de croisement, il ne prend pas nécessairement en compte tous les points de contrôle. Si l'un d'entre eux indique à première vue que le croisement est inacceptable, il n'y a pas lieu d'aller plus loin⁴⁹⁰.

Néanmoins, cette formule de croisement a fait l'objet de deux critiques principales. En effet, le législateur adopte rarement une position claire et précise sur la possibilité d'un éventuel recours au droit privé. Il revient alors au juge d'essayer de déduire l'intention supposée du législateur, ce qui constitue une faiblesse majeure du premier point de contrôle⁴⁹¹. En outre, l'élément de « résultat comparable » est également controversé : les résultats atteints par le biais du droit public étant rarement comparables à ceux obtenus via le droit privé. C'est précisément en raison des caractéristiques de flexibilité que l'administration aspire à recourir au droit privé afin d'obtenir de meilleurs résultats. Dès lors, une comparaison sur le résultat escompté n'a guère de valeur ajoutée⁴⁹². *A contrario*, le critère de « protection des intérêts des citoyens » est peu sujet à controverses en ce qu'il étaye l'objectif principal de la formule d'intersection qu'est la protection des garanties inhérentes au droit public⁴⁹³.

Outre la formule de croisement, d'autres critères sont utilisés afin de déterminer s'il est ou non possible pour l'autorité publique d'avoir recours aux instruments de droit privé. Nous citerons succinctement le conflit substantiel évident avec la loi ainsi que l'abus de pouvoir⁴⁹⁴.

⁴⁸⁸ P. HUISMAN et F. VAN OMMEREN, *op. cit.*, p. 94.

⁴⁸⁹ K. LEUS, *op. cit.*, p. 450.

⁴⁹⁰ P. HUISMAN et F. VAN OMMEREN, *op. cit.*, p. 96. Voir par exemple HR, 11 décembre 1992, A.B., 1993, p. 301.

⁴⁹¹ J.E.M. POLAK, *Burgerlijke rechter of bestuursrechter? De gewenste verdeling van rechtsmacht bij: regelgeving, schadeveroorzakend overheids handelen, tweewegenleer-vragen*, Deventer, Kluwer, 1999, p. 108.

⁴⁹² *Ibid.*, p. 112.

⁴⁹³ P. HUISMAN et F. VAN OMMEREN, *op. cit.*, p. 98.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, pp. 99-101.

Section 3 – Typologie des contrats conclus par l’administration aux Pays-Bas

Les contrats sont devenus un élément important de l’arsenal des autorités publiques aux Pays-Bas⁴⁹⁵. Ils sont généralement classés selon deux catégories principales, à savoir les contrats de droit privé (« *Privaatrechtelijke overheidsovereenkomsten* ») et les contrats de droit public (« *Publiekrechtelijke overeenkomsten* »). Outre ces catégories, il existe également des accords mixtes (« *Gemengde overeenkomsten* ») qui peuvent contenir à la fois des clauses de droit public et des clauses de droit privé⁴⁹⁶. Nous ne nous y attarderons toutefois pas davantage.

Les contrats de droit privé sont des accords sur l’utilisation d’une compétence dévolue à l’administration en vertu du droit privé. Une subdivision peut être opérée au sein de cette catégorie entre les accords politiques et les accords neutres sur le plan politique⁴⁹⁷. Certains auteurs ne considèrent toutefois pas cette distinction comme étant pertinente. En effet, l’autorité est toujours censée agir dans l’intérêt général. Pour ce faire, elle poursuit nécessairement une politique. Par conséquent, tous les accords de droit privé sont des accords politiques. En outre, aucune conséquence juridique ne s’attache à la distinction entre ces conventions politiques et apolitiques : celles-ci sont soumises au même régime juridique⁴⁹⁸.

Les contrats de droit public sont, quant à eux, des accords en lien avec l’utilisation d’une compétence de droit public. Ce lien peut se concrétiser de deux façons différentes : l’accord peut soit anticiper l’exercice de cette compétence, soit la mettre en œuvre. Il y a donc lieu d’opérer une distinction entre les accords de compétence (« *Bevoegdhedenovereenkomsten* ») et les accords de mise en œuvre (« *Uitvoeringsovereenkomsten* »)⁴⁹⁹.

Un accord de compétence est un accord dans lequel l’autorité administrative convient, à l’avance, de la manière dont elle fera usage de ses compétences de droit public⁵⁰⁰. Cet accord présente un caractère d’anticipation en ce qu’il « *précède l’exercice effectif de la compétence à*

⁴⁹⁵ J. EMAUS et T. ZWART, « Pays-Bas/Netherlands », in R. NOGUELLOU et U. STELKENS (sous la dir. de), *Droit comparé des Contrats Publics. Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 741.

⁴⁹⁶ P. HUISMAN et F. VAN OMMEREN, *op. cit.*, p. 109.

⁴⁹⁷ R.J.N. SCHLÖSSELS et S.E. ZIJLSTA, *op. cit.*, pp. 867-868.

⁴⁹⁸ P. HUISMAN et F. VAN OMMEREN, *op. cit.*, pp. 109-110.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 110.

⁵⁰⁰ F. VAN OMMEREN, « De bevoegdhedenovereenkomst in de Awb en de verhouding met het Bw », in T. BARKHUYSEN, W. DEN OUDEN et J.E.M. POLAK (sous la dir. de), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, La Haye, Boom Juridische uitgevers, 2010, p. 718.

laquelle il se reporte »⁵⁰¹. L'autorité s'engage à agir conformément aux dispositions de l'accord qui précisent la façon dont elle fera usage de ses compétences⁵⁰².

De jurisprudence ancienne et constante, on considère que l'autorité administrative est, en principe, autorisée à conclure de tels accords⁵⁰³. Néanmoins, cela n'apportera une plus-value que si l'administration a une compétence discrétionnaire. En effet, il va de soi que si elle ne dispose d'aucune marge de manœuvre dans la façon d'utiliser ses pouvoirs, un tel accord n'a aucun attrait⁵⁰⁴.

A contrario, l'accord de mise en œuvre fait suite à l'exercice par l'autorité d'une de ses compétences de droit public : il est conclu en exécution de la décision prise sur base de cette compétence⁵⁰⁵. Sauf exception, ces accords ne se fondent sur aucune disposition juridique spécifique. La possibilité de conclure un tel acte découle du pouvoir général de toute autorité à exercer une compétence de droit public⁵⁰⁶.

Chapitre 2 – Le régime juridique des instruments contractuels utilisés par l'administration

La question de la possibilité pour l'autorité administrative d'avoir recours aux instruments de droit privé est intimement liée à la question de savoir quel type de normes il convient d'appliquer à ces actes. Afin de répondre à cette question, il faut avoir égard d'une part, à la relation qu'entretiennent le droit public et le droit privé ainsi que, d'autre part, à l'émergence du droit administratif et des juridictions administratives aux Pays-Bas.

Section 1 – La doctrine juridique commune et ses développements subséquents

Cela fait aujourd'hui plus de 150 ans que les juristes néerlandais réfléchissent au régime juridique applicable aux relations contractuelles administratives ainsi qu'à la frontière entre le droit public et le droit privé. À cet égard, un certain nombre de théories juridiques ont été développées⁵⁰⁷.

⁵⁰¹ *Ibid.*, pp. 719-720.

⁵⁰² P. HUISMAN et F. VAN OMMEREN, *op. cit.*, p. 111.

⁵⁰³ *Ibid.*, p. 120.

⁵⁰⁴ F. VAN OMMEREN, « De bevoegdhedenovereenkomst in de Awb en de verhouding met het Bw », *op. cit.*, p. 718.

⁵⁰⁵ P. HUISMAN et F. VAN OMMEREN, *op. cit.*, p. 111.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 128.

⁵⁰⁷ R. VALKENEERS, *op. cit.*, p. 363.

Traditionnellement, la relation entre le droit public et le droit privé est régie par la doctrine juridique commune (« *Gemene rechtsleer* »). Celle-ci considère que le droit privé doit s'appliquer systématiquement et ce, pour autant que le droit administratif n'y déroge pas, n'y porte pas atteinte. Selon cette doctrine, le droit privé est vu comme le droit général, comme la *common law*, alors que le droit administratif est un droit spécial, par opposition au droit général⁵⁰⁸.

Cette doctrine juridique commune a été analysée par divers auteurs au cours de la première moitié du XX^e siècle. Parmi ceux-ci, SCHOLTEN a établi une distinction entre le droit constitutionnel et les autres branches du droit public⁵⁰⁹. Il considère ce dernier comme étant fondamentalement différent en ce qu'il a trait à l'organisation de la communauté⁵¹⁰. Par conséquent, il estime qu'exception faite de ce droit constitutionnel, l'autre domaine du droit public, à savoir le droit administratif⁵¹¹, n'est pas fondamentalement différent du droit privé. Il n'opère donc pas de distinction de principe entre le droit public et le droit privé. Dès lors, s'il n'y a pas de droit administratif puisqu'il ne se distingue pas du droit privé, ce droit privé trouve à s'appliquer dans les domaines pour lesquels l'administration ne dispose pas de compétences de droit public⁵¹².

En somme, la doctrine juridique commune s'attache principalement à la question de l'application des règles de droit privé dans les relations juridiques conclues avec l'autorité administrative. Afin de savoir si les normes de droit public s'appliquent également dans une telle situation, il convient de se référer à une autre théorie qu'est celle de la doctrine juridique mixte (« *Gemengde rechtsleer* »). Elle énonce que les normes de droit privé, tout comme les normes de droit public, trouvent à s'appliquer dans une seule et même relation juridique. Une osmose se crée entre le droit public et le droit privé⁵¹³.

Pour autant, cette doctrine ne rompt pas fondamentalement avec les principes de la doctrine juridique commune : elle ne fait que prendre appui sur celle-ci afin de l'étendre davantage⁵¹⁴. J. VAN DER HOEVEN, le fondateur de cette doctrine, considère en effet qu'il n'y a pas lieu de classer la loi de façon binaire en distinguant le droit public du droit privé mais bien de considérer le droit

⁵⁰⁸ F. VAN OMMEREN, « Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht – Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijk rechtsleer' », *Ars Aequi*, 2012, p. 562.

⁵⁰⁹ P. SCHOLTEN, *Algemeen deel*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1974, p. 26.

⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 28.

⁵¹¹ *Ibid.*, p. 31.

⁵¹² F. VAN OMMEREN, « Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht – Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijk rechtsleer' », *op. cit.*, p. 563.

⁵¹³ *Ibid.*, p. 563.

⁵¹⁴ *Ibid.*, pp. 564-565.

privé comme général et le droit administratif comme une exception. Dès lors, il avance l'argument selon lequel le droit acquiert un caractère mixte lorsque l'autorité administrative décide d'accomplir une de ses prérogatives de puissance publique par le biais du droit privé⁵¹⁵. Il lui incombe de respecter tant le droit public que le droit privé dans ses relations contractuelles. En effet, ce n'est pas parce qu'elle décide d'avoir recours aux instruments contractuels que l'autorité administrative doit être considérée comme une personne privée ordinaire : ses actions doivent toujours être menées dans l'intérêt général⁵¹⁶.

Bien que l'expression de « doctrine juridique commune » ne soit plus, à ce jour, toujours formellement utilisée, de nombreux juristes et avocats continuent de l'appliquer, que ce soit de manière consciente ou non⁵¹⁷. Pour autant, cette doctrine n'est plus aussi évidente qu'elle n'y paraît. Rétrospectivement, la qualification du droit privé en tant que « *common law* » est, selon les auteurs contemporains, une « *bourde tactique* »⁵¹⁸. Or, à l'époque, cette assimilation s'imposait avec évidence. En effet, les Pays-Bas n'étaient pas dotés d'une législation administrative et encore moins de juridictions administratives. La doctrine juridique commune s'intégrait donc parfaitement bien dans un tel système⁵¹⁹.

Aujourd'hui, suite à l'émergence et l'importance croissante du droit administratif et des tribunaux administratifs, il importe d'appréhender différemment la relation entre le droit public et le droit privé néerlandais. Le droit administratif a acquis une position beaucoup plus influente. Les législations administratives se différencient à présent distinctement des législations de droit privé en ce qu'elles tentent d'influencer le comportement du citoyen, non pas par l'imposition de normes de conduite, mais par la possibilité qu'elles offrent aux organes administratifs d'adopter des décisions contraignantes. « *Cette différence fondamentale est complètement ignorée par les doctrines juridiques générale et mixte* »⁵²⁰.

⁵¹⁵ J. VAN DER HOEVEN, « De magische lijn. Verkenningen op de grens van van publiek- en privaatrecht », in H.C.F. SCHOORDIJK (sous la dir. de), *Honderd Jaar rechtsleven, De Nederlandse Juristen-Vereniging 1870-1970*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1970, p. 218.

⁵¹⁶ R. VALKENEERS, *op. cit.*, p. 364.

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 363.

⁵¹⁸ J.H. NIEUWENHUIS, « Op gespannen voet. Een evenwichtstheorie over de betrekkingen tussen het publiek en het burgerlijke recht », *NJB*, 1998, p. 16.

⁵¹⁹ F. VAN OMMEREN, « Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht – Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijk rechtsleer' », *op. cit.*, pp. 570-571.

⁵²⁰ *Ibid.*, p. 571.

Au cours des quinze dernières années, un certain nombre de nouvelles doctrines ont vu le jour et prennent de plus en plus de distance par rapport à la doctrine juridique commune. Ces nouvelles théories ont pour caractéristique essentielle commune d'établir une nette distinction entre le droit administratif et le droit privé. Par souci de concision, nous ne présenterons que la doctrine développée par la loi générale sur le droit administratif de 1994 (« *Algemeen wet bestuursrecht* », ci-après « Awb »)⁵²¹.

L'exposé des motifs de l'Awb précise ce qui suit : « *En premier lieu, les règles du Code civil sont principalement rédigées pour les relations de droit privé. Cela signifie que ces règles ne s'appliquent pas dans le domaine du droit administratif. Deuxièmement, il sert d'indication que, malgré cette distinction, les différences inutiles entre le droit administratif et le droit privé doivent être évitées* »⁵²². Selon le législateur, les règles du Code civil et du droit administratif ont chacune leur nature propre et s'appliquent à leur propre domaine du droit. Il s'agit ici d'une différence fondamentale avec la doctrine juridique commune⁵²³. En outre, bien qu'il s'agisse de deux branches juridiques essentiellement différentes, l'Awb précise qu'il y a lieu de promouvoir l'application de règles communes à ceux deux domaines⁵²⁴, à savoir des figures et concepts juridiques communs, des principes généraux et des règles juridiques générales⁵²⁵.

Ces réflexions du législateur Awb sont à la base des théories de SCHELTEMA et SCHELTEMA sur l'interaction entre le droit public et le droit privé⁵²⁶. Ils considèrent ces deux domaines du droit comme étant fondamentalement distincts et de nature différente. Cependant, puisqu'il est primordial de maintenir une cohérence dans l'ordre juridique, ils estiment qu'il convient de leur trouver un ensemble de principes et de points de départ communs⁵²⁷. Ces auteurs considèrent que lorsque l'autorité administrative agit en vertu du droit public, seul le droit public lui est applicable.

⁵²¹ *Ibid.*, p. 566.

⁵²² Kamerstukken II 2003/04, 20 702, nr. 3, p. 14 : « *In de eerste plaats geldt dat de regels in het BW primair zijn geschreven voor privaatrechtelijke verhoudingen. Dit brengt met zich dat deze regels niet zonder meer van toepassing zijn op het terrein van het bestuursrecht. In de tweede plaats dient als leidraad dat ondanks dit onderscheid nodeloze verschillen tussen het bestuursrecht en het privaatrecht moet worden vermeden* ».

⁵²³ F. VAN OMMEREN, « Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht – Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijk rechtsleer' », *op. cit.*, p. 566.

⁵²⁴ Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 16.

⁵²⁵ F. VAN OMMEREN, « Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht – Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijk rechtsleer' », *op. cit.*, p. 566.

⁵²⁶ M. SCHELTEMA et M.W. SCHELTEMA, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2008, p. 4.

⁵²⁷ F. VAN OMMEREN, « Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht – Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijk rechtsleer' », *op. cit.*, p. 568.

Le droit privé n'intervient pas, à moins qu'il soit utilisé par analogie dans certaines circonstances⁵²⁸.

Aujourd'hui, on suppose donc que le droit administratif et le droit privé sont deux domaines du droit, certes équivalents, mais de nature différente. Ils disposent chacun de leurs caractéristiques et règles essentielles propres⁵²⁹. Par conséquent, les règles du Code civil sont principalement destinées à régir les relations de droit privé : elles ne s'appliquent en principe pas dans le domaine du droit administratif⁵³⁰. Toutefois, dans certaines circonstances, on peut envisager que ces règles s'appliquent *mutatis mutandis* aux relations juridiques de droit public parce qu'il est nécessaire d'éviter de mettre en place des différences inutiles entre le droit administratif et le droit privé. Sur base de ces principes, il peut être déduit que les dispositions du Code civil néerlandais ne s'appliquent pas directement aux accords de compétence : ces derniers sont entièrement régis par le droit public, sauf lorsqu'une application analogue du droit privé est compatible avec la nature du contrat⁵³¹. La qualification d'accords de « droit public » ne doit donc pas être soumise à des conséquences trop exclusives : ces conventions sont soumises à un régime juridique fait de règles de droit public et de droit privé, qu'elles soient écrites ou non⁵³². En revanche, pour les accords de « droit privé », seules les règles du droit privé trouveront à s'appliquer⁵³³.

Section 3 – L'application des principes généraux de bonne administration

Puisque les contrats conclus par l'administration néerlandaise sont soumis à un ensemble de règles et de principes écrits et non écrits, on peut se demander si elle doit également respecter les principes généraux de bonne administration. Aux Pays-Bas, ce débat n'existe plus, cette question ayant reçu une réponse explicite dans la jurisprudence.

Sous-section 1 – L'émergence des principes généraux de bonne administration en droit néerlandais

Afin d'apprécier l'influence du droit administratif non-écrit, il convient de se replonger dans l'environnement juridique et administratif néerlandais du début du XX^e siècle. À l'époque, la justice administrative était inexistante et les tentatives de mise en œuvre furent compliquées. En

⁵²⁸ *Ibid.*, p. 569.

⁵²⁹ *Ibid.*, p. 572.

⁵³⁰ Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 14.

⁵³¹ F. VAN OMMEREN, « De bevoegdhedenovereenkomst in de Awb en de verhouding met het Bw », *op. cit.*, p. 733.

⁵³² F. VAN OMMEREN, « Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht – Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijk rechtsleer' », *op. cit.*, p. 569.

⁵³³ P. HUISMAN et F. VAN OMMEREN, *op. cit.*, p. 116.

effet, deux mouvements doctrinaux se heurtaient. D'une part, le constitutionnalisme de Buijs, mouvement formel de droite, considérait le droit administratif comme une conséquence inéluctable de la logique contraignante de l'autorité administrative. D'autre part, se concentrant principalement sur les principes de responsabilité démocratique et de règlement des différends au sein de l'administration, un second mouvement souhaitait exclure toute possibilité d'instaurer un juge dans le domaine administratif⁵³⁴.

La première école n'est toutefois pas parvenue à réaliser ses objectifs. Le début du XX^e siècle a été marqué par une prépondérance des idées de légisme et de souveraineté de l'État. On ne parvenait donc pas à déterminer la manière dont le juge devait appréhender les concepts d'« intérêt général » et d'« ordre public ». En outre, il était considéré que le juge devait rester étranger aux questions de politique, d'efficacité et de liberté de l'autorité. Par conséquent, en 1905, le projet de loi détaillé du ministre J.A. LOEFF sur l'introduction d'une justice administrative a échoué suite à une opposition féroce du Parlement et de la doctrine⁵³⁵.

C'est dans cet environnement controversé que la Cour suprême a rendu, en 1919, un arrêt Lindenbaum/Cohen⁵³⁶. Celui-ci est intervenu de manière indirecte dans la question de l'appréciation des actes et omissions posés par l'administration. Il a d'ailleurs été qualifié de « *jugement le plus célèbre* »⁵³⁷ de la Cour suprême. En l'espèce, l'imprimeur Cohen souhaitait connaître le prix de soumission des offres de son concurrent Lindenbaum. À cette fin, il est parvenu à le séduire pour que celui-ci lui transmette ces informations confidentielles. La question qui se posait était de savoir si le comportement de Cohen était ou non illégal. En appel, la juridiction a considéré qu'un acte ne pouvait être illégal que si cela était prescrit par une disposition écrite⁵³⁸. Prenant le revers de cette position, la Cour suprême a adopté une vision plus large du concept d'illégalité, considérant qu'il comprenait également les actes « *allant à l'encontre de la diligence requise dans les rapports sociaux, à l'égard de la personne ou des biens d'autrui* »⁵³⁹. Tant la violation des règles écrites et non écrites de protection sociale peut entraîner une responsabilité.

⁵³⁴ R.J.N. SCHLÖSSELS, « Over de ondergang van het legisme en de opkomst van de beginselen van behoorlijk bestuur », *Rechtsgeleerds Magazijn Themis*, 2019, p. 11.

⁵³⁵ *Ibid.*, p. 12.

⁵³⁶ HR, 31 janvier 2019, *N.J.*, 1919, p. 161 (Lindenbaum/Cohen).

⁵³⁷ W. DUK, « Pionierende rechtspraak. Vroege toepassing van rechtsbeginselen door de Centrale Raad van Beroep », in X, *Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, La Haye, Sdu Uitgevers, 2003, p. 142.

⁵³⁸ T. JONKERS, « Het belang van het arrest Lindenbaum/Cohen (1919) »:

<https://www.maastrichtuniversity.nl/nl/blog/2020/09/het-belang-van-het-arrest-lindenbaumcohen-1919> (consulté le 7 avril 2021).

⁵³⁹ HR, 31 janvier 2019, *op. cit.*

Dans un contexte de résistance à l'évaluation de l'action administrative par le biais des normes sociales ouvertes de diligence et de raisonnable, ce jugement a permis d'inciter les tribunaux civils à trouver de nouvelles voies d'appréciation. Suite à cet arrêt, diverses mesures audacieuses ont été adoptées et le légisme dominant en droit administratif a été brisé⁵⁴⁰. À l'époque, certains auteurs avaient déjà pensé au droit administratif non écrit. La thèse de BOASSON⁵⁴¹ s'est principalement intéressée à la prise en compte des intérêts sociaux dans l'équilibre administratif. En outre, dans une de ses contributions, DUK a dressé un aperçu des mesures prises par le juge dans le domaine du droit non écrit⁵⁴².

C'est finalement dans la période d'après-guerre, au cours des années 50-60, que les principes généraux de bonne administration se sont formellement développés. Ces derniers ont été considérés par la littérature et la jurisprudence comme des principes juridiques directeurs : il s'agit de principes administratifs à part entière, destinés à orienter concrètement l'action de l'administration⁵⁴³.

En 1994, certains de ces principes ont été codifiés dans l'Awb. Pour autant, le rôle du droit non écrit ne doit pas être négligé : le législateur n'a pas souhaité entraver le développement de ses principes par la jurisprudence en codifiant une liste exhaustive de ceux-ci⁵⁴⁴. À cet égard, on peut distinguer les principes formels et les principes matériels. Les principes formels ont trait à la forme des actes tandis que les principes matériels ont trait au contenu des décisions prises par l'administration. Toutefois, en pratique, aucune conséquence concrète ne s'attache à cette distinction⁵⁴⁵.

Sous-section 2 – L'arrêt Ikon/Amsterdam

Dans les arrêts Landsmeer⁵⁴⁶, la Cour suprême néerlandaise a estimé que le tribunal civil n'était pas en mesure d'apprécier la validité des contrats administratifs par rapport aux principes généraux de bonne administration puisque cela ne relevait pas de ses compétences⁵⁴⁷.

⁵⁴⁰ R.J.N. SCHLÖSSELS, *op. cit.*, p. 16.

⁵⁴¹ J.J. BOASSON, *De rechter tegenover de vrijheid van de administratie*, Groningen, J.B. Wolters, 1911.

⁵⁴² W. DUK, *op. cit.*

⁵⁴³ R.J.N. SCHLÖSSELS, *op. cit.*, p. 15.

⁵⁴⁴ O. JANSEN, « Het handhavingsonderzoek. Behoren het handhavingstoezicht, het boeteonderzoek en de opsporing verschillend te worden genormeerd ? Een interne rechtsvergelijking », *Ars Aequi*, 1999, p. 157.

⁵⁴⁵ -, « Algemeen beginselen van behoorlijk bestuur (Pays-Bas) », <https://www.noorlandjuristen.nl/Bestuursrecht/ABBB/index.htm> (consulté le 25 novembre 2020).

⁵⁴⁶ HR, 4 janvier 1963, *N.J.*, 1964, nrs. 202-204, conclusie LANGEMEIJER, noot. J.H.B.

⁵⁴⁷ R. VALKENEERS, *op. cit.*, p. 364.

Un revirement de jurisprudence a toutefois été opéré avec l'adoption, en 1987, du jugement révolutionnaire Ikon/Amsterdam⁵⁴⁸. En l'espèce, la Cour a considéré que « *lorsqu'il exerce ses pouvoirs dans le cadre d'une relation de bail emphytéotique, un organisme public devrait observer les principes généraux de bonne administration – et donc également le principe d'égalité comme un de ces principes [...]* »⁵⁴⁹. Depuis lors, il est de jurisprudence constante qu'il incombe aux tribunaux civils d'apprécier directement les actions contractuelles des autorités administratives par rapport aux principes généraux de bonne administration⁵⁵⁰. Le législateur néerlandais a finalement clarifié et entériné cette jurisprudence dans deux dispositions du Code civil⁵⁵¹ et de l'Awb⁵⁵².

Chapitre 3 – Conclusion du Titre VI

Les positions belges et néerlandaises quant à la possibilité dont dispose l'administration de recourir aux contrats pour mettre en œuvre ses compétences ne sont pas fondamentalement différentes même s'il convient de souligner certaines disparités importantes.

La *summa divisio* droit public-droit privé n'est pas cantonnée au droit belge : elle irradie l'ensemble des systèmes juridiques mondiaux. Le développement chronologique de cette question dans les systèmes juridiques belges et néerlandais semble toutefois inversé. En droit néerlandais, de nombreux débats ont eu lieu à cet égard et ont donné lieu à l'émergence de diverses théories. Traditionnellement, la doctrine juridique commune énonce qu'aucune distinction ne doit être faite entre ces deux domaines juridiques, le droit privé étant considéré comme le droit général⁵⁵³. Au cours des siècles, cette vision des choses a évolué. On considère aujourd'hui qu'il y a lieu de distinguer les règles de droit privé et les règles de droit public bien qu'elles doivent néanmoins être considérées comme complémentaires. En effet, les juristes néerlandais estiment qu'il n'y a pas lieu d'instaurer de différences inutiles entre ces deux branches du droit⁵⁵⁴. Contrairement à ses voisins, le droit belge a peu étudié et remis en cause cette *summa divisio*⁵⁵⁵. Si, au départ, une nette

⁵⁴⁸ HR , 7 mars 1987, *N.J.*, 1987, p. 727, conclusie FRANX, noot M. SCHELTEMA.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, « *Een overheidslichaam behoort bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden uit een erfpachtsverhouding de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – en derhalve ook het gelijkheidsbeginsel als één van die beginselen – in acht te nemen.(...)* ».

⁵⁵⁰ R.J. BOOGERS, « *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en privaatrechtelijk overheidshandelen* », *Tijdschrift voor praktisch bestuursrecht*, 2014, p. 9.

⁵⁵¹ Burgerlijk wetboek, art 3:14.

⁵⁵² Algemeen Wet Bestuursrecht, art 3:1, al. 2.

⁵⁵³ P. SCHOLTEN, *op. cit.*, p. 504.

⁵⁵⁴ F. VAN OMMEREN, « *Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht – Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijk rechtsleer'* », *op. cit.*, p. 568.

⁵⁵⁵ F. VANDENDRIESCHE, *Publieke en Private Rechtspersonen ? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, *op. cit.*, p. 2.

distinction était opérée entre le droit public et le droit privé, cette frontière semble s'être amenuisée au cours du temps. Les développements successifs du droit ont mené à une interpénétration de ces deux matières⁵⁵⁶. Certains auteurs vont même jusqu'à avancer qu'on pourrait aujourd'hui considérer le droit comme un tout uniforme composé de règles trouvant à s'appliquer en toutes circonstances⁵⁵⁷.

En droit belge, les positions divergent quant à la possibilité pour l'administration d'utiliser les instruments privés. En effet, si les auteurs du nord du pays considèrent qu'une base légale est nécessaire⁵⁵⁸, les auteurs francophones estiment quant à eux que la capacité contractuelle découle simplement de l'existence d'une personnalité juridique⁵⁵⁹. Je partage la position des juristes qui jugent l'autorité administrative en droit de recourir aux procédés contractuels si cela lui paraît plus avantageux pour atteindre son objectif de protection de l'intérêt général. Bien que cette théorie ait été réfutée par le Professeur PAQUES dans sa thèse⁵⁶⁰, il convient, à mon sens, d'admettre que l'administration dispose d'un libre choix pour la voie contractuelle dans la mesure où cela ne porte pas atteinte aux dispositions impératives, aux principes généraux du droit et ne rende pas impossible l'exercice de ses compétences par une autre autorité.

La théorie de la double voie semble partager cette position en ce qu'elle permet à l'autorité de faire usage des instruments de droit privé pour autant que cela ne soit pas prohibé par la législation⁵⁶¹. Cette ouverture a toutefois été jugée trop généreuse. Dans un arrêt Windmill, le juge a considéré qu'il convenait d'avoir recours à la formule de croisement pour apprécier la possibilité offerte à l'administration de recourir aux instruments de droit privé lorsque la loi est muette à cet égard, ce qui est généralement le cas⁵⁶².

Quelle que soit la position défendue dans l'un ou l'autre système juridique, une certaine liberté est laissée à l'autorité administrative pour recourir aux instruments contractuels. Cette liberté n'est pas pour autant absolue. Un certain nombre de balises ont été placées par la doctrine et la jurisprudence afin d'encadrer cette action et d'éviter tout abus ou débordement.

⁵⁵⁶ E. HUISMAN, « Osmose tussen publiek- en privaatrecht », *Ars Aequi*, 1987, pp. 273-372.

⁵⁵⁷ W. VAN GERVEN et S. LIERMAN, *Algemeen deel, veertig jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechelen, Kluwer, 2010, p. 524.

⁵⁵⁸ K. WAUTERS et A. PERCY, *op. cit.*, p. 827.

⁵⁵⁹ M. PAQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, *op. cit.*, p. 146

⁵⁶⁰ *Ibid.*, pp. 347-379.

⁵⁶¹ Burgerlijk Wetboek, art. 3:8.

⁵⁶² HR, 26 janvier 1990, *N.J.*, 1991, p. 393.

Si la possibilité pour l'autorité administrative de conclure des contrats semble aujourd'hui véritablement ancrée dans la culture juridique de ces deux pays, de nombreux questionnements demeurent sur le droit applicable à ces instruments « hybrides ». En l'espèce, il y a lieu de retenir que ces contrats seront régis par un ensemble de règles d'inspiration tant publique que privée. Ce n'est pas parce que l'administration décide d'avoir recours aux instruments du droit privé qu'elle abandonne sa position privilégiée pour devenir une simple personne juridique à laquelle on ne pourrait pas appliquer les dispositions de droit public.

Il convient en outre de mettre en avant la jurisprudence Ikon/Amsterdam⁵⁶³, pionnière aux Pays-Bas. Bien que la Cour constitutionnelle belge ait tenté de donner, implicitement, certains éléments de réponse quant à l'application des principes généraux de bonne administration aux contrats conclus par l'autorité administrative, le débat belge semble dépassé en comparaison aux théories déjà acquises en droit néerlandais⁵⁶⁴. À quand une version belge de l'arrêt Ikon/Amsterdam ?

⁵⁶³ HR , 7 mars 1987, *N.J.*, 1987, p. 727, conclusie FRANX, noot M. SCHELTEMA.

⁵⁶⁴ R. VALKENEERS, *op. cit.*, p. 365.

Titre VII – Conclusion : peut-on considérer que les principes généraux de bonne administration s’appliquent à l’ensemble des contrats publics conclus par l’administration ?

Le droit exige un renouvellement perpétuel⁵⁶⁵. L’évolution constante de la matière juridique requiert en effet des acteurs du droit qu’ils se réinventent jour après jour et qu’ils mettent en œuvre de manière innovante les compétences qui leur sont dévolues. Au cours du XX^e siècle, l’autorité publique s’est rendu compte que son fonctionnement n’était plus optimal : l’acte administratif unilatéral, instrument naturel de l’action publique, s’est avéré insuffisant pour faire face aux évolutions sociales et économiques de notre monde⁵⁶⁶.

Ce glissement exigeait la mise en place de nouveaux instruments destinés à rationaliser le fonctionnement de l’administration. La solution n’a malheureusement pas pu être trouvée dans le droit public, celui-ci étant trop rigide et peu enclin à subir des mutations profondes. Un phénomène de bilatéralisation de l’action administrative s’est alors progressivement imposé et ce, en marge de toute autorisation doctrinale ou jurisprudentielle explicite. Bien que déjà employé depuis 1831 dans l’action administrative, le contrat, par sa flexibilité et sa stabilité, a vu son utilisation décuplée et s’est rapidement imposé comme un des nouveaux outils de prédilection de l’administration⁵⁶⁷.

Ce mouvement de contractualisation a ravivé le débat houleux de la pertinence de la *summa divisio* historique entre le droit privé et le droit public⁵⁶⁸. Depuis l’époque romaine, les juristes n’ont cessé de se questionner et de tenter d’établir une frontière hermétique entre les règles et matières relevant du droit privé et celles relevant du droit public. Si, au fil du temps, la matière juridique s’est progressivement structurée de manière duale, cette dichotomie a été critiquée et remise en cause par divers auteurs de doctrine suite au constat d’un double mouvement d’interpénétration mutuel entre les règles du droit public et du droit privé⁵⁶⁹. Chacune de ces branches du droit semble avoir été séduite par la force d’attraction et les qualités de certains instruments développés par sa branche concurrente. Elles ont alors décidé alors de se les approprier et de les utiliser dans le cadre des matières dont elles ont la responsabilité.

⁵⁶⁵ K. WAUTERS et T. CAMBIER, *op. cit.*, p. 173.

⁵⁶⁶ K. WAUTERS et A. PERCY, *op. cit.*, p. 822.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, p. 823.

⁵⁶⁸ B. BONNET, *op. cit.*, p. 4.

⁵⁶⁹ K. WAUTERS et T. CAMBIER, *op. cit.*, p. 149.

Les évolutions des diverses théories du droit néerlandais témoignent également des tensions qui ont ébranlé les fondements de la *summa divisio*. Traditionnellement, la doctrine juridique commune estime en effet qu'il n'y a pas lieu d'opérer une distinction entre le droit public et le droit privé puisque seul ce dernier est considéré comme un droit général⁵⁷⁰. Au fil des siècles, les positions doctrinales ont quelque peu évolué, si bien qu'une distinction peut aujourd'hui être opérée. Néanmoins, les juristes néerlandais ont souligné l'importance d'assurer une complémentarité entre le droit public et le droit privé. Dès lors, bien que les règles du droit néerlandais se distinguent par leur nature publique ou privée, une nécessaire interdépendance s'instaure entre elles⁵⁷¹.

À mon sens, les frontières, jadis hermétiques entre le droit public et le droit privé, sont aujourd'hui devenue poreuses. Il n'est plus possible de penser le droit comme un tout se subdivisant en deux ensembles principaux, chacun régi par ses propres règles et principes. Le droit doit, au contraire, être aujourd'hui davantage perçu comme un tout homogène de règles qui s'influencent et s'entrecroisent inlassablement. Les publicistes ne peuvent plus se limiter à parfaire leurs connaissances en droit public, il leur revient également de maîtriser les instruments de droit privé et de percevoir la valeur ajoutée que ceux-ci pourraient revêtir dans le cadre de l'action administrative⁵⁷².

Traditionnellement, l'action administrative est soumise au droit public en raison de la mission particulière de promotion de l'intérêt général dont l'autorité publique a la charge. Une méfiance s'instaure généralement quand il s'agit de lui appliquer le droit privé puisque celui-ci vise principalement à protéger les intérêts privés des parties concernées⁵⁷³. La présente analyse tend toutefois à démontrer que « *le droit privé n'est généralement pas aveugle aux besoins de l'intérêt public* »⁵⁷⁴. Le résultat escompté par l'application des règles de droit public peut donc être également obtenu en ayant recours aux instruments du droit privé. Par conséquent, « *au lieu de se concentrer sur le contraste entre le droit public et le droit privé, il semble plus constructif de partir*

⁵⁷⁰ F. VAN OMMEREN, « Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht – Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijk rechtsleer' », *op. cit.*, p. 563.

⁵⁷¹ *Ibid.*, p. 568.

⁵⁷² K. WAUTERS et A. PERCY, *op. cit.*, p. 823.

⁵⁷³ S. LIERMAN., P.-J. VAN DE WEYER et K.J. VANDORMAEL., « Overheidscontracten in het Belgische recht : besturen op de snijlijn van privaatrecht en publiekrecht », *T.P.R.*, 2016, pp. 523-524.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 570.

de leurs similitudes et de leur complémentarité. [...] Le droit public et le droit privé fonctionnent comme des vases communicants, le yin et le yang de notre système juridique »⁵⁷⁵.

Pour autant, cette interpénétration des règles ne peut se faire de manière effrénée : il était nécessaire d'entourer le phénomène de contractualisation de l'action administrative d'un ensemble de balises fondamentales. La théorie du libre choix de la voie contractuelle énonce dès lors que l'autorité administrative est libre de choisir les instruments (de droit public ou de droit privé) qui lui permettent au mieux d'accomplir sa mission, à moins que l'usage du contrat soit expressément interdit par la loi⁵⁷⁶. En effet, bien que cette position ne soit pas partagée par l'ensemble des juristes néerlandophones⁵⁷⁷, il doit, à mon sens, être admis que l'administration est la plus à même de choisir la manière la plus optimale de mettre en œuvre ses prérogatives.

Dans ce cadre, il incombe à l'administration de se soumettre à un ensemble de préceptes, écrits mais également non-écrits, tant de droit public que de droit privé, destinés à dicter son action. La thèse selon laquelle, lorsqu'elle recourt aux contrats, l'autorité administrative abandonne sa position privilégiée et ses prérogatives de puissance publique pour se soumettre, comme tout contractant, aux dispositions du droit civil ne peut être défendue⁵⁷⁸. Le phénomène de contractualisation de l'action administrative doit être vu comme une nouvelle modalité offerte à l'administration de poursuivre sa mission de gardienne de l'intérêt général⁵⁷⁹ : le contrat n'est donc qu'un instrument parmi d'autres de l'action publique.

Par conséquent, l'influence des principes non-écrits de droit administratif ne doit être négligée. En effet, leur double fonction compensatoire et instrumentale leur permet à la fois de pallier aux carences légales de protection du citoyen mais également d'assurer une protection optimale des intérêts privés, individuels et collectifs⁵⁸⁰. Ces outils ne doivent plus être vus comme de simples contrepoids à la position privilégiée de l'administration : ils disposent d'innombrables autres vertus qui ne peuvent être méprisées. Au fil du temps, les principes généraux de bonne administration se sont imposés comme des éléments incontournables du droit public, guidant l'action de l'administration de manière adéquate. Dès lors, lorsque cette action adopte une forme

⁵⁷⁵ W. VAN GERVEN et S. LIERMAN, *op. cit.*, p. 524.

⁵⁷⁶ P. QUERTAINMONT, « Les nouveaux instruments contractuels utilisés par l'administration et la compétence du juge administratif », *op. cit.*, p. 43.

⁵⁷⁷ K. WAUTERS et A. PERCY, *op. cit.*, p. 827.

⁵⁷⁸ K. SALOMEZ et H. FUNCK, *op. cit.*, p. 339.

⁵⁷⁹ M. DETRY et D. CASTIAUX, *op. cit.*, p. 229.

⁵⁸⁰ R. VALKENEERS, *op. cit.*, p. 338.

contractuelle, aucun élément ne permet de considérer que l'autorité administrative serait autorisée à s'affranchir de leur respect⁵⁸¹.

Cette position a d'ailleurs été confirmée par la Cour constitutionnelle dans un arrêt du 6 juillet 2017⁵⁸² en ce qui concerne le principe *audi alteram partem*. À l'époque, le cadre juridique de la contractualisation de l'action administrative était encore relativement flou : par conséquent, de nombreux employeurs publics étaient assignés en justice par leurs anciens contractuels qui estimaient leur licenciement irrégulier en raison du non-respect du principe d'audition préalable. Dans un arrêt du 12 octobre 2015, la Cour de cassation, qui a toujours eu une position défavorable à l'interpénétration mutuelle des règles de droit public et de droit privé⁵⁸³, a jugé que les principes généraux de bonne administration ne trouvaient pas à s'appliquer aux contrats conclus par l'administration⁵⁸⁴. Suivant la position de l'avocat général, elle a rejoint la thèse néerlandophone préalablement évoquée et selon laquelle l'autorité qui conclut une convention se soumet uniquement aux dispositions contractuelles. Selon cette théorie, les principes généraux ne sont qu'un correctif à la position privilégiée de l'administration en droit public : ils ne revêtent donc plus aucune pertinence lorsque celle-ci quitte la sphère publique pour pénétrer dans la sphère privée⁵⁸⁵.

Prenant le revers de cette position jurisprudentielle fortement critiquée, la Cour constitutionnelle a rappelé que la protection de l'intérêt général, dont l'autorité administrative est garante, requiert que toute décision soit prise en pleine connaissance de cause. Le licenciement, notamment adopté par une autorité administrative, est une mesure grave qui doit être entourée d'un certain nombre de garanties fondamentales. À son estime, la conclusion d'un contrat n'entraîne pas, *de facto*, l'abandon des prérogatives de puissance publique : l'autorité demeure tenue, dans le cadre des actions qu'elle entreprend, de respecter un ensemble de principes fondamentaux destinés à protéger les citoyens⁵⁸⁶. En outre, dans deux avis subséquents, le Conseil d'État a également confirmé que le licenciement des agents contractuels de la fonction publique était soumis au respect

⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 338.

⁵⁸² C. Const., 6 juillet 2017, *op. cit.*

⁵⁸³ J. JACQMAIN, « Droit du travail et droit administratif : la pythie fume encore », *op. cit.*, p. 350.

⁵⁸⁴ Cass., 12 octobre 2015, *op. cit.*

⁵⁸⁵ J. DE WILDE D'ESTMAEL, « L'audition préalable au licenciement dans le secteur public : un partout ? », *op. cit.*, p. 1702.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, p. 1703.

du principe d'audition préalable mais également à l'ensemble des principes généraux de bonne administration⁵⁸⁷.

De l'ensemble de ces évolutions jurisprudentielles, il me semble aujourd'hui pouvoir affirmer avec conviction que les principes généraux de bonne administration s'appliquent à l'ensemble des actes adoptés par l'autorité administrative, qu'ils soient réglementaires ou contractuels. Comme l'a souligné la Cour constitutionnelle en 2017, ces principes offrent de nombreuses garanties aux citoyens contre l'action administrative. Ceci ne peut être négligé, au risque d'offrir à l'autorité administrative un blanc-seing lui permettant d'agir en toute impunité. Même si le contrat place, *a priori*, les parties contractantes sur un pied d'égalité, l'autorité administrative ne peut être envisagée comme un co-contractant ordinaire. Il s'agit d'une puissance occupant une position dominante dont l'action, pour cette raison, doit être balisée.

Le développement d'une approche comparative permet également de saisir toute l'importance du débat et de se rendre compte du retard qu'accuse le droit belge sur la question de la reconnaissance de l'application des principes généraux de bonne administration aux contrats conclus par l'autorité administrative. En effet, le droit néerlandais considère, depuis l'arrêt Windmill de 1990, que celle-ci est en droit de recourir au contrat pour autant que la loi ne s'y oppose pas. À défaut de précision législative, il convient d'appliquer la formule de croisement afin de déterminer si le recours à un tel procédé contractuel est ou non opportun⁵⁸⁸. Les contrats conclus dans ce cadre sont soumis à un ensemble de règles, écrites ou non, issues à la fois du droit public et du droit privé⁵⁸⁹. La Cour suprême a d'ailleurs confirmé, dès 1987, dans son célèbre arrêt Ikon/Amsterdam, l'application des principes généraux de bonne administration aux contrats conclus par l'autorité publique⁵⁹⁰.

Les Pays-Bas ont également adopté, quelques années plus tard, une loi générale sur le droit administratif qui codifie une partie de ces principes et confirme cette jurisprudence. Il serait bon pour la Belgique de s'inspirer de cette initiative. Une telle codification apporte, en effet, une

⁵⁸⁷ Section législation du Conseil d'État, avis n° 64.133/AG donné le 5 octobre 2018 sur un avant-projet de loi 'modifiant la loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/64133.pdf#search=64133> ; Section législation du Conseil d'État, avis n° 65.877/4 donné le 15 mai 2019 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'portant dispositions diverses en matière de fonction publique régionale', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/65877.pdf#search=65877>.

⁵⁸⁸ HR, 26 janvier 1990, *N.J.*, 1991, p. 393.

⁵⁸⁹ F. VAN OMMEREN, « Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht – Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijk rechtsleer' », *op. cit.*, p. 569.

⁵⁹⁰ HR, 7 mars 1987, *N.J.*, 1987, p. 727, conclusie FRANX, noot M. SCHELTEMA.

sécurité juridique supplémentaire non négligeable quant à la portée et au champ d'application des principes généraux de bonne administration.

En somme, affirmer que l'autorité administrative n'agit qu'au moyen d'actes juridique unilatéraux, réglementaires ou individuels, nierait la réalité du terrain⁵⁹¹. Le droit public a évolué et semble emprunter de plus en plus la voie contractuelle pour promouvoir l'intérêt général. Ce changement de perspective ne doit pour autant pas permettre à l'administration d'agir librement, faisant fi des jalons traditionnels de l'action publique. Les principes généraux de bonne administration demeurent fondamentaux et pertinents. Une reconnaissance explicite par la doctrine et la jurisprudence de la thèse développée subséquemment me paraît toutefois indispensable afin de pouvoir mettre un terme à l'ensemble des controverses.

⁵⁹¹ S. LIERMAN., P.-J. VAN DE WEYER et K.J. VANDORMAEL., *op. cit.*, p. 489.

Bibliographie

I. Législation

A. Législation européenne

Traité sur l'Union européenne, *J.O.U.E.*, 26 octobre 2012, C 326, pp. 13 et s., art. 6.1.

Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, *J.O.U.E.*, 23 mars 2014, L 94, pp. 65 et s.

B. Législation belge

Const., art. 33 ; 108 ; 144 ; 145.

C. Civ., art. 6 ; 110.

Lois coordonnées sur le Conseil d'État du 12 janvier 1973, *M.B.*, 21 mars 1973, p. 3461.

Loi du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail, *M.B.*, 22 août 1978, p. 9277.

Loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, *M.B.*, 12 septembre 1991, p. 19976.

Loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique, *M.B.*, 14 août 1993, p. 18101.

Loi du 26 décembre 2013 concernant l'introduction d'un statut unique entre ouvriers et employés en ce qui concerne les délais de préavis et le jour de carence ainsi que des mesures d'accompagnement, *M.B.*, 31 décembre 2013, p. 104147.

A.R. du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics, *M.B.*, 14 février 2013, p. 8752.

A.R. du 22 juin 2017 modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 16 février 2017 modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.*, 27 juin 2017, p. 68311.

Convention collective de travail n° 109 du 12 février 2014, conclue au sein du Conseil national du Travail, concernant la motivation du licenciement, *M.B.*, 20 mars 2014, p. 22613.

C. Travaux préparatoires

Proposition de loi relative à la motivation formelle des actes administratifs, exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. extr., 1988, n° 215-1, p. 7.

Proposition de loi générale d'administration, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n° 51-496/1 (Proposition déposée par MM. LETHERME Y. et VANDEURZEN J.).

Section législation du Conseil d'État, avis n° 64.133/AG donné le 5 octobre 2018 sur un avant-projet de loi 'modifiant la loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/64133.pdf#search=64133>

Section législation du Conseil d'État, avis n° 65.877/4 donné le 15 mai 2019 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'portant dispositions diverses en matière de fonction publique régionale', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/65877.pdf#search=65877>

D. Législation néerlandaise

Burgerlijk Wetboek, art. 3 :8 ; 3 :14.

Algemene Wet Bestuursrecht, art. 3 :1, al. 2.

II. Jurisprudence

A. Jurisprudence européenne

Cour. eur. D.H., arrêt K.M.C. c. Hongrie du 10 juillet 2012, <http://www.echr.coe.int.proxy.bib.ucl.ac.be> (28 janvier 2014) ; *Chr. D.S.*, 2013, p. 399, note FUNCK H.

B. Jurisprudence belge

a. Cour de cassation

Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 193.

Cass., 8 décembre 1932, *Pas.*, 1933, I, p. 44.

Cass., 27 novembre 1952, *Arr.Cass.*, 1953, p. 164.

Cass., 4 septembre 1958, *Pas.*, 1950, I, p. 6.

Cass., 9 décembre 1958, *Pas.*, 1948, I, p. 355.

Cass., 29 avril 1960, *Pas.*, 1960, I, p. 1000.

Cass., 31 mai 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1159.

Cass., 14 octobre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 921.

Cass., 12 février 2004, *R.C.J.B.*, 2005, p. 101, note DE ROY D.

Cass., 12 décembre 2005, *J.T.T.*, 2006, p. 155.

Cass., 18 février 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 117.

Cass., 28 mars 2011, *J.T.T.*, 2011, p. 364 ; *Chr. D.S.*, 2013, p. 350, obs. JACQMAIN J., « Droit du travail et droit administratif : la Pythie fume encore ».

Cass., 12 mai 2014, *Pas.*, 2014, p. 1145.

Cass., 12 octobre 2015, *Pas.*, 2015, p. 2314 ; *J.T.T.*, 2016, p. 27, note LEMAIRE G. ; *R.A.G.B.*, 2016, p. 943, note DOOMS V. ; *T. Gem.*, 2016, p. 125, note DE SOMER S. et VUYLSTEKE V.

b. Cour constitutionnelle

C. Const., 30 juin 2016, n°101/2016, *M.B.*, 8 septembre 2016, p. 60887 ; *A.P.T.*, 2016, p. 570 ; note VUYLSTEKE V. et DE SOMER S. ; *J.L.M.B.*, 2017, p. 1740, note CAPART R. ; *NjW*, 2016, p. 575.

C. Const., 6 juillet 2017, n° 86/2017, *M.B.*, 4 octobre 2017, p. 90103 ; *A.P.T.*, 2017, p. 202, note VUYLSTEKE V. et DE SOMER S. ; *J.L.M.B.*, 2017, p. 1696, note DE WILDE D'ESTMAEL J.

C. Const., 22 février 2018, n°22/2018, *M.B.*, 18 juillet 2018, p. 57647 ; *A.P.T.*, 2018, p. 83, note VUYLSTEKE V. et DE SOMER S. ; *J.L.M.B.*, 2018, p. 637, note CORDIER Q. ; *J.T.T.*, 2018, p. 273, note. DECKERS H.

C. Const., 5 juillet 2018, *M.B.*, 10 décembre 2018, p. 96615 ; *A.P.T.*, 2018, p. 487 ; *J.T.*, 2019, p. 161, note VUYLSTEKE V. et DE SOMER S. ; *J.T.T.*, 2018, p. 354 note TIBERMONT E.

c. Conseil d'État

C.E., 23 décembre 1959, Detournay, n° 7.518, inédit, cité par MATHY I., « Principes généraux : Genèse et consécration d'une source majeure du droit administratif », in BEN MESSAOUD S. et VISEUR F., *Les principes généraux du droit administratif, Actualités et applications pratiques*, 1^{ère} éd., Bruxelles, Larcier, 2017, p. 39.

C.E., 4 juillet 1967, NV Ondernemingen Jan de Nul, n° 12.511, inédit, cité par WAUTERS K., « Zijn er dan toch meer afsplitsbare rechtshandelingen dan eerst gedacht ? », note sous C.E., 3 mars 2020, s.a. J./ la Ville de Bruxelles, n° 247.196, *T.B.O.*, 2020, pp. 494-504.

C.E., 14 février 1978, Himpe, n°18.756, *Arr. C.E.*, 1978, p. 196.

C.E., 18 novembre 1981, Hercot, n° 21.558, *Arr. C.E.*, 1981, p. 1623.

C.E., 27 août 1991, Lens, n° 37.538, *Pas.* 1993, p. 178 ; *T. Gem.*, 1993, p. 324.

C.E., 8 janvier 1993, SC Société Régionale du logement du Borinage, n° 41. 519, *R.A.C.E.*, 1993, s.p.

C.E., 19 janvier 1998, Baele, n°70.876, *R.W.*, 1998-99, p. 645.

C.E., 15 février 1999, De Moor, n° 59.521, *Chr. D.S.*, 1999, p. 383

C.E., 12 décembre 2002, Taymans, n° 113.544, inédit, cité par DE WILDE D'ESTMAEL J., « L'audition préalable au licenciement dans le secteur public : un partout ? », *J.L.M.B.*, 2017, p. 1700.

C.E., 25 septembre 2007, Rudelopt, n° 174.964, *A.P.T.*, 2009, p. 191.

C.E., 22 novembre 2007, SA Telenet Bidco, n° 177.029, *Droit communal*, 2008, p. 69.

C.E., 10 novembre 2009, Pagnier, n° 197.693, inédit, cité par DE JONGHE D. et HENRARD P.-F., « L'actualité des principes généraux de droit administratif et de bonne administration en droit administratif : questions choisies », in DE BROUX P.-O., LOMBAERT B. et TULKENS FR., *Actualité des principes en généraux en droit administratif, social et fiscal*, Limal, Anthémis, 2015, p. 28.

C.E., 5 mars 2012, Renardy, n° 218.302, inédit, cité par DE JONGHE D. et HENRARD P.-F., « L'actualité des principes généraux de droit administratif et de bonne administration en droit administratif : questions choisies », in DE BROUX P.-O., LOMBAERT B. et TULKENS FR., *Actualité des principes en généraux en droit administratif, social et fiscal*, Limal, Anthémis, 2015, p. 28.

C.E., 1^{er} août 2012, Shabani, n°220.401, *Chr. D.S.*, 2016, p. 444.

C.E., 26 février 2014, Louvet, n° 226.552, inédit, cité par DE WILDE D'ESTMAEL J., « L'audition préalable au licenciement dans le secteur public : un partout ? », *J.L.M.B.*, 2017, p. 1700.

C.E., 4 mars 2016, Eun-Yung Aurore Goedseels, n°234-035, *Droit communal*, 2016, note GILLET E., pp. 23-26.

C.E., 2 juin 2016, Wouters, n° 234.920, *C.D.P.K.*, 2017, pp. 460-461.

C.E., 27 septembre 2016, La S.C.R.L. Intercommunale d'étude et de gestion (I.E.G.), n° 235.871, *A.P.T.*, 2017, p. 121 ; *J.D.S.C.*, 2018, p. 89, note COIPEL M. ; *Droit communal*, 2017, p. 45 ; *Chr. D.S.*, 2016, p. 378, note FUNCK H. ; *T. Gem.*, 2017, p. 57, note VUYLSTEKE V et DE SOMER S.

C.E., 3 mars 2020, s.a. J./ la Ville de Bruxelles, n° 247.196, *T.B.O.*, 2020, pp. 494-504, note WAUTERS K.

d. Cour du travail

C. trav. Bruxelles, 10 décembre 2003, *J.T.T.*, 2005, p. 86 ; *Chr. D.S.*, 2005, p. 366, note JACQMAIN. J.

C. trav. Bruxelles, 30 mai 2006, *Chr. D.S.*, 2007, p. 522.

C. trav. Liège, 9 novembre 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 73.

C. trav. Bruxelles, 27 novembre 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 167.

C. trav. Anvers, 20 avril 2009, *Chr. D.S.*, 2013, p. 355.

C. trav. Mons, 6 septembre 2010, *J.T.T.*, 2011, p. 103.

C. trav. Liège, 22 décembre 2010, *Chr. D.S.*, 2016, p. 368.

C. trav. Gand, 24 avril 2012, R.G. n° 2010/AR/101, inédit, cité par STIEVENARD TH. et LAMBRECHT N., « Le licenciement d'un contractuel de la fonction publique n'est pas un acte administratif », *Chr. D.S.*, 2016, p. 400.

C. trav. Bruxelles, 8 janvier 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 228.

C. trav. Liège, 13 novembre 2015, R.G. n° 2014/AL/646, inédit.

C. trav. Mons, 24 novembre 2015, R.G. n° 2014/AM/213, inédit.

C. trav. Liège, 22 janvier 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 669, obs. LINGUELET R.

C. Trav. Anvers, 23 novembre 2020, *T.B.O.*, 2020, p. 528.

e. Tribunal du travail

Trib. trav. Bruxelles, 30 octobre 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 53.

Trib. trav. Liège, 19 décembre 2016, R.G. n° 15/1763/A, inédit.

C. Jurisprudence néerlandaise

HR, 4 janvier 1963, *N.J.*, 1964, nrs. 202-204, conclusie LANGEMEIJER, noot. J.H.B.

HR, 27 mars 1987, *N.J.*, 1987, p. 727, conclusie FRANX, noot SCHELTEMA M.

HR, 26 janvier 1990, *N.J.*, 1991, p. 393.

HR, 31 janvier 2019, *N.J.*, 2019, p. 161 (Lindenbaum/Cohen).

III. Doctrine

A. Monographies

- ACKERMANS-WIJN J.E.C., *Contracten met de overheid*, Deventer, Kluwer, 1989.
- ADDINK G.H., *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer, Kluwer, 1999.
- ANDERSEN R. et LEUS K., *La réforme de la fonction publique*, Bruxelles, La Charte, 2002.
- BATSELE D., *Manuel de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2010.
- BATSELE D., SCARCEZ M., *Abrégé de droit administratif*, 1^{ère} éd., Bruxelles, Larcier, 2015.
- BEN MESSAOUD S. et VISEUR F. (coord.), *Les principes généraux du droit administratif, Actualités et applications pratiques*, Bruxelles, Bruylant, 2016.
- BOASSON J.J., *De rechter tegenover de vrijheid van de administratie*, Groningen, J.B. Wolters, 1911.
- BOUVIER P., BORN R., CUVELIER B. et PIRET F., *Éléments de droit administratif*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2016.
- BUTTGENBACH A., *Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1952.
- CAMBIER C., *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968.
- CAMU L., *Le statut des agents de l'État*, Bruxelles, IMIFI, 1937.
- CLESSE C.-E., *L'assujettissement à la sécurité sociale des travailleurs salariés et indépendants – Aux frontières de la fausse indépendance*, 3^e éd., Mechelen, Kluwer, 2015.
- CORTEN O et SCHAUS A., *Le droit comme idéologie – Introduction critique au droit belge*, Waterloo, Kluwer, 2004.
- DE BROUX P.-O., LOMBAERT B. et TULKENS FR. (sous la dir. de), *Actualités des principes généraux en droit administratif social et fiscal*, Limal, Anthémis, 2015.
- DE BROUX P.-O., LEONARD T., LOMBAERT B., *La distinction entre droit public et droit privé. Pertinence, influences croisées et questions transversales*, Bruxelles, Anthémis, 2019.
- DE HAAN P., *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer, Kluwer, 1986.
- DE LAUBADERE A., MODERNE F. et DEVOLVE P., *Traité des contrats administratifs*, t.I, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983.
- DEMBOUR J., *Droit administratif*, Liège, Faculté de droit, 1978.
- DE VRIES M.-S. et NEMEC J., *Implementation of New Public Management Tools*, Bruxelles, Larcier, 2015.
- D'HOOGHE D. et VANDENDRIESSCHE F., *Publieke private samenwerking*, Bruges, die Keure, 2003.

DONNER A.M., *Nederlands bestuursrecht, Algemeen Deel*, Alphen aan den Rijn, Samsom, 1974.

DURVIAUX A.-L., *Droit administratif, L'action publique*, t. I, Bruxelles, Larcier, 2011.

ERGEK R., *Introduction au droit public*, Bruxelles, Story-Scientia, 1994.

FELTKAMP R. et JANSSENS E., *Ondernemingscontracten : stap voor stap*, Gent, Larcier, 2013.

FISSE D. et DURVIAUX A.-L., *Droit de la fonction publique*, Bruxelles, Larcier, 2012.

FLAMME M.-A., *Traité théorique et pratique des marchés publics*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1969.

FLAMME M.-A., *Droit administratif*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1989.

GILSON S., LAMBINET F. et TRUSGNACH Z. , *Les obligations particulières de l'employeur public lors du licenciement des travailleurs contractuels*, Limal, Anthémis, 2016.

GOFFAUX P., *Dictionnaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2016.

LEWALLE P. , *Contentieux administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008.

LOMBAERT B., MATHY I. et RIGODANZO V., *Éléments du droit de la fonction publique*, Waterloo, Kluwer, 2007.

LUST S., *Raad van State. Rechtsherstel door de Raad van State*, Bruges, La Charte, 2000.

MARCHAL P., *Les principes généraux du droit*, t. XI, Bruxelles, Bruylant, 2014.

MAST A., DUJARDIN J., VAN DAMME M. et VANDE LANOTTE J., *Overzicht van het Belgische administratief recht*, 20^e éd., Kluwer, 2014.

MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts de droit privé* , Paris, L.G.D.J., 2004.

NICOLAÏ P., *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer, Kluwer, 1990.

NIHOUL P., *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, Bruges, La Charte, 2001.

NOGUELLOU R. et STELKENS U., *Droit Comparé des Contrats Publics – Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

OPDEBEEK I. et COOLSAET A., *Algemene beginselen van ambtenarentucht*, Bruges, die Keure, 2011.

OPDEBEEK I. et VAN DAMME M. (sous la dir. de), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Bruges, La Charte, 2006.

PÂQUES M., *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991.

PÂQUES M., *Principes de contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2017.

PÂQUES M. et DURVIAUX A., *Droit administratif et contentieux*, Bruxelles, Larcier, 2016.

POLAK J.E.M., *Burgerlijke rechter of bestuursrechter? De gewenste verdeling van rechtsmacht bij: regelgeving, schadeveroorzakend overheidshandelen, tweewegenleer-vragen*, Deventer, Kluwer, 1999.

POPELIER P., *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke wetgeving*, Anvers, Intersentia, 1997.

RENDERS D., « Le point sur la motivation formelle des actes administratifs », communication à un colloque « La motivation formelle des actes administratifs, après-midi d'étude organisé par le GTI Lex », 2014.

RENDERS D., *Droit administratif général*, 3^e éd., Collection Centre Montesquieu d'études de l'action publique, Bruxelles, Larcier, 2019.

SALMON J., JAUMOTTE J. et THIBAUT E., *Le Conseil d'État de Belgique*, Vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2012.

SANGRONES-JACQUEMOTTE G. et CLESSE CH.-E., *La rupture du contrat de travail : droit, motivation et restriction*, Waterloo, Kluwer, 2015.

SCHELTEMA M. et SCHELTEMA M.W., *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2008.

SCHLÖSSELS R.J.N. et ZIJLSTRA S.E., *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer, Kluwer, 2010.

SCHOLTEN P., *Algemeen deel*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1974.

STENMANS A., *La transformation de la fonction administrative en Belgique*, Bruxelles, C.R.I.S.P., 1999.

STORME M., *Algemene inleiding tot het recht*, Anvers, Kluwer, 1990.

VANDE LANOTTE J. et HAECK Y., *Handboek EVRM, Deel 1 – Algemeen Beginselen*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2005.

VANDENDRIESSCHE F., *Publieke en Private Rechtspersonen ? Naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, Bruges, die Keure, 2004.

VAN DER HEIJDEN G.M.A., *Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en maatschappelijke functie van beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer, Tjeenk Willink, 2001.

VAN GERVEN W. et S. LIERMAN, *Algemeen deel, veertig jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechelen, Kluwer, 2010.

VANNES V. et DEAR L., *La rupture abusive du contrat de travail – Théorie et applications*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

VANNES V., *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2012.

VAN OMMESLAGHE P., *Traité du droit civil belge, Les obligations*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2013.

VIRALLY M., *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 1960.

WAUTERS K., *Rechtsbescherming en overheidsovereenkomsten. De preventieve en jurisdictionele rechtsbescherming bij de gunning van overheidsovereenkomsten in Nederland, Frankrijk en België en de mogelijke invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie*, Anvers/Oxford, Intersentia, 2009.

WAUTERS K., DELVAUX B. et VANHEUSDEN B., *Invloed van het EU-recht op het Belgisch bestuursrecht*, Bruges, die Keure, 2014.

WIGNY P., *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1953.

B. Contributions dans des ouvrages collectifs

ADDINCK G.H., « Three legal dimension of good governance. Some recent developments », in CASTRO A., *Buen Gobierno y Derechos Humanos. Nuevas perspectivas en el derecho publico para fortalecer la legitimidad democratica de de administracion publica en el Peru*, PUCP, pp. 23-46.

BONNET B., « La *summa divisio* droit public-droit privé : chimère ou pierre angulaire ? », in BONNET B. ET DEUMIER P. (sous la dir. de), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 3-6.

BOSSUYT A., « Les principes généraux du droit en droit administratif et droit public, dans la jurisprudence de la Cour de cassation », in GILSON S. (éd.), *Au-delà de la loi ?, Actualités et évolution des principes généraux du droit*, Coll. Conférence du Jeune Barreau de Namur, Limal, Anthémis, 2006, pp. 161-188.

BOUCKAERT G., « Reforming Public Governance : Some Lessons Learned », in DE VRIES M.-S et NEMEC J., *Implementation of New Public Management Tools*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 25-32.

BOUCQUEY P., « La motivation formelle en matière de fonction publique », in JADOUL P. et VAN DROOGHENBROECK S. (sous la dir. de), *La motivation formelle des actes administratifs*, Bruxelles, La Charte, 2005, pp. 101-137.

CAMBIER C., « Les contrats de programme », in *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, t.III, Bruxelles, Bruylant, 1972, pp. 436-446.

CAPART R. et DELBROUWIRE E., « Le licenciement des agents contractuels du secteur public en 2016 : au milieu du gué », in MORMONT H. (sous la dir. de), *Droit du travail tous azimuts, Formation permanente CUP*, Larcier 2016, pp. 701-754.

COOLSAET C., « Contractueel overheidspersoneel », in OPDEBEEK I. et COOLSAET A. (sous la dir. de), *Formele motivering van Bestuurshandelingen*, Bruges, die Keure, 2013, pp. 521-536.

CRAIG P. et TRYBUS M., « Angleterre et Pays de Galles/England and Wales », in NOGUELLOU R. et STELKENS U., *Droit Comparé des Contrats Publics – Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 339-366.

CUYPERS D., « Beginselen van behoorlijk bestuur in personeelsmateries : zowel voor ambtenaren als voor overheidscontracten ? », in JANVIER R. et DE BECKER A. (sous la dir. de), *Le statut juridique du personnel des services publics en évolution*, Bruges, die Keure, 2015, pp. 3-64.

DANSOY H., « Une autorité publique prend-elle une décision administrative quand elle décide de licencier un membre de son personnel contractuel ? », in VAN MEERBEECK J. (coord.), DE BROUX P.-O., LEONARD T. ET LOMBAERT B., *La distinction entre droit public et droit privé. Pertinence, influence croisée et questions transversales*, Bruxelles, Anthémis, 2019, pp. 163-225.

DAVAGLE M., « Le licenciement est-il une mesure disciplinaire ? », in GILSON S. (coord.), *Discipline et surveillance dans la relation de travail*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2013, pp. 163-186.

DEAR L., « L'audition préalable et la motivation du congé », in CLESSE CH.-E. ET GILSON S. (coord.), *Le licenciement abusif*, Limal, Anthémis, 2009, pp. 93-124.

DEAR L. ET LHOSTE A., « La motivation du licenciement. Les conséquences de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 2015 », in MARKEY L., BERTRAND L., CASTIAUX D., DEAR L. ET WYNSDAU S. (sous la dir. de), *Actualités en droit social - Rétrospectives et perspectives concernant la loi sur le statut unique, le régime de chômage avec complément d'entreprise et la loi sur les pensions complémentaires*, Coll. de la Conférence du Jeune Barreau du Brabant wallon, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 41-92.

DE BECKER A., « Ontslag van contractanten in het publieke sector », in RIGAUX M. et RAUWS W. (red.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 8*, Anvers, Intersentia, 2010, pp. 145-178.

DECLERCQ A., « L'ouverture de l'administration au public », in X, *L'administration en 7 questions*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 43-71.

DE JONGHE D., HENRARD P., « L'actualité des principes généraux de droit administratif et de bonne administration en droit administratif : questions choisies », in DE BROUX P.-O., LOMBAERT B. ET TULKENS F. (sous la dir. de), *Actualité des principes en droit administratif, social et fiscal*, Limal, 2015, pp. 7-50.

DELGRANGE X. ET LOMBAERT B., « La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs : questions d'actualité », in JADOUL P. et VAN DROOGHENBROECK S. (sous la dir. de), *La motivation formelle des actes administratifs*, Bruxelles, La Charte, 2005, p. 36.

DEOM D., « Les instruments du droit administratif à l'épreuve des 'partenariats public-privé' (P.P.P.) », in LOMBAERT P. (sous la dir. de), *Les partenariats public-privé (P.P.P.) : un défi pour le droit des services publics*, Bruxelles, La Charte, 2005, pp. 202-203.

DEPRINCE O., « Audition préalable et motivation du licenciement : un état de la question, quelques réflexions », in CLESSE CH.-E. ET GILSON S. (coord.), *Le licenciement abusif*, Limal, Anthémis, 2009, p. 143.

DEPRINCE O., « Licenciement pour motif grave : faut-il revenir sur la question de l'audition préalable ? », in GILSON S. (coord.), *Le congé pour motif grave – Notions, évolution, questions spéciales*, Limal, Anthémis, 2011, pp. 91 et s.

DE ROY D. et JAUMOTTE J., « Les principes généraux du droit administratif : entre certitudes et questions », in BEN MESSAOUD S. et VISEUR F., *Les principes généraux du droit administratif, Actualités et applications pratiques*, 1^{ère} éd., Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 9-17.

DETRY M. et CASTIAUX D., « La discipline des contractuels – Quelles spécificités ? », in JACQMAIN J., *Une terre de droit du travail : les services publics*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 193-236.

DE VRIES M.-S. et NEMEC J., « The development of New Public Management in Transition countries », in DE VRIES M.-S. et NEMEC J., *Implementation of New Public Management Tools*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 9-23.

DE WAARD B.W.N. et DE MOOR VAN VUGHT A.J.C., « Les changements récents dans le droit administratif néerlandais », in MARCOU G., *Les mutations du droit de l'administration en Europe*, Paris, L'Harmattan, 1996.

D'HOOGHE D., « Overeenkomsten met de overheid », in STORME M., MERCHIEERS Y. et HERBOTS J. (sous la dir. de), *De overeenkomst vandaag en morgen*, Anvers, Kluwer, 1990, pp. 129 et s.

D'HOOGHE D. et GELDEN M., « De eenzijdige wijziging van met de overheid gesloten contracten : overheidsopdrachten, publiek-private samenwerkingscontracten en concessies van openbare dienst », in X, *Tendensen in het bedrijfsrecht : de eenzijdige wijziging van het contract*, Anvers, Kluwer, 2003, pp. 96-105.

DRECHSLER W. et RANDMA-LIIV T., « The New Public Management – Then and Now : Lessons from the Transition in Central and Eastern Europe », in DE VRIES M.-S. et NEMEC J., *Implementation of New Public Management Tools*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 33-50.

DUK W., « Pionierende rechtspraak. Vroege toepassing van rechtsbeginselen door de Centrale Raad van Beroep », in X, *Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, La Haye, Sdu Uitgevers, 2003, pp. 137-154.

DUMONT H., « Les coutumes constitutionnelles, une source de droit et de controverses », in HACHEZ I. et al. (sous la dir. de), *Les sources du droit revisitées*, Vol. 1, Limal, Anthémis, 2012, pp. 581-634.

EMAUS J. et ZWART T., « Pays-Bas/Netherlands », in NOGUELLOU R. et STELKENS U., *Droit Comparé des Contrats Publics – Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 741-757.

FLAMME P., « Belgique /Belgium », in NOGUELLOU R. et STELKENS U., *Droit Comparé des Contrats Publics – Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 399-430.

GILSON S., « Le congé notifié à un contractuel de la fonction publique et l'irruption de la loi du 29 juillet 1991 : une véritable exception à la règle de la motivation du congé en droit social », in X., *Motivation et motifs du congé*, Waterloo, Kluwer, 2006, pp. 119-143.

GILSON S., et LAMBINET F., « Le droit social belge est-il conforme aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt K.M.C. c. Hongrie – L'audition préalable et la motivation du congé en question », in GOSSERIES P. et MORSA M. (coord.), *Le droit du travail 21^e siècle, liber amicorum* CLAUDE WANTIEZ, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 395-411.

GORS B., « Le principe de mutabilité », in DUMONT H., JADOUL P., LOMBAERT B., TULKENS FR. et VAN DROOGHENBROECK S. (sous la dir. de), *Le service public, Les « lois » du service public*, t. II, Bruxelles, La Charte, 2009, pp. 105-176.

HACHEZ A. et VANHAVERBEKE P., « La motivation du licenciement. Discrimination secteur privé versus secteur public », in GILSON S. et VANHAVERBEKE P. (coord.), *La rupture du contrat de travail : entre harmonisation et discrimination*, Limal, Anthémis, 2015, pp. 79-116.

HACHEZ I., « La question des obligations positives », in VAN DROOGHENBROECK S., *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 207-221.

HUISMAN P. et VAN OMMEREN F., « De bijzondere positie van de overheid in het Nederlandse privaatrecht. De tweewegenleer en het overheidsovereenkomstenrecht », in ASSER D., *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland. Preadviezen 2015. Overheidscontracten. Verdedigingsrechten van rechtspersonen in het strafproces. De rechter en de rechtsgronden*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2015, pp. 83-141.

JACQMAIN J., « Attention, il mord : le contrat de travail dans les services publics », in X, *Les 30 ans de la loi du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail*, éd. Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 47 et s.

JAUMOTTE J., « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », in BLERO B., *Le Conseil d'État de Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 593-697.

JOASSART P. et BONBLED N., « Les principes généraux du droit administratif et de bonne administration en droit social », in DE BROUX P.-O., LOMBAERT B. et TULKENS F. (sous la dir. de), *Actualité des principes généraux en droit administratif, social et fiscal*, Limal, Anthémis, 2015, pp. 99-142.

JOASSART P. et SOLBREUX M., « L'application des principes généraux de droit administratif aux fonctionnaires et contractuels de la fonction publique », in BEN MESSAOUD S. et VISEUR F. (coord.), *Les principes généraux de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 936-986.

JOURDAN M., « La rupture de la relation de travail des membres du personnel soumis à la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail », in JACQMAIN J., *Une terre de droit du travail : les services publics*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 309 et s.

LEUS K., « Overeenkomsten met de overheid of overheidsovereenkomsten : bijzondere overeenkomsten en algemeen belang », in FELTKAMP R. et JANSSENS E., *Ondernemingscontracten : stap voor stap*, Gent, Larcier, 2013, pp. 507-532.

MATHY I., « Principes généraux: Genèse et consécration d'une source majeure du droit administratif », in BEN MESSAOUD S. et VISEUR F., *Les principes généraux du droit administratif, Actualités et applications pratiques*, 1^{ère} éd., Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 22-58.

OPDEBEEK I. et COOLSAET A., « De wet Motivering Bestuurshandelingen : een korte, maar revolutionaire wet », in OPDEBEEK I. et COOLSAET A. (sous la dir. de), *Formele Motivering van bestuurshandelingen*, Bruges, die Keure, 2013, pp. 3-16.

PIRET F., RENDERS D. et TRYBULOWSKI A., « Les droits de la défense et les actes unilatéraux de l'administration : où l'unilatéralité ne va pas sans contradiction », in MATENS P. (sous la dir. de), *Les droits de la défense*, Formation permanente CUP, vol. 146, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 71-79.

POPELIER P., « Beginselen van behoorlijk bestuur, begrip en plaats in de hiërarchie van de normen », in OPDEBEEK I. et VAN DAMME M. (réd.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Bruges, La Chartre, 2006, pp. 3-34.

RAUWS W., « De nietigheid in het arbeidsovereenkomstenrecht », in BLANPAIN R., BOCKSTEINS H., CORNELISSEN R.C. et RIGAUX M., *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Anvers, Kluwer, 1987, pp. 393-436.

RENDERS D., « Des principes généraux du droit administratif : pourquoi, par qui et à quel titre ? », in BEN MESSAOUD S. et VISEUR FR., *Les principes généraux du droit administratif, Actualités et applications pratiques*, 1^{ère} éd., Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 988-994.

SEYS S., DE JONGHE D. ET TULKENS FR., « Les principes généraux du droit », in HACHEZ H. et al. (sous la dir. de), *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, Limal, Anthémis, 2012, pp. 493-550.

STIEVENARD TH., « Le licenciement des contractuels dans la fonction publique », in LEVERT P. et LOMBAERT B. (sous la dir. de), *Droit et contentieux dans la fonction publique : 10 années d'actualité*, Bruxelles, IFE, 2013, pp. 296 et s. Repris par CASTADOT A., « Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public », *J.T.T.*, 2017, p. 19.

SUETENS L.-P., « Algemene beginselen van behoorlijk bestuur, begrip en plaats in de hiërarchie de normen. Inleidende verkenning », in OPDEBEEK I., *Algemeen beginselen van behoorlijk bestuur*, Anvers, Kluwer, 1993, pp. 1-26.

TROOTSTWIJK M., « Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen », in DE GOEDE B. et TROOTSTWIJK M., *Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V., 1956, pp. 52-92.

VAN DAMME N., MERODIO J. et SIMAR R., « La motivation formelle des actes administratifs – Questions choisies », in DURVIAUX A.-L. et PÂQUES M., *Droit administratif et contentieux*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 342-389.

VANDENBURIE A., DE VALKENEER D. Et WAUTERS K., « La modification unilatérale du contrat public », in WAUTERS K. (coord.), *La modification unilatérale des contrats*, coll. « Recyclages en droit », Limal, Anthémis, 2018, pp. 92-141.

VANDENDRIESSCHE F., « Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur », in OPDEBEEK I. et VAN DAMME M., *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Bruges, die Keure, 2004, pp. 35-66.

VAN DER HOEVEN J., « De magische lijn. Verkenningen op de grens van van publiek- en privaatrecht », in SCHOORDIJK H.C.F. (sous la dir. de), *Honderd Jaar rechtsleven, De Nederlandse Juristen-Vereniging 1870-1970*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1970, pp. 201-219.

VAN LANG A., « Le point de vue d'une publiciste », in BONNET B. et DEUMIER P. (sous la dir. de), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 31-36.

VAN MEERBEECK J., « Droit public et droit privé : ni *summa* ni *divisio* », in DE BROUX P.-O., LEONARD T., LOMBAERT B., *La distinction entre droit public et droit privé. Pertinence, influences croisées et questions transversales*, Limal, Anthémis, 2019, pp. 9-56.

VAN OMMEREN F., « De bevoegdhedenovereenkomst in de Awb en de verhouding met het Bw », in BARKHUYSEN T., DEN OUDEN W. et POLAK J.E.M. (sous la dir. de), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, La Haye, Boom Juridische uitgevers, 2010, pp. 717-735.

VAN PUTTEN M., « Doorwerking in het Belgische arbeidsrecht – IAO conventies, art. 6.4 ESH en soft law », in WOUTERS J. et VAN EECKHOUTTE E. (sous la dir. de), *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2006, pp. 407-430.

VUYLSTEKE V., « Motivation formelle du licenciement des agents contractuels : la fin de l'histoire ou l'histoire sans fin ? (Cass., 12 octobre 2015) », in RENSON B., *Lettre d'information de la Commission de droit public du Barreau de Bruxelles*, 2016, pp. 8-20.

WAUTERS K., « Zin of onzin van een leer van het administratief contract in België », in DEKETELAERE K., D'HOOGHE D. et DRAYE A., *Liber amicorum Marc Boes*, Bruges, die Keure, 2011, p. 594

WAUTERS K. et PERCY A., « Le visage contractuel de l'administration », in D'ARGENT P., RENDERS D., VERDUSSEN M. (coord.), *Les visages de l'État. Liber Amicorum*, Brussel, Larcier, 2017, pp. 821-856.

WIGGERS-RUST L.F., « Overheidsbestuur per contract en het primaat van het publiek recht », in X, *Bestuursrecht aan de horizon*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, pp. 123-134.

C. Articles de périodiques

AGUILA Y., « Droit public et Droit privé, la nécessité de regards croisés », *AJDA*, 2009, pp. 905-908.

ANDERSEN R., « Autorité et contrat dans l'administration moderne en Belgique », *Ann. eur. d'administration publique*, 1997, pp. 35-46.

ANDERSEN R. et LEWALLE P., « La motivation formelle des actes administratifs », *A.P.T.*, 1993, pp. 62-65.

BATSELE D. et RENDERS D., « Cinq années de jurisprudence du Conseil d'État relative aux principes généraux du droit administratif », *A.P.T.*, 1990, pp. 262-310.

BELLEFLAMME F., « Motivation formelle et motivation matérielle du licenciement d'un travailleur contractuel dans le secteur public », *Droit communal*, 2019, pp. 6-13.

BOOGERS R.J., « Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en privaatrechtelijk overheidshandelen », *Tijdschrift voor praktisch bestuursrecht*, 2014, pp. 8-13.

BOSSUYT A., « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *J.T.*, 2005, pp. 725-736.

BOUCQUEY P., « L'engagement d'agents contractuels par les communes et le respect des principes généraux du droit administratif », *Droit communal*, 2003, pp. 19-34.

BOUVIER J. et VAN BOL J.-M., « L'agent contractuel est-il licenciable *ad nutum* ? », *Droit communal*, 2011, p. 18.

BOUVIER PH., « La motivation formelle des actes administratifs », *R.R.D.*, 1994, pp. 165-184.

CASTADOT A., « Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public (première partie) », *J.T.T.*, 2017, pp. 1-6.

CASTADOT A., « Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public (deuxième partie) », *J.T.T.*, 2017, pp. 17-25.

CRAHAY P., « Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable », *Orientations*, 2014, pp. 2-13.

DEAR L. et DEPRINCE O., « Incidences de la loi de 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs sur le licenciement du personnel contractuel du service public », *J.T.T.*, 2005, pp. 173-181.

DEAR L., « Le congé pour motif grave du contractuel du secteur public », obs. sous C. trav. Mons, 21 novembre 2012, *Chr. D.S.*, 2013, pp. 385-387.

DEBIÈVRE J., « Het convenant als beleidsinstrument naar Belgisch recht : achtergrond en recente evolutie », *T.V.W.*, 2002, pp. 371-373.

DECKERS H., « Licenciement pour motif grave et obligation d'audition préalable de l'agent contractuel de la fonction publique : entre évolution et révolution », *J.T.T.*, 2018, pp. 274-277.

DE GROOT M., « De subsidieovereenkomst in een stroomversnelling : mogelijkheden en beperkingen », *T.B.P.*, 2014, pp. 202-217.

DEL MARMOL CH., « Réflexions sur l'utilisation des techniques contractuelles dans la vie des affaires », *J.T.*, 1973, pp. 69-75.

DE SCHUTTER O., « La coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et le juge national », *Rev. b. dr. intern.*, 1997, pp. 21-68.

DESMET C., « Le congé en droit du travail devra-t-il bientôt être formellement motivé ? », *J.T.T.*, 2013, pp. 337-343.

DE SOMER S., LAMBRECHT S. et VERBEECK V., « De toepasselijkheid van algemene publiekrechtelijke regelgeving en beginselen op autonome overheidsdebrijven, IVA's en EVA's », *T.B.P.*, 2011, pp. 4-33.

DE SOMER S. et VUYLSTEKE V., « Note-Actualités : la Cour constitutionnelle considère que le principe d'audition devrait s'appliquer au licenciement des agents contractuels du secteur public », *Droit communal*, 2017, pp. 34-35.

DE WILDE D'ESTMAEL J., « L'audition préalable au licenciement dans le secteur public : un partout ? », *J.L.M.B.*, 2017, pp. 1700 - 1707.

DE WILDE D'ESTMAEL J., « Le point sur le licenciement des agents contractuels dans le secteur public », *Orientations*, 2018, pp. 2-17.

D'HOOGHE D., « De mogelijkheid voor openbare besturen om beleidsovereenkomsten te sluiten en deel te nemen aan oprichting van rechtspersonen », *T.Gem.*, 1995, pp. 91-93.

DOHOGNE R., « L'absence d'application de la loi du 29 juillet 1991 aux travailleurs APE ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution », *Scolanews*, 2018, pp. 5 et s.

DUBOIS CH. et DUVAL J., « Autorité administrative à la recherche de l'imperium ou d'autres critères », *A.P.T.*, 2014, pp. 334-340.

FEYT A., « La fonction publique de demain sera-t-elle de carrière ou d'emploi ? », *Rev. dr. ULB.*, 2006, pp. 223-260.

FUNCK H. et SOLMEZ K., « Le licenciement d'un agent contractuel d'un service public, un acte non de droit public mais de droit privé », *Chr. D.S.*, 2013, pp. 333-339.

GANSHOF VAN DER MEERSCH W.J., « Propos sur le texte de loi et les principes généraux du droit », *J.T.*, 1970, pp. 557-573.

GILSON S., « L'absence de motivation formelle du congé : une règle en sursis ? L'exemple des contractuels de la fonction publique », *Orientations*, 2006, pp. 8 et s.

GILSON S., « Les obligations particulières des employeurs publics lors du licenciement de leurs travailleurs contractuels », obs. sous Trib. trav. Charleroi, 18 juin 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 172.

GILSON S., « Contractuels de la fonction publique : licenciement pour absentéisme et audition préalable », obs. sous C. trav. Liège, 5 septembre 2012, *Bull. jur. et soc.*, 2012, p. 6.

GILSON S., LAMBINET F. et TRUSGNACH Z., « Licenciement des contractuels de la fonction publique : il ne faut ni audition préalable, ni motivation ! Vainement ? », *Bull. jur et soc.*, 2016, pp. 6-7.

GILSON S., et LAMBINET F., « La motivation 'formelle et substantielle' du licenciement des contractuels du secteur public », *J.T.T.*, 2019, pp. 53-59.

HECQUARD-THERON M., « La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention », *Act. jur. D.A.*, 1993, pp. 451-461.

HUISMAN E., « Osmose tussen publiek- en privaatrecht », *Ars Aequi*, 1987, pp. 273-372.

JACQMAIN J., « Le licenciement unilatéral sans motif grave doit être motivé dans les services publics », obs. sous C. trav. Bruxelles, 26 novembre 2002, *Chr. D.S.*, 2002, p. 458 et s.

JACQMAIN J., « Le licenciement des travailleurs contractuels dans les services publics : avec ou sans motivation formelle ? », *Chr. D.S.*, 2007, p. 514 et s.

JACQMAIN J., « Droit du travail et droit administratif : la Pythie fume encore », note sous Cass., 28 mars 2011, *Chr. D.S.*, 2013, p. 350.

JACQMAIN J., « Motivation des licenciements de travailleurs contractuels dans les services publics : le législateur fédéral acculé », *Chr. D.S.*, 2019, pp. 265-266.

JANSEN O., « Het handhavingsonderzoek. Behoren het handhavingstoezicht, het boeteonderzoek en de opsporing verschillend te worden genormeerd ? Een interne rechtsvergelijking », *Ars Aequi*, 1999, pp. 157-187.

LAMBINET F. et GILSON S., « De la nécessité de l'audition préalable au congé à l'égard des contractuels de la fonction publique. Commentaire de Cour trav. Liège, 5 septembre 2012 », *Chr. D.S.*, 2013, pp. 378-380.

LAMBINET F., « L'arrêt K.M.C. c. Hongrie : un arrêt 'éclairant' ou une jurisprudence 'non applicable' en droit belge ? », *Bull. jur. et soc.*, 2014, p. 6.

LEMAIRE G., « La motivation du licenciement des travailleurs occupés dans les services publics », *J.T.T.*, 2016, p. 30.

LEMASURIER J., « Vers une démocratie administrative : du refus d'informer au droit d'être informé », *Rev. dr. publ.*, 1980, pp. 1239-1269.

LIERMAN S., VAN DE WEYER P.-J. et VANDORMAEL K.-J., « Overheidscontracten in het Belgische recht : besturen op de snijlijn van privaat- en publiekrecht », *T.P.R.*, 2016, pp. 489-569.

MARIQUE Y. et PIERET J., « Conclusion », *Rev. dr. ULB*, 2006, pp. 345-362.

MCLEAN J., « For a Law of Public Contract Per Se: An Intervention from Liberal Contract Theory », *Oxford Journal of Lega Studies*, Vol. 39, 2019, pp. 856-877.

MOLITOR A., « Les avatars d'un statut », *A.P.T.*, 1997, pp. 4-7.

NIEUWENHUIS J.H., « Op gespannen voet. Een evenwichtstheorie over de betrekkingen tussen het publiek en het burgerlijke recht », *NJB*, 1998, pp. 9-17.

PELTZIER L. et PLASSCHAERT E., « La motivation du licenciement des travailleurs : nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1^{er} avril 2014 », *J.T.*, 2014, pp. 377-389.

PORTUGAELS N., « Enkele knelpunten bij een dading op de grens tussen het privaat- en publiekrecht », *T.B.P.*, 2014, pp. 218-231.

QUERTAINMONT P., « Les entreprises publiques autonomes – un bilan de l'application de la loi du 21 mars 1991 », *R.D.C.*, 1996, pp. 501-512.

QUERTAINMONT P., « Les nouveaux instruments contractuels utilisés par l'Administration et la compétence du juge administratif », *T.B.P.*, 2011, pp. 32-52.

RASE L., « Fonction publique – Licenciement : l'audition préalable obligatoire du membre du personnel contractuel », *Scolanews*, 2018, pp. 6-7.

RICHER L., « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *Act. jur. D.A.*, 2003, pp. 973-975.

SALOMEZ K., « Ontslag van contractanten in overheidsdienst, publiekrecht of privaatrecht? », note sous Trib. trav, Grand, 6 décembre 2007, *R.W.*, 2007-08, pp. 1480-1485.

SALOMEZ K. et FUNCK H., « Le licenciement d'un agent contractuel d'un service public, un acte non de droit public mais de droit privé », *Chr. D.S.*, 2013, pp. 333-339.

SAROT J., « Le contrat, instrument d'organisation des services publics », *Ann. publ.*, 1976-1977, pp. 100-118.

SCHLÖSSELS R.J.N., « Over de ondergang van het legisme en de opkomst van de beginselen van behoorlijk bestuur », *Rechtsgeleerds Magazijn Themis*, 2019, pp. 11-17.

STIEVENARD TH. et LAMBRECHT N., « Le licenciement d'un agent contractuel de la fonction publique n'est pas un acte administratif », *Chr. D.S.*, 2016, pp. 397-417.

STIRN B., « Le juge administratif et les contrats entre collectivités publiques », *Act.jur.D.A.*, 1990, p. 139.

VALKENEERS R., « Zijn de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing op arbeidscontractant in de publieke sector ? », *R.D.S.*, 2014, pp. 311-367.

VANDEN POEL I., « Motivering van het ontslag van een contractant in overheidsdienst : een bres in het belgische ontslagrecht ? », *R.D.S.*, 2011, pp. 117-153.

VAN OMMEREN F., « Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht – Van de 'gemene rechtsleer' naar de 'gemeenschappelijk rechtsleer' », *Ars Aequi*, 2012, pp. 562-572.

VAN OMMESLAGHE P., « Le droit public existe-t-il ? », *Rev. dr. ULB.*, 2006, pp. 15-63.

VAN ORSHOVEN P., « De uitdrukkelijke motivering van administratieve rechtshandelingen », *R.W.*, 1991-92, pp. 488-492.

VAUTHIER M., « Analyse d'une construction juridique : les 'actes détachables' en droit administratif », *J.T.*, 1958, pp. 413-417.

VINCENT B.-H. et VANGANSBEEK A., « De l'audition préalable avant de licencier dans le secteur privé », *Orientations*, 2019, pp. 7-12.

VUYLSTEKE V. et DE SOMER S., « Le licenciement des agents contractuels et le principe *Audi alteram partem* : la Cour constitutionnelle se fait entendre », *A.P.T.*, 2017, pp. 205-217.

VUYLSTEKE V. et DE SOMER S., « Motivation formelle du licenciement des agents contractuels du secteur public : voyage en eaux troubles », *Droit communal*, 2017, pp. 17-27.

VUYLSTEKE V. et DE SOMER S., « La Cour constitutionnelle se prononce sur l'application du principe *audi alteram partem* en cas de licenciement pour motifs graves », *Administration publique*, 2018, pp. 86-89.

WAUTERS K et CAMBIER TH., « La distinction droit privé-droit public et le droit des marchés publics », *Annales de Droit de Louvain*, 2012, pp. 149-175.

WAUTERS K., « De leer van de afsplitsbare rechtshandeling : ook toepasselijk na de gunning van de overheidsovereenkomst? », *L'entreprise et le droit*, 2017, pp. 326-349.

WAUTERS K., « Zijn er dan toch meer afsplitsbare rechtshandelingen dan eerst gedacht ? », note sous C.E., 3 mars 2020, s.a. J./ la Ville de Bruxelles, n° 247.196, *T.B.O.*, 2020, pp. 500-504.

WAUTHIER L.A., « Y a-t-il, en droit belge, des contrats administratifs ? », *J.T.*, 1956, pp. 65-68.

YERNAULT D., « Constitution, privatisations et pouvoirs spéciaux : un débat oublié », *CRISP*, 2001, pp. 5-57.

YERNAULT D., « La contractualisation (forcée ?) du droit administratif de l'économie et l'organisation des modes de gestion du service public », *Rev. dr. ULB*, 2006, pp. 67-206.

IV. Ressources internet

- , « Algemene beginselen van behoorlijk bestuur (Pays-Bas) », <https://www.noorlandjuristen.nl/Bestuursrecht/ABBB/index.htm> (consulté le 25 novembre 2020).

CAPONETTI L. et SAK B., « Comment définir le service public à travers ses différentes facettes, missions, principes ? », Working paper CIREC n°2016/06, <http://www.ciriec.ulg.ac.be/wp-content/uploads/2017/02/WP2016-06FR.pdf> (consulté le 14 avril 2020).

JONKERS T., « Het belang van het arrest Lindenbaum/Cohen (1919) », <https://www.maastrichtuniversity.nl/nl/blog/2020/09/het-belang-van-het-arrest-lindenbaumcohen-1919> (consulté le 7 avril 2021).

MARCQ B., « Le principe *audi alteram partem* et les actes de la police administrative générale », 3 avril 2008, pp. 5-7, www.avcb-vsgb.be (consulté le 27 janvier 2021).

OECD, « Public administration after 'New Public Management' », 2010, http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/public-administration-after-new-public-management_9789264086449-en#page1 (consulté le 18 avril 2021).

SMOOS S., « Audition préalable en cas de licenciement ? », www.uvcw.be (consulté le 6 avril 2020).

