

action juridique

100
MAI 1993 - 52 F

NUMERO 100

Service Juridique



SOMMAIRE

Avant-propos 3

Documents

— Le conflit des logiques.
Le terrain des faits et celui du droit 4

— La stratégie judiciaire de la CFDT.
Une stratégie pour les temps où
la droite est au pouvoir 12

— La sanction pénale en droit du travail
Le point de vue de la CFDT 20

— Statut des fonctionnaires
réforme ou refonte ?
Quelques réflexions 23

Réflexions

— Actualité du conflit des logiques 33

— Effectivité des règles en droit du travail 38

— Syndicalisme et sources du droit 41

— Fonctions Publiques : le déclin
de l'empire statutaire ? 45

Conclusion 49

Merci

Merci à vous fidèles
abonné(e)s
Grâce à qui Action Juridique
Peut aujourd'hui fêter
son numéro 100.

Merci à vous précieux
rédacteurs
Grâce à qui Action Juridique
Peut chaque fois sortir
à temps.

Merci à vous Jean Paul
et Francis
Grâce à qui Action Juridique
Peut exister et pour
longtemps.

Merci à tous et toutes
Et rendez-vous
au numéro 200.

Catherine BATTUT
Rédacteur en chef

Revue réalisée par le service juridique de la CFDT
(☎ 42.03.82.30)
Directeur de la publication : Jean-René Masson
Rédacteur en chef : Catherine Battut
Secrétaire de rédaction : Olivera Djukic
CPPAP 1404 D 73 - ISSN 01912874 - Dépôt légal : 12755
Réalisation : Incidences (☎ 49 88.18.54)
Impression : Autographe (☎ 43.58.26.26)

Au sommaire du prochain numéro :
Les accidents de travail
des délégués

Avant-propos

**Mai 1993
Action
Juridique
sort son
numéro 100**

Pour fêter cet événement il nous a paru intéressant de marquer un temps d'arrêt et de regarder notre production. De ce retour dans le passé, nulle nostalgie ne ressort.

Simplement quatre textes forts : « Le conflit des logiques, le terrain des faits et celui du droit » (A.J. n° 11, septembre/octobre 1979), « La stratégie judiciaire de la CFDT, une stratégie pour les temps où la droite est au pouvoir » (A.J. n° 4, juillet/août 1978), « La sanction pénale en droit du travail, le point de vue de la CFDT » (A.J. n° 40, mai/juin 1984) et « Statut des fonctionnaires, réforme ou refonte ? Quelques réflexions » (A.J. n° 41, juillet/août 1984). Ces textes ont fortement marqué la revue et ont influencé la réflexion de la CFDT. Nous avons choisi de les re-publier, dans leur forme originale. En effet, certains d'entre eux sont aujourd'hui introuvables car extraits de numéros d'Action Juridique épuisés.

Mais pour autant, ces textes de référence sont-ils toujours pertinents ? La situation n'a-t-elle pas changé, faisant apparaître d'autres problématiques et rendant nos analyses d'alors caduques ?

La CFDT elle-même n'a-t-elle pas changé la donne ? Après avoir connu un fort investissement sur le terrain judiciaire pendant les années 1970, la CFDT s'est impliquée principalement sur le terrain législatif à partir des années 1980. Cette période semble à présent révolue. La priorité est maintenant donnée à la négociation collective.

Reprenant nos quatre textes de référence nous les avons confrontés aux réalités et aux problématiques d'aujourd'hui. Nous publions ci-après nos premières réflexions : « Actualité du conflit des logiques », « Effectivité des règles en droit du travail », « Syndicalisme et sources du droit », « Fonctions publiques : le déclin de l'empire statutaire ? ».

Ces réflexions sont une tentative d'analyse de la période et n'ont pour objectif que de mettre en évidence quelques problématiques. Elles sont une étape d'un travail d'approfondissement et de conceptualisation à poursuivre.

dossier

Le conflit des logiques Le terrain des faits et celui du droit

Le conflit des logiques, c'est le conflit entre la logique des patrons et celle des travailleurs. Les militants y sont affrontés dans les entreprises, par exemple lorsqu'ils développent les raisons pour lesquelles la durée du travail doit être réduite. Aux patrons qui invoquent la crise, la souplesse nécessaire des appareils de production, le coût financier insupportable d'une telle revendication, les militants opposent le chômage croissant, la nécessité de donner du travail à un plus grand nombre, la volonté des travailleurs de vivre mieux, la nécessité d'améliorer les conditions de travail. Les débats auxquels donne lieu un procès en justice ne sont pas très différents : dans bien des cas, face aux patrons arc-boutés sur la défense des droits de la propriété et de leurs pouvoirs de chef d'entreprise, les juristes syndicaux invoquent les droits et libertés qui doivent être reconnus aux travailleurs.

Ainsi le conflit des logiques s'enracine dans le combat des travailleurs sur les lieux mêmes du travail. On verra même qu'il s'enrichit sur le terrain d'une meilleure connaissance des pratiques patronales et des aspirations

des travailleurs, et que cet enrichissement est un élément important du rapport de forces dans un procès judiciaire.

Pour la CFDT, il n'y a donc pas, d'un côté, une réflexion des juristes syndicaux sur l'état du droit et, de l'autre, une réflexion des « politiques » des différentes instances syndicales sur la situation de domination, d'exploitation, d'aliénation des travailleurs et sur les luttes à mener pour aboutir à un autre type de développement et à l'autogestion. Il n'y a pas d'un côté une action juridique menée par des spécialistes devant les tribunaux et, de l'autre, une action de base menée par les travailleurs eux-mêmes dans les entreprises.

Il n'y a qu'une seule et même réflexion qui doit être le fait de l'ensemble des organisations CFDT ; il n'y a qu'une seule action que selon les circonstances, les travailleurs mènent sur les lieux de travail ou devant les tribunaux. Voici quelques années déjà que la réflexion de la CFDT dans le domaine juridique s'organise autour du « conflit des logiques » (1). Nous voudrions revenir ici sur les différents aspects de cette question en distinguant le terrain des faits et celui du droit.*

Le terrain des faits

Connaissance, analyse et utilisation des faits sont des éléments indispensables à toute action syndicale. Ce sont des arguments puissants dans la lutte pour la satisfaction des revendications. C'est la pression des faits qui, lorsqu'elle est soutenue par l'action, contraint l'employeur à augmenter les salaires, à améliorer les conditions de travail, à revenir sur une sanction injuste.

Les faits ont aussi une grande importance dans le procès judiciaire. Parfois même ils vont à eux seuls emporter la conviction du juge et lui dicter la solution à donner au procès. Or il y a plusieurs visions possibles d'un même fait, qui entrent en conflit les uns avec les autres.

1 - Les différentes approches des faits

Il existe une vision patronale de « l'entreprise » et du « travailleur ». Cette vision peut différer quelque peu d'une profession à l'autre ; elle peut varier aussi selon la taille de l'entreprise : le langage des PME n'est pas celui de la grande entreprise.

(1) Voir le dossier sur « La stratégie judiciaire de la CFDT » Action Juridique n° 4.

*Ce dossier a été réalisé par Jean-Paul Murcier.

Il est utile d'essayer de caractériser le « modèle » auquel se réfèrent la direction de l'entreprise et le syndicat patronal de la branche pour décrire les contraintes qui pèsent sur les entreprises et l'état d'esprit du travailleur. Bien souvent, celui-ci apparaît comme un être peu motivé, peu actif, généralement insatisfait, un peu resquilleur, un peu fraudeur, alors que ce devrait être un homme heureux de posséder un emploi et de toucher un salaire, fût-il faible.

La vision des syndicats CFDT est évidemment différente. Les travailleurs sont des hommes et des femmes qui doivent être situés dans leur histoire, leur personnalité et dans leur environnement, dans les contraintes et les servitudes que l'organisation du travail fait peser sur eux, dans leurs relations avec les autres travailleurs et travailleuses de l'entreprise. Et ces travailleurs sont employés dans des entreprises qui ont chacune leur activité, leurs problèmes, leur passé (parfois de mauvaise gestion), leur organisation, leurs méthodes de commandement, leur système de salaires, etc.

Vision patronale et vision syndicale des faits entrent en conflit dans l'entreprise, dans la négociation collective, dans la discussion des projets gouvernementaux, en justice.

Prenons-en un exemple, celui des causes des accidents du travail. Pour les patrons, l'accident est presque toujours dû à l'imprudence ou à la négligence de l'ouvrier lui-même, ou encore à la fatalité. Pour les travailleurs, il faut chercher les causes des accidents du travail dans l'organisation du travail, c'est-à-dire dans l'agencement des ateliers, dans les processus opératoires, dans le mode de transmission des ordres, dans les contraintes qui pèsent sur eux. Pour les patrons, c'est l'ouvrier qui a fait son propre malheur ou bien il n'y a pas de responsable. Pour les travailleurs, c'est presque toujours la direction de l'entreprise qui doit être mise en cause.

Cet exemple montre bien qu'il y a un conflit des logiques au plan de l'appréhension des faits eux-mêmes, dont il faut maintenant voir quelques conséquences sur le plan juridique.

2 - Les faits saisis par le code du travail

Le droit du travail de son côté connaît de façon impersonnelle le travailleur, qu'il appelle « salarié ». Le salarié, c'est un travailleur français âgé de plus de 25 ans, de sexe masculin, en bon état de santé et qui travaille dans l'entreprise avec un contrat de travail à durée indéterminée. On voit se dessiner là un « modèle » par rapport auquel existent un certain nombre d'exceptions : les femmes, les jeunes, les travailleurs immigrés (2).

Les exceptions sont traitées par le code du travail de façon très ambiguë. Parfois, le droit du travail contient des dispositions pour protéger ces travailleurs contre la

situation infériorisée dans laquelle ils se trouvent. Mais, plus souvent, il les enferme dans l'inégalité : aucun moyen n'est donné, par exemple, aux travailleurs immigrés pour vaincre l'obstacle que la langue étrangère met à l'application effective de leurs droits.

Le modèle du travailleur dessiné par le droit se complète par celui de l'entreprise. L'entreprise dans laquelle les travailleurs bénéficient de la plénitude de leurs droits est une entreprise d'une certaine importance, qui a son siège social en France, qui exerce elle-même l'ensemble des fonctions que suppose son activité.

Pour le droit du travail, le travailleur est soumis à l'autorité patronale en raison tout à la fois de la nature de son contrat de travail et des pouvoirs que la jurisprudence considère comme inhérents à la fonction de chef d'entreprise. Il en résulte une orientation du droit du travail qui va rester favorable à la protection des pouvoirs patronaux.

3 - Les faits saisis par la jurisprudence

Cette vision est bien celle des tribunaux. Les juges protègent en effet « un rôle de chef d'entreprise autoritaire, voire irascible, qui n'a guère de comptes à rendre de ses actions et peut exiger des salariés une soumission dépassant de simples rapports fonctionnels de travail » (3). Mais plus encore qu'« employeur », celui-ci est « chef d'entreprise ». Il est alors « l'entrepreneur », l'organisateur qui combine des facteurs de production, au nombre desquels figure le travail... De son côté, le travailleur est plus que jamais objet. Il n'est même plus un individu, considéré dans ses actes. Il est seulement le dépositaire d'une capacité de travail que l'employeur soupèse, évalue, applique à telle ou telle tâche, apprécie ou rejette en fonction de critères qu'il est seul à déterminer » (4).

Situation caractéristique pour les travailleurs de leur absence de droits et de libertés dans l'entreprise, sauf là où il y a eu conquête ouvrière inscrite dans la loi, la convention collective, les avantages acquis dans l'entreprise.

Finalement, on peut dire que les tribunaux ont une vision de ce qui se passe dans l'entreprise qui est proche de celle des employeurs. Vision patronale et vision judiciaire se rejoignent.

4 - L'appropriation patronale des faits

Bien que le droit du travail reste, comme nous l'avons montré, très favorable au patronat, une marge d'incertitude subsiste en ce qui concerne son application pratique.

Tel ou tel juge peut ne pas se conformer aux modèles et aux solutions traditionnelles. La Cour de cassation elle-même peut, sur tel ou tel point déterminé, prendre une attitude moins favorable ou plus nuancée que ne le souhaitent les syndicats patronaux et les employeurs. Le risque est faible lorsque la loi est claire ; il est plus réel lorsqu'elle ne dit rien, car alors la liberté du juge est plus grande.

Les employeurs ont cherché à se prémunir contre les risques d'une jurisprudence trop favorable aux travailleurs en menant une double action, en direction des tribunaux d'une part, à l'occasion de la négociation collective de l'autre.

(2) On pourrait de même dresser un portrait de la femme travailleuse : être faible, frileux, peu endurant... Le régime matrimonial de la femme apparaît à différentes reprises dans la loi ; dans certaines activités, les patrons ont cherché à lui imposer le célibat (hôtesse de l'air) ; dans d'autres (enseignement privé), ils font du remariage, en cas de divorce, une cause de licenciement. Ces dernières situations ne font aucun problème quant elles concernent des hommes.

(3) P. Rongère, « Rôles et conflits de rôles en droit du travail ». Réflexions sur la jurisprudence. Etudes de droit du travail offertes à A. Brun, p. 451 et suivantes.

(4) P. Rongère, ouvrage précité.

a) Dans le procès judiciaire : les patrons dégagent leur responsabilité

Les employeurs s'efforcent de présenter la version des faits qui les dispense de toute obligation vis-à-vis des travailleurs.

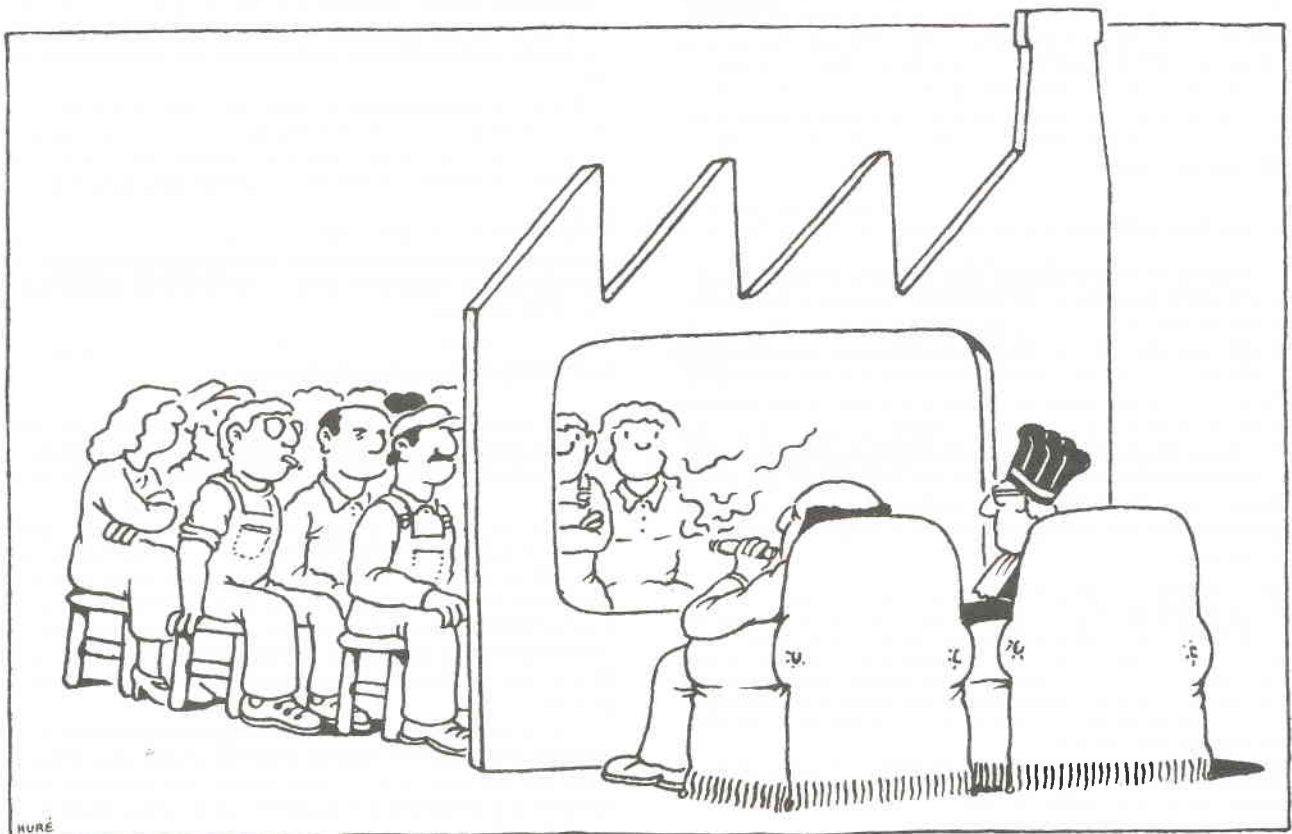
- Le salarié est-il licencié en raison de son **absence** ? L'employeur soutiendra devant le juge qu'il a rompu lui-même son contrat de travail.
- Le salarié est-il licencié parce qu'il est **malade** depuis un certain temps ? L'employeur soutiendra qu'il ne l'a pas licencié, mais que le contrat de travail doit être considéré comme rompu par la maladie elle-même, qui est, lorsqu'elle se prolonge, ce que les juristes appellent un cas de force majeure.
- Le salarié est-il licencié par suite de son **invalidité** ? C'est lui qui a rompu le contrat, puisqu'il n'est plus en état d'en assurer l'accomplissement, à moins qu'on ne préfère considérer qu'il y a, comme dans l'hypothèse précédente, cas de force majeure.
- Le salarié est-il licencié en raison de sa **mise à la retraite** ? Mise à la retraite n'est pas licenciement, disent les employeurs. C'est l'âge qui est la cause de la rupture du contrat de travail, et non notre fait à nous, patrons.
- Le salarié participe-t-il à une **grève du rendement** ? Il ne s'agit pas d'une grève, circonstance dans laquelle la rupture ne peut intervenir qu'en cas de faute lourde, mais d'une inexécution individuelle et fautive des obligations que le contrat de travail met à la charge du salarié. La faute commise par lui justifie que la rupture du contrat de travail lui soit imputée.

Dans tous ces cas, le problème posé est celui de l'imputabilité de la rupture. A qui la rupture est-elle en pareil cas imputable ? à l'employeur, au salarié, à un cas de force majeure ? Pour tenter d'échapper aux obligations (pourtant légères) que la loi de 1973 sur le licenciement fait peser sur eux, les employeurs vont s'efforcer de faire reporter le poids de la rupture sur le salarié ou sur la force majeure. Cette attitude avait déjà été la leur pour tenter d'échapper à l'application du statut protecteur des délégués en cas de licenciement.

Retenons de ce dernier point que les employeurs vont s'efforcer de déformer les faits devant le juge pour échapper à leurs obligations, par exemple en cas de licenciement. Mais le juge, là encore, dispose d'un certain pouvoir d'appréciation. Il peut décider de s'en tenir aux faits : c'est l'employeur qui a pris l'initiative de la rupture du contrat de travail du salarié absent, malade, inapte, mis à la retraite, gréviste ; il doit donc se conformer aux dispositions de la loi de 1973 sur le licenciement.

b) Dans les conventions collectives : les préqualifications

Les employeurs ont alors voulu aller plus loin. Pour éviter l'incertitude de la position prise par le juge, les syndicats patronaux ont cherché à introduire dans les conventions collectives des dispositions imposant au juge la vision patronale des faits. En cas d'absence, le salarié, dit la convention collective, sera considéré comme démissionnaire. En cas de maladie prolongée, l'employeur pourra prendre acte de la rupture, dit la convention collective, sans que celle-ci lui incombe. En cas de mise à la retraite, la convention collective écarte



elle-même les dispositions légales sur le licenciement au profit de dispositions moins avantageuses pour le travailleur.

La convention collective met alors fin à l'incertitude en donnant elle-même la solution à appliquer - et c'est souvent une situation très favorable aux patrons. Elle « qualifie », elle qualifie même à l'avance les conséquences de l'absence de la maladie, de l'invalidité... sur la rupture du contrat de travail.

Les patrons comptent que cette qualification, ou plutôt cette préqualification, s'imposera aux juges par application du droit commun des contrats : l'article 1134 du code civil ne dit-il pas que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ?

Mais, lorsque la droite est au pouvoir, les syndicats patronaux ont encore une autre ressource : ils peuvent s'adresser au législateur pour que la loi elle-même opère cette préqualification. C'est ainsi que la loi du 3 janvier 1979 admet que soient considérés comme des contrats à durée déterminée (échappant de ce fait aux lois de 1973 et de 1975 sur les licenciements) des contrats de travail dont le terme ne peut être déterminé avec précision à l'avance, comme les contrats de chantier ou les contrats correspondant au remplacement d'un salarié temporairement absent, à un surcroît occasionnel de travail ou à une activité inhabituelle de l'entreprise (art. L. 122-3 du code du travail).

5 - Le sens de la bataille à mener

Malgré cette situation très favorable au patronat, nous n'avons pas à baisser les bras, ni dans la négociation collective, ni dans le procès judiciaire.

a) Dans la négociation collective

La négociation collective doit prendre en compte la situation vécue par les travailleurs.

C'est relativement facile dans l'accord de fin de conflit, s'il est négocié dans un bon rapport de forces, car la négociation prend appui sur une situation collective, celle des travailleurs de l'entreprise, qui est connue, qui a été discutée, qui a été analysée collectivement. La négociation collective saisit alors les faits « à vif ». C'est dire tout l'intérêt de ces accords pour les travailleurs et le progrès du droit...

Plus difficile est la situation lors de la discussion des conventions collectives nationales, régionales et locales. On voit clairement, après avoir lu ce qui précède, le danger de recopier d'autres conventions collectives, car on risque d'en reprendre les préqualifications patronales. Il faut au contraire les écarter en s'en tenant aux faits eux-mêmes : c'est l'employeur qui licencie..., non le salarié qui démissionne, ou la force majeure qui rompt le contrat de travail. Mais un autre problème surgit alors. Comment bien connaître la situation des travailleurs dans la branche ? Problème redoutable, s'agissant de toutes les branches où la syndicalisation est faible.

(5) Cass. crim. 5 juillet 1967, Jourdan, B. n° 206 p. 489, Cass. soc. 21 mars 1973, dame Parmentier c/ Manufacture Thenthorey, B. V n° 175 p. 157. V., plus récemment, Cass. crim. 12 décembre 1978, Arconstanzo, non publié.

(6) Cass. soc. 19 octobre 1977, Sté Villa du Parc, Action Juridique n° 2 p. 11.

(7) Voir l'étude qui est publiée sur cette question dans le présent numéro d'Action Juridique rubrique « Textes et Jurisprudences ».

b) Devant le juge

Il ne faut pas non plus baisser les bras chez le juge. Deux observations doivent ici être faites.

La première est celle de la **souveraineté des juges du fond** dans la recherche et dans l'appréciation des faits. Cette recherche échappe au contrôle de la Cour de cassation. Il y a là une zone de liberté pour le juge qu'il faut utiliser au maximum en lui demandant d'utiliser les moyens d'investigation que la loi met à sa disposition. Ces moyens sont très étendus dans le cadre d'une procédure pénale : ce sont ceux dont dispose le juge d'instruction. Ils sont loin d'être négligeables dans la procédure civile : enquête, expertise, transport sur place du juge et, dans la procédure prud'homale, désignation de conseillers rapporteurs. Ce sont les syndicats ouvriers qui ont intérêt à ce que la situation vécue par les travailleurs soit apportée aux juges ; c'est à eux de solliciter les mesures d'instruction propres à faire apparaître cette situation.

La seconde observation porte sur le contrôle qu'exerce la Cour de cassation dans le domaine de la **qualification des faits**. Le juge rassemble et apprécie les faits, mais la Cour de cassation contrôle les conséquences juridiques que les juges leur font produire. Il y a à cet égard une action possible pour remettre en cause devant la Cour de cassation les qualifications trop complaisantes pour les employeurs, même s'il s'agit de préqualifications introduites dans les conventions collectives.

c) Le contrôle des qualifications par la Cour de cassation

On peut en citer deux exemples. Nombre d'employeurs ont cherché à utiliser la technique de la qualification pour échapper au statut protecteur des délégués en cas de licenciement. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a toujours refusé de l'admettre, aux motifs que le statut protecteur des délégués est d'ordre public et elle a entraîné dans son sillage la Chambre sociale (5).

La situation se présente de façon plus délicate lorsque la préqualification concerne les effets produits par le contrat de travail lui-même : on est dans le domaine du droit commun des contrats, auquel le code du travail fait lui-même explicitement référence (art. L. 121-1). Or, dans ce domaine, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Cependant, la lutte reste possible. Après avoir longtemps admis que la rupture du contrat de travail n'incombait pas à l'employeur lorsque la convention collective l'autorisait « à prendre acte » de la rupture d'un salarié malade, la Cour de cassation a décidé que les conventions collectives ne pouvaient avoir pour effet de diminuer les avantages légaux institués au profit des salariés par la loi du 13 juillet 1973, à condition toutefois que la rupture ne soit pas due à un véritable cas de force majeure (6). Cette jurisprudence doit se confirmer et s'étendre, par exemple au cas de mise à la retraite (7).

6 - Que conclure de tout cela ?

D'abord, que la vision que l'on a de la réalité n'est pas neutre : elle est influencée par la position de chacun dans la lutte sociale. Ensuite, que la vision qu'a le juge des relations de travail dans l'entreprise est proche de la vision patronale. Enfin, qu'il faut sauvegarder la vision

syndicale de la réalité vécue par les travailleurs. Il faut protéger l'approche du syndicat et son interprétation des faits. C'est là que se trouve le moteur du changement dans la situation des travailleurs et dans l'état du droit...

Cette clarification, à laquelle conduit le conflit des logiques, est capitale. Elle explique l'intérêt que la CFDT porte aux prud'hommes : la justice y est rendue par des militants ouvriers, - ou à la juridiction des référés : le juge y statue à chaud sur la situation des travailleurs apportée par le syndicat lui-même.

Elle conduit à utiliser les procédures d'investigation qui font apparaître cette situation vécue et à combattre les procédés - comme celui des préqualifications - par lesquels les employeurs s'efforcent d'imposer aux juges leur propre vision de la réalité.

Elle montre aussi les limites d'un service syndical de défense individuelle aux prud'hommes : le procès judiciaire, lorsque le syndicat n'est pas présent dans l'entreprise, est souvent déconnecté de ce qu'y vivent les travailleurs.

Le terrain du droit

Le conflit des logiques traverse le terrain des faits. Il traverse aussi le terrain du droit, comme le montre le dossier publié en juillet-août 1978 sur la stratégie judiciaire de la CFDT (8).

Nous voudrions poursuivre la réflexion engagée dans ce dossier par quelques considérations sur les principes de base de la législation du travail, l'interprétation du droit du travail et conclure sur l'argumentation syndicale.

1- Le conflit des logiques et les principes de base de la législation du travail

Le dossier sur « la stratégie judiciaire de la CFDT » s'est longuement étendu sur le caractère contradictoire du droit du travail. Nous avons dit que cette ambivalence était une donnée permanente du droit du travail et que celui-ci, surtout lorsque la droite est au pouvoir, avait même tendance à développer la protection des pouvoirs patronaux.

L'évolution récente confirme cette analyse : la restructuration du capital et le chômage poussent à des transformations du droit du travail qui remettent en cause quelques-uns des principes sur lesquels il repose, pour le plus grand intérêt des patrons.

a) L'éclatement de la notion d'entreprise

De nombreuses dispositions du droit du travail s'appliquent dans le cadre de l'entreprise ou de l'établissement. La loi et la convention collective (par l'effet de l'article L. 132-10) y bénéficient en principe à l'ensemble du personnel.

Or l'évolution du capitalisme conduit à une concentration accrue du capital et fait apparaître de nouvelles formes de gestion. La filialisation de certaines activités de l'entreprise, le recours permanent à la sous-traitance sont caractéristiques de ces changements, qui ont pour conséquence un éclatement de la notion d'entreprise : sur un même lieu de travail sont occupés des travailleurs ayant un employeur et un statut social différents.

Cet éclatement perturbe en profondeur l'application du droit du travail. Il n'est pas accepté facilement par la jurisprudence. Celle-ci s'est efforcée de recomposer l'unité de la collectivité ouvrière en créant par exemple la notion « d'unité économique et sociale » (9) ou de protéger les travailleurs contre le changement d'employeur

dû à une restructuration en élargissant les conditions d'application de l'article L. 122-12 du code du travail (10).

Mais la loi s'impose aux juges ; or celle-ci admet et organise même l'éclatement de la notion d'entreprise en légalisant le travail temporaire et la sous-traitance.

b) La précarité de la relation de travail

Le chômage de son côté exerce ses ravages : PME et artisans obtiennent des aménagements dans l'application du droit du travail (11) ; les contrats à durée déterminée, qui permettent d'échapper aux lois de 1973 et 1975 sur les licenciements, sont légalisés, leur nombre augmente sensiblement. Un double secteur s'organise au niveau de l'embauche : l'un précaire, fait de contrats emploi-formation, de contrats d'apprentissage, de contrats à durée déterminée, de travail intérimaire, pour les jeunes, les femmes, les travailleurs immigrés, l'autre plus stable, auquel on accède de plus en plus souvent après être passé par le premier. La loi organise ici la segmentation des travailleurs et la précarité du rapport de travail ; elle remet par là même en cause l'unité de la protection légale et l'égalité des travailleurs au regard de cette protection.

2- Le conflit des logiques et l'interprétation du droit du travail

a) La Cour de cassation

Il faut rappeler ici que l'interprétation du droit du travail varie selon la nature de la juridiction saisie. Le dossier sur « La stratégie judiciaire de la CFDT » a mis en

(8) Action Juridique n° 4.

(9) Ou en prenant en compte dans le calcul des seuils d'effectifs pour les élections professionnelles tous les travailleurs qui y sont habituellement occupés, dès lors qu'ils se trouvent sous la subordination effective de l'entreprise utilisatrice. Voir sur ce point « Les élections professionnelles », dossier d'Action Juridique n° 5 p. 4.

(10) V. le dossier sur « La restructuration de l'entreprise », Action Juridique n° 6 p. 6 et suiv.

(11) Par exemple, à l'occasion des « pactes » sur l'emploi des jeunes. Certains jeunes, tels les apprentis, ne sont pas pris en compte dans le calcul des seuils pour l'application des obligations sociales et fiscales des entreprises.

évidence les divergences de jurisprudence existant entre les juridictions de base (notamment les juges de référés) et la Cour de cassation, et aussi entre la Chambre sociale et la Chambre criminelle de la Cour de cassation.

Nous voudrions revenir sur ces dernières divergences. Dans le domaine de la représentation du personnel, elles concernent la participation des élus aux réunions syndicales, la justification des déplacements du délégué syndical, le caractère impératif du délai de trois jours imposé par la loi pour la convocation du comité d'entreprise, le droit à réintégration dans son emploi du délégué dont le licenciement, d'abord autorisé par l'inspecteur du travail, a été ensuite annulé par le ministre ; dans le domaine de la grève est en cause la légitimité des grèves de protestation contre l'orientation politique et économique du gouvernement. Mais d'autres conflits existent pour l'application du SMIC et du principe d'égalité des salaires masculins et féminins.

Sur toutes ces questions, sauf pour l'application du SMIC, la jurisprudence de la Chambre criminelle demeure plus favorable aux travailleurs que celle de la Chambre sociale de la Cour de cassation.

C'est dire tout l'intérêt de saisir la juridiction répressive de préférence à la juridiction civile, pour obtenir la reconnaissance de nouveaux droits, par exemple une interdiction ferme des primes anti-grèves, selon le souhait de la loi du 17 juillet 1978 (12), ou la réintégration des femmes licenciées pendant la période de leur maternité (13).

(12) Voir « Les primes anti-grève sont interdites », par B. Krynen, « Syndicalisme » n° 1758 du 24 mai 1979.

(13) Voir Cass. soc. 8 mars 1978, dame Le Meur c/ Braff et la note, Action Juridique n° 5 p. 13.

(14) V. « La stratégie judiciaire de la CFDT », Action Juridique n° 4 p. 10.

(15) V. par ex. Cass. crim. 7 février 1978, Syndicat départemental de la métallurgie CFDT de l'Ain, B. n° 47 p. 118. La formule se retrouve dans de nombreux arrêts non publiés au « Bulletin ».

(16) Cass. crim. 23 mai 1978, Syndicat CFDT de la métallurgie de Sochaux Montbéliard, non publié.

(17) Cass. crim. 28 novembre 1978, Syndicat CFDT des industries chimiques (affaire CERP) B. n° 336 p. 876.

(18) Lorsqu'ils n'entraînent pas de difficultés particulières ou de délais excessifs, et que la direction n'entend pas, par là, contrôler l'exercice de la mission des délégués (Cass. crim. 4 avril 1979, Syndicat libre des travailleurs sur métaux CFDT de la région de Valenciennes, aff. Venat Pic). Mais la direction ne peut imposer une autorisation préalablement à tout dépassement du crédit d'heures (Cass. crim. 3 mai 1979, Syndicat général des travailleurs de l'automobile SGTACFD, aff. Saviem).

(19) Tels sont les arrêts qui appliquent le délit d'entrave à la violation d'un accord conventionnel sur le droit syndical (Cass. crim. 14 février 1978, Action Juridique n° 3 p. 19) ou à la non consultation du comité d'entreprise sur une cession d'actions conduisant à placer l'entreprise sous la dépendance d'une autre (Cass. crim. 2 mars 1978, Haulotte, B. n° 83 p. 214).

(20) Les arrêts concernent l'intervention des représentants du personnel dans la procédure de licenciement des médecins du travail (Cass. crim. 9 mai 1978, Desmarais, B. n° 145 p. 369), dans une décision patronale modifiant l'affiliation à un service médical interentreprises (Cass. crim. 4 janvier 1979, Aff. IDA, Syndicalisme n° 1761 du 14 juin 1979), dans la définition des missions individuelles confiées aux membres des CHS (Cass. crim. 22 février 1979, Durand Rival (Aff. Solmer), Syndicalisme n° 1764 du 5 juillet 1979), dans la protection contre les licenciements des représentants ouvriers à l'OPPBTP (Cass. crim. 27 février 1979, Rolland, Action Juridique n° 10 p. 13).

(21) Voir une liste dans « Licenciements de délégués » : Syndicalisme n° 1739 du 11 janvier 1979.

(22) Voir l'étude qui sera publiée dans le prochain numéro d'Action Juridique (n° 12), rubrique « Textes et Jurisprudences ».

Cependant, comme nous l'avons déjà dit, (14) « la cohésion d'ensemble du système judiciaire empêche sans doute qu'une distance trop importante s'établisse entre la jurisprudence des deux chambres ». On en a quelques exemples dans la jurisprudence récente de la Chambre criminelle.

b) La jurisprudence récente de la Chambre criminelle

Dans un certain nombre de décisions, la Chambre criminelle s'en tient à la solution favorable au patron en indiquant dans son arrêt « qu'en l'état de ces motifs, que les juges du fond ont essentiellement déduits d'une appréciation de fait qui s'impose à la Cour de cassation, la cour d'appel a pu décider comme elle l'a fait que la preuve du délit d'entrave n'était pas pleinement rapportée » (15). Une déformation des faits savamment réalisée par la cour d'appel de Besançon conduit alors à la relaxe des dirigeants de Peugeot poursuivis sur une dizaine de chefs d'entrave différents, et notamment pour avoir organisé la « suivette » des délégués (16).

Ou bien l'**élément intentionnel**, qui jusque-là découlait de la simple violation de la loi, ressurgit comme un élément essentiel du délit, dont la preuve doit être rapportée : ainsi en est-il désormais de l'application de l'article L. 412-2 du code du travail qui interdit à l'employeur toute discrimination fondée sur l'exercice de l'activité syndicale (17).

Ou bien, enfin, des compromis sont acceptés avec la logique patronale, comme en matière de bons de délégation (18).

Tout ceci conduit à un affaiblissement de la dynamique de la jurisprudence de la Chambre criminelle dans le domaine du droit syndical dans l'entreprise et du fonctionnement des institutions représentatives du personnel : les arrêts remarquables y sont plus rares (19).

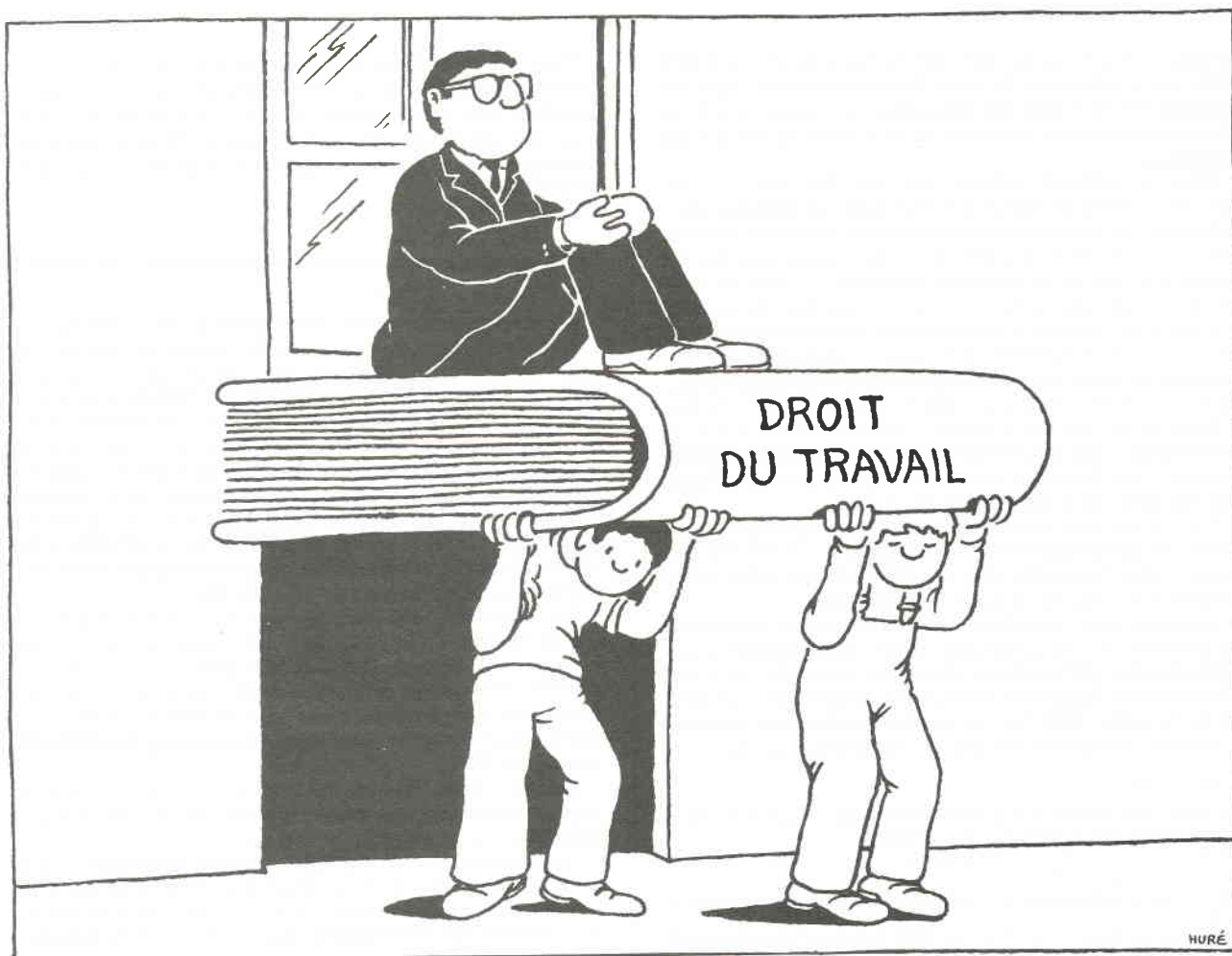
Les arrêts les plus intéressants ont été rendus par la Chambre criminelle dans le domaine voisin de la santé et de la sécurité des travailleurs. C'est un exemple remarquable d'une action convergente du législateur de l'administration et de la jurisprudence (20).

c) Les juridictions administratives

L'intervention croissante de la juridiction administrative dans l'application du droit du travail, qu'il s'agisse des représentants du personnel (depuis les arrêts Perrier du 21 juin 1974) ou des licenciements pour motif économique (depuis la loi du 3 janvier 1975) invite à s'interroger sur l'interprétation de la juridiction administrative.

S'agissant du **licenciement des délégués**, on se souvient du caractère novateur des arrêts rendus dans les affaires Safer d'Auvergne (5 mai 1976) et Abellan (18 février 1977). Le Conseil d'Etat, abandonnant sa jurisprudence antérieure dite du « contrôle minimum », fixait les principes que devait suivre l'administration pour faire bénéficier les délégués de la protection instituée par la loi en leur faveur et « dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent ». Protection remarquable, car prenant en compte la finalité de cette protection : la défense des intérêts des travailleurs.

Partant de cette jurisprudence du Conseil d'Etat, un certain nombre de tribunaux administratifs saisis de dé-



HURÉ

cisions ministérielles autorisant des licenciements de délégués (précédemment refusés par les inspecteurs du travail) décident de les annuler (21). La proximité (relative) des faits et la dynamique du contrôle nouveau à mettre en œuvre suscitent cette jurisprudence beaucoup plus positive que celle de la Cour de cassation du temps où la résolution judiciaire du contrat de travail était possible.

Les premiers arrêts rendus par le Conseil d'Etat sur appel de ces jugements des tribunaux administratifs sont malheureusement moins favorables (22).

S'agissant des **licenciements pour motif économique**, la jurisprudence est contrastée. Un arrêt du Conseil d'Etat (Sté Sirugue) du 23 février 1979 (23) admet que le comité d'entreprise puisse obtenir une décision du juge des référés administratif désignant deux experts pour vérifier et compléter les informations données au comité d'entreprise par l'employeur. Par contre, un arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 27 avril 1979 décide que le contrôle exercé sur les décisions de l'administration est le « contrôle réduit » (24). L'importance des licenciements collectifs, la facilité avec laquelle ils sont autorisés par l'administration ont peut être dissuadé le Conseil d'Etat de pousser plus avant son contrôle.

Cette jurisprudence confirme que l'action syndicale doit se développer **avant** que la décision soit prise par l'administration plutôt qu'après.

Spécificité de l'interprétation administrative ?

Les concepts, les catégories juridiques auxquelles elle se réfère pour trancher les litiges du travail sont ceux du droit administratif.

La fonction du juge administratif, surtout, apparaît bien particulière. Le droit administratif est celui des relations entre l'administration et les administrés. La juridiction administrative a été créée pour protéger l'administration contre les empiètements du pouvoir judiciaire. Ce qui est jugé par elle, ce n'est pas d'abord le comportement du travailleur ou celui de son patron, mais celui de l'administration. Le contrat de travail, la propriété privée n'occupent pas le devant de la scène, même s'ils sont présents à l'arrière-plan ; ce sont les droits et les obligations de l'administration qui sont au premier plan. Tout ceci pourrait donner une certaine liberté aux juges administratifs par rapport aux thèses patronales et au droit commun des contrats, et conduire à différencier leur jurisprudence de celle des magistrats de l'ordre judiciaire, dont ils diffèrent au surplus par la formation et la carrière.

(23) Droit social 1979 p. 207 avec les conclusions de Ph. Don-doux.

(24) Droit social 1979 p. 199 avec les conclusions de Ph. Don-doux.

3 - Conflit des logiques et argumentation syndicale

Dans l'analyse du conflit des logiques, le droit du travail, redisons-le, a un caractère contradictoire : s'il protège la propriété privée des moyens de production et les pouvoirs patronaux, il contient aussi les droits que les travailleurs ont conquis par leurs luttes.

a) Exiger une application complète de la loi

Le syndicat doit exiger une application complète de ces droits. Cela ne pose pas de problème lorsque les droits dont le syndicat demande l'application sont le fruit évident des luttes ouvrières (par ex : congés payés, réduction du temps de travail, désignation des délégués, libre exercice des fonctions de ceux-ci...). Mais une hésitation peut se faire jour lorsque le droit revendiqué figure dans un texte très favorable au patronat, comme la loi sur le travail temporaire ou celle sur les contrats à durée déterminée. Revendiquer un tel droit n'est-ce pas cautionner l'application d'une loi rejetée par le syndicat ? Nous pensons que le syndicat doit rechercher et faire appliquer les droits dont bénéficient les travailleurs quelle que soit l'origine des textes en cause. Ne pas revendiquer ces droits, c'est laisser le champ libre à l'exploitation des travailleurs, et c'est oublier que les textes favorables au patronat sont souvent eux-mêmes des compromis, qui prennent en compte le rapport de forces global exercé par les syndicats ouvriers.

b) Réagir contre les déviations de jurisprudence de la Cour de cassation

Dans cette volonté d'application complète des droits qui appartiennent aux travailleurs, le syndicat peut se heurter à une jurisprudence défavorable de la Cour de cassation. Celle-ci s'explique par différentes raisons. L'une de celles-ci tient au fait que la Cour de cassation n'applique pas toujours sa propre logique : elle déforme parfois au profit des employeurs les conséquences que l'application de la loi ou du droit commun des contrats - pourtant, comme on l'a vu, favorable aux employeurs - devrait normalement produire.

En voici deux cas. La jurisprudence définit la grève comme un arrêt collectif et concerté du travail pour la satisfaction de revendications professionnelles. Or la Cour de cassation n'applique pas ce principe lorsque la revendication des grévistes coïncide avec la forme d'action choisie par eux : par exemple, les travailleurs font grève le samedi, ou tel jour férié, ou, dans la sidérurgie, le dimanche après-midi pour appuyer la revendication de la suppression du travail du samedi, du jour férié ou du poste du dimanche après-midi. Pour mieux protéger l'autorité patronale, la Cour de cassation décide que le droit pour les salariés de recourir à la grève ne les autorise pas, sous son couvert, à exécuter leur travail dans

les conditions qu'ils revendiquent et autres que celles prévues au contrat (25).

De même, la Cour de cassation n'applique pas, dans le domaine du droit du travail, les conséquences que la nullité produit dans le domaine du droit commun des contrats. La sanction de la nullité, c'est, en effet, la remise des choses dans leur état antérieur. Il a fallu vingt ans de bataille judiciaire pour que la Chambre sociale de la Cour de cassation l'admette pour les délégués en leur reconnaissant, en cas de licenciement irrégulier, un droit à la réintégration. Mais elle n'a pas encore reconnu ce droit aux femmes licenciées au cours de leur maternité bien que la loi considère leur licenciement comme nul (art. L. 125-25-2 et L. 122-30), ni aux jeunes non repris au retour du service militaire bien que la loi prévoit cette réintégration (L. 122-18), ni bien sûr, aux salariés licenciés en raison de leur activité syndicale bien que l'interdiction de ce licenciement soit sanctionnée pénalement (L. 412-2). Pourquoi ? par souci de protéger les pouvoirs patronaux : une réintégration porterait une atteinte trop grave à l'autorité patronale ; elle se trouve donc écartée au profit d'une simple indemnisation en argent (26).

La bataille doit se poursuivre dans tous ces cas pour provoquer les revirements de jurisprudence conduisant à une application correcte des textes et des principes juridiques en vigueur.

c) Faire avancer la logique des travailleurs

Mais, dans cette bataille, et c'est là un troisième point, il est nécessaire de faire apparaître clairement les droits qui doivent être protégés, c'est-à-dire la logique des travailleurs.

Après trente ans de lutte sur cette base, c'est devenu très clair dans le domaine des droits des représentants des travailleurs. L'action menée a permis de clarifier la finalité des textes à appliquer : la libre désignation des délégués, le libre exercice de la mission et des fonctions, la nécessité, dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs, d'une protection contre les sanctions patronales et le licenciement. L'action menée a aussi permis de faire surgir les droits concrets qui, en conséquence, devaient être nécessairement reconnus à ces représentants : liberté de circulation, liberté d'affichage, liberté de fonctionnement du comité d'entreprise, autonomie du comité d'hygiène et de sécurité par rapport à l'employeur...

On est moins avancé dans le domaine du contrat de travail, parce qu'on est sur le terrain de l'autorité patronale. Il n'y a pas encore de droits écrits pour les travailleurs que l'on puisse opposer à l'employeur dans le domaine de la protection de la vie privée, du respect de la dignité des travailleurs, du droit à la santé, du droit à la sécurité dans le travail, du droit à l'emploi. On est là en présence de droits qui demandent à être reconnus. Ils le seront sans doute un jour. L'action syndicale a un rôle important à jouer pour en faire apparaître la nécessité dans les décisions judiciaires et, à partir de là alimenter un débat d'idées qui est un élément du rapport de forces. On l'a bien vu dans le domaine des accidents du travail : l'affaire Chapron est une des origines de la loi du 6 décembre 1976 sur la prévention des accidents du travail. On le voit bien aujourd'hui encore à l'occasion de la bataille menée en justice par des femmes travailleuses pour obtenir l'égalité de traitement avec les hommes au travail.

(25) Cass. soc. 15 juin 1978 ; voir note Jean-Claude Javillier publiée sous Cass. soc. 23 novembre 1978, D. 1979 p. 304, et le commentaire publié dans le présent numéro.

(26) V. Gérard Couturier, « Les nullités du licenciement », Droit social 1977 p. 215.

dossier

La stratégie judiciaire de la CFDT

Une stratégie pour les temps où la droite est au pouvoir

La stratégie de la CFDT dans le domaine judiciaire s'est élaborée progressivement depuis une vingtaine d'années, c'est à dire au cours d'une période de notre histoire où la droite a continuellement occupé le pouvoir. Ce n'est pas un hasard. Lorsque la droite est au pouvoir, on ne peut espérer de changements très significatifs dans le contenu de la législation sociale. Certes, l'action syndicale conduit à des progrès, mais ceux-ci sont limités et reposent sur des principes souvent ambigus, en raison de la volonté du parlement de protéger les pouvoirs patronaux : la loi du 13 juillet 1973 sur les licenciements en est un exemple. De même, la négociation collective rencontre le plus souvent de grandes difficultés ; ses résultats, par exemple dans le domaine de la mensualisation, sont fort éloignés de l'objectif prévu au départ. Le terrain judiciaire apparaît alors comme un terrain où il est utile de se battre, ne serait-ce que pour obtenir une application complète des droits des travailleurs et des travailleuses. Mais qui plus est, cette bataille pour l'application du droit, permet de faire surgir des droits nouveaux : la liberté de circulation pour les délégués, la liberté de l'affichage dans l'entreprise, le droit pour les délégués d'être réintégrés dans leur emploi en cas de licenciement irrégulier, en sont des exemples. Et il est sans doute remarquable que de tels droits puissent être reconnus aux travailleurs et à leurs représentants dans le silence de la loi et des conventions collectives, et alors même qu'il eut été hasardeux de les mettre en discussion au parlement, en raison de la composition de la majorité parlementaire. Ce que ni les pouvoirs publics, ni le patronat ne veulent faire, les juges peuvent être amenés, sous la contrainte du vécu quotidien et de l'évolution des rapports de force, à le décider.

Constatation d'autant plus importante que ces acquis de la jurisprudence ne seront pas sans influence sur le contenu des dispositions à introduire ultérieurement dans les conventions collectives et dans la loi elle-même (1).

Une élaboration continue

L'idée que l'action de la CFDT dans le domaine judiciaire pouvait résulter d'une stratégie, c'est-à-dire de choix délibérés, est ancienne.

L'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 9 octobre 1958, dans une affaire concernant la fédération CFTC de la métallurgie (le congrès d'évolution de 1964 n'avait pas encore eu lieu), joua un rôle important dans cette prise de conscience. L'arrêt décidait que, malgré le silence de la loi, la fédération pouvait désigner un représentant aux réunions du comité central d'entreprise de la société Sidelor, une des plus grandes sociétés sidérurgiques de l'époque. « Les comités d'entreprise, les comités d'établissement et les comités centraux d'entreprise » dit en effet l'arrêt, « sont tous trois régis, quant à leur mode de composition, par le principe de la triple représentation patronale, salariée, syndicale ; les représentants des syndicats ouvriers doivent avoir accès à ces divers comités, et notamment aux comités centraux ; les dirigeants de Sidelor n'étaient donc pas fondés en droit à s'opposer, lors de la réunion du comité central du 23 juin 1954, à la présence du représentant de la fédération métallurgie » (2).

Cet arrêt méritait attention à plus d'un titre. D'une part, il révélait que la chambre criminelle n'était pas disposée à se laisser intimider par une puissante société sidérurgique. D'autre part il montrait que, contrairement à l'opinion commune selon laquelle « la loi pénale est d'interprétation stricte » et « le doute doit profiter au prévenu », la chambre criminelle entendait faire appliquer la loi dans toutes ses dispositions, fussent-elles non écrites.

D'autres procès aboutirent à des résultats positifs malgré la résistance, parfois acharnée, des employeurs et de certaines juridictions. Citons, par exemple, les procès concernant la gestion des œuvres sociales par le comité d'établissement de Michelin à Clermont-Ferrand (1957-1967) (3), la liberté de déplacement des délégués élus (1962) (4), le droit pour le comité d'entreprise de partici-

(1) Voir le dossier d'« Action juridique CFDT » n° 2.

(2) Cass. crim. 9 octobre 1958 Bull. n° 615 p. 1087.

(3) V. Comités d'entreprise et œuvres sociales. La longue procédure de la société Michelin. Droit ouvrier 1966, p. 397. Les principales décisions de jurisprudence rendues dans cette affaire sont publiées en annexe de cet article.

(4) Cass. Crim. 22 février 1962 Roméo et autres JCP éd. G 1962 2 12633, note Blaise, D. 1962 253 note Rouast.

per au financement du congé éducation (1965) (5) le droit d'affichage des délégués du personnel (1968) (6), l'application en cas de mutation de la protection appliquée aux délégués en cas de licenciement (1968) (7).

Dans le même temps, les syndicats CFDT décidaient, en 1967, la création de la caisse nationale d'action syndicale (CNAS), dont une partie des ressources fut affectée au maintien des salaires des délégués et militants victimes de la répression patronale, et au financement des procès destinés à lutter contre cette répression (8).

La lutte judiciaire put alors, tout en se poursuivant devant la juridiction répressive sur la base du délit d'entrave, s'organiser autour de quelques affaires significatives dans le but de contraindre le patronat et les juges d'accepter la réintégration des délégués irrégulièrement licenciés (affaire Guy Robert 1970 (9), actions devant le juge des référés à partir de 1971), et d'obtenir l'interdiction de la résolution judiciaire du contrat de travail (arrêts Perrier du 21 juin 1974) (10).

Le revirement de jurisprudence dû aux arrêts Perrier allait donner une nouvelle impulsion à l'action devant la juridiction administrative (11), tandis que la crise économique conduisait les syndicats CFDT à réclamer le droit pour le syndicat et le comité d'entreprise d'être entendus dans les procédures de règlement judiciaire et de liquidation de biens (affaire Lip, 1977) (12).

Ce qui précède pourrait laisser croire à une dispersion des efforts menés par la CFDT sur le plan judiciaire. Cette dispersion n'est qu'apparente. Un fil conducteur relie ces différents procès les uns aux autres. Des instruments d'analyse ont été créés peu à peu, à partir de l'observation de la réalité et des décisions de jurisprudence. Le plus original est sans doute celui du « conflit des logiques » (13), qui applique au droit du travail et aux décisions de jurisprudence la réflexion sur les contradictions de la société capitaliste.

(5) Cass. Ch. Réunies 20 mai 1965, Droit social 1965 558 obs. J. Savatier.

(6) Cass. Crim. 8 mai 1968, Dauvin et CGE Bull. n° 145 p. 353.

(7) Cass. Crim. 28 mai 1968 D. 1969 471 note J.-M. Verdier.

(8) On constate à partir de 1970 une augmentation sensible du nombre des affaires d'entrave examinées par la chambre criminelle de la Cour de cassation. Certaines de ces affaires sont examinées dans les rapports annuels de la Cour de cassation.

(9) Cette affaire donna lieu à 29 jugements dont 6 arrêts de la Cour de cassation. V. sur le plan juridique : J.M. Verdier du contrat au statut et du droit individuel aux libertés publiques. JCP éd. G. 1971 I 2422 et sur le plan syndical : les enseignements juridiques et judiciaires de l'affaire Guy Robert, Synd. Hebdo n° 1384 du 9 mars 1972.

(10) Cass. Ch. Mixte 21 juin 1974 JCP 1974 I 17801 avec les conclusions du Procureur général Touffait. H. Sinay, un tournant du droit du travail : Les arrêts Perrier D. 1974 Chronique XIII V. Synd. Hebdo n° 1502 du 27 juin 1974 et 1503 du 4 juillet 1974.

(11) Conseil d'Etat, 5 mai 1976, aff. Safer d'Auvergne, Droit social 1976 p. 346, avec les conclusions du commissaire du Gouvernement Ph. Dondoux.

(12) Principes généraux du droit de la faillite et droit à l'emploi, Action juridique CFDT n° 1 p. 10. Les arrêts rendus par la Cour de Paris les 6 et 15 juin 1977 sont commentés par F. Derrida dans « Jurisprudence en matière de faillites » D. 1977 p. 378.

(13) Sur le conflit des logiques, v. J.Cl. Javillier : une illustration du conflit des logiques (droit à la santé et droit des obligations) : le contrôle « médical » patronal des absences en cas de maladie du salarié, Droit social 1976 p. 265, et une nouvelle illustration du conflit des logiques (droit à l'emploi et droit des obligations) : « normalisation » du licenciement et sauvegarde des pouvoirs du chef d'entreprise dans Tendances du droit du travail français contemporain, études offertes à G.H. Camerlynck, Dalloz p. 101 et suiv.

Faut-il le souligner ? Cette stratégie n'est pas figée. La réalité sociale se modifie, les rapports de force aussi. Les luttes juridiques continuent, de nouvelles exigences apparaissent. De nouveaux concepts juridiques, de nouveaux droits demandent à être reconnus. Il faut en tenir compte.

Trois soucis

Dans cette recherche, trois soucis constants apparaissent.

1 - Le lien avec l'action syndicale

L'action judiciaire ne doit pas se substituer à l'action syndicale. L'action judiciaire est un élément de l'action syndicale, c'est à dire de l'action collective menée par les travailleurs et les travailleuses pour la satisfaction de leurs revendications. Le procès judiciaire ne se justifie que dans le cadre de cette action. Il peut être imposé par le patronat ou par le pouvoir comme moyen de briser l'action des travailleurs. Il peut être conçu et voulu par le syndicat pour obliger les patrons à respecter les droits des travailleurs et de leurs représentants. Il doit toujours être en relation avec une action syndicale.

Il faut donc poser le principe que le syndicat n'engage pas d'action dans les entreprises dans lesquelles il est absent et qu'il doit se montrer très réservé vis à vis d'une pratique le conduisant à se constituer systématiquement partie civile à l'audience lors des affaires engagées sur procès-verbal de l'inspecteur du travail. Une telle intervention n'est valable que si elle se justifie par l'intérêt direct des travailleurs des entreprises dans lesquelles il a des adhérents, leurs revendications et leur action concrète.

On se trouverait autrement en présence d'une dérivation de l'action syndicale vers le procès judiciaire et d'une illusion dangereuse, celle que l'on peut s'en remettre au juge pour la satisfaction des revendications.

2 - La recherche de résultats

L'action syndicale doit obtenir des résultats et il faut les faire connaître. Le procès judiciaire n'est donc pas un but en soi. Ce qui compte, c'est la satisfaction des réclamations des travailleurs. Si, à un moment donné, il apparaît que l'employeur est disposé à donner satisfaction au syndicat, par exemple à réintégrer le délégué qu'il a irrégulièrement licencié, à condition que celui-ci abandonne le procès engagé contre lui, une telle proposition mérite un examen attentif. Car l'objectif ce n'est pas le procès, c'est la réintégration du délégué. La signature d'un arrangement mettant fin au procès n'est donc pas impossible si, de son côté, l'employeur s'engage à une réintégration « bonne et sincère ».

3 - L'autonomie d'analyse et de réflexion

Dans la conduite de son action, le syndicat est amené à rencontrer des organisations de juristes, d'avocats, de magistrats. La discussion collective de problèmes généraux ou particuliers, voire l'unité d'action sur des questions d'intérêt commun, comme la lutte contre la répression, sont tout à fait souhaitables. Mais ces contacts doivent sauvegarder l'autonomie d'analyse, de réflexion et de décision des différentes organisations.

Chacune d'entre elles participe certes à l'application du droit, mais dans une perspective qui est différente de celle des autres. La loi est la même pour tous, mais les pratiques professionnelles sont légitimement différentes selon qu'il s'agit d'organisations de magistrats, d'avocats, d'universitaires, de praticiens du droit ou des travailleurs.

I - LES DIVERS ASPECTS DE LA LUTTE JUDICIAIRE

Nous l'avons déjà dit, l'action judiciaire constitue, dans la stratégie de la CFDT, un élément de l'action collective menée par les travailleurs et les travailleuses de l'entreprise. C'est un moyen qu'ils et elles utilisent pour la satisfaction de leurs revendications, par exemple pour lutter contre la répression patronale, obtenir l'information dont ils ont besoin, mettre en cause la responsabilité patronale, préserver leurs acquis collectifs.

1 - La description de la réalité

Le procès judiciaire est tout d'abord l'occasion d'un débat public sur ce qui se passe dans l'entreprise et sur la façon dont y est appliqué le droit du travail. Ce débat va, par exemple, mettre en lumière les méthodes de répression patronale contre les militants, l'arbitraire des décisions prises par les chefs, les causes des accidents du travail, les procédés utilisés par l'employeur pour tourner l'application des lois. Ce débat n'est plus un débat entre un salarié et son employeur, même si apparemment il se présente comme tel ; c'est un débat collectif entre les travailleurs représentés par leur syndicat ou leurs délégués et leur patron.

2 - Le débat sur le rôle de la loi

Ce débat public va aussi porter sur le contenu de la loi. Dans un procès classique, le contenu de la loi fait l'objet d'une discussion technique. Pour la CFDT, il faut aller plus loin et, sans méconnaître l'importance de sa rédaction, faire porter la réflexion sur le rôle de la loi dans les relations de travail et la société capitaliste.

Il faut tout d'abord démystifier la prétendue neutralité de la loi. Voici longtemps que le syndicat de la magistrature a expliqué que la loi n'était pas neutre. C'est tout à fait vrai de la législation sociale. Celle-ci est, au contraire, marquée par son ambivalence, c'est-à-dire par des apports radicalement différents.

D'un côté, la législation sociale s'inscrit dans un système économique, celui du capitalisme, qui repose sur la propriété privée des moyens de production et la libre entreprise. Ce système place les travailleurs dans un rapport de travail inégalitaire caractérisé par l'autorité sans partage de l'employeur. La législation sociale prend souvent en compte cette réalité : elle protège alors les libertés patronales et les pouvoirs patronaux dans le domaine de l'embauchage et du licenciement, de l'organisation, de l'exécution et de la répartition du travail, de la fixation des salaires et des primes, des sanctions.

Ce droit oppressif n'est pas accepté par les travailleurs, et c'est la raison pour laquelle leurs actions les conduisent parfois sur le terrain de l'illégalité (14).

D'un autre côté, les actions menées par les travailleurs ont obligé le parlement et le patronat à satisfaire, au moins en partie, leurs revendications. La loi et la convention collective apparaissent alors comme source de droits individuels et comme créatrices de libertés collectives pour les travailleurs. On pense ici aux grandes conquêtes ouvrières : le SMIC, les 40 heures, les congés



payés, les libertés collectives dans l'entreprise. Certes, ces conquêtes sont parfois remises en cause par le patronat et par le pouvoir, mais elles existent et méritent d'être protégées et défendues par les travailleurs eux-mêmes.

Ainsi, le droit du travail est-il marqué par son caractère contradictoire, dont il serait erroné de penser qu'il disparaît progressivement. L'institution des seuils d'effectifs pour l'application des lois sociales, le refus délibéré de sanctionner les licenciements irréguliers en inscrivant dans la loi un droit à la réintégration, l'acceptation par le législateur de la précarité de l'emploi pour un nombre toujours plus grand de travailleurs, la situation de ségrégation juridique des jeunes et des femmes et d'infra-droit des travailleurs immigrés, sont des illustrations de la protection que la loi continue d'apporter aux pouvoirs patronaux.

Cette contradiction est admise par la CFDT comme étant au cœur même de la société capitaliste. Le droit du travail traduit sur le plan du droit l'antagonisme de classe entre le patronat et les travailleurs, et les rapports de force qui déterminent leurs relations (15).

3 - La contestation de l'appareil judiciaire

La lutte judiciaire constitue aussi un moyen de contester l'organisation et le fonctionnement de l'appareil judiciaire.

Et sur ce plan, il faut d'abord protéger le droit de critique des décisions judiciaires. Les poursuites engagées en correctionnelle par le Procureur de Thonon contre notre camarade Tedesco, auquel il reprochait de critiquer la procédure de l'ordonnance sur requête, montre que ce droit n'est pas partout reconnu (16).

La contestation du fonctionnement de l'appareil judiciaire passe par la démystification de la prétendue neutralité des juges. Pas plus que la loi, les juges ne sont neutres. L'image du juge totalement impartial, guidé par la seule rigueur de l'interprétation juridique, relève du mythe. Le tribunal est un centre de décisions tout à fait important dans notre pays, et, comme tout centre de décisions, il ne peut pas ne pas être influencé par les rapports de force qui s'exercent sur lui. Un haut magistrat ne disait-il pas, il y a quelques années : « il faut sortir du néolithique ? » Que voulait-il dire par là, sinon que les juges devraient mieux connaître et comprendre la société dans laquelle ils vivent ?

Certains juges apportent, bien évidemment, leur soutien aux thèses patronales. Cela s'explique par le recrutement actuel des magistrats, leur origine sociale,

leur éducation, leur formation, leurs relations sociales. Cela s'explique aussi par l'état actuel du droit qui, on l'a vu, protège très largement les pouvoirs patronaux.

Quelques juges laissent transparaître de façon très claire ce soutien, dans une sorte de défense militante des pouvoirs patronaux et de l'ordre établi (17).

C'est que le patronat ne reste pas inactif. D'une part il utilise à plein ses moyens financiers pour mettre en œuvre une politique d'information en direction des milieux juridiques et judiciaires au profit de la défense des positions patronales ; d'autre part il n'hésite pas à dénoncer publiquement les juges auxquels il reproche une application trop sévère de la loi dans le domaine des accidents mortels du travail ou des droits syndicaux. L'attitude de certaines cours d'appel est révélatrice de la réceptivité des magistrats à de telles campagnes.

Il est vrai que la bataille des idées a pris une nouvelle dimension depuis que l'évolution des esprits a conduit un certain nombre de magistrats à se regrouper au sein du syndicat de la magistrature, et à engager une réflexion collective et un débat public sur la fonction des juges dans notre pays.

Les syndicats CFDT n'ont pas à rester muets dans cette bataille. Non pas en recherchant l'établissement de jugements de connivence avec des magistrats dont ils pourraient se sentir proches : il revient au juge, et à lui seul, de prendre sa décision ; mais en provoquant d'organisation à organisation les rencontres, les débats, la prise de positions communes sur les sujets d'intérêt commun. Le document établi par le syndicat CFDT des services extérieurs du travail et de l'emploi et le syndicat de la magistrature sur la jurisprudence de la cour de Douai dans le domaine du droit pénal du travail est un exemple intéressant de ce qui peut se faire dans ce domaine (18).

4 - La dénonciation des carences de la justice

D'autres dénonciations doivent porter sur les carences de l'organisation judiciaire : la lenteur des décisions judiciaires, le coût de la justice, la faiblesse et l'inefficacité des sanctions en matière de droit du travail.

La faiblesse de la sanction dans le domaine du droit du travail tient d'abord à sa nature : presque toujours il s'agit d'une indemnisation en argent et presque jamais d'une réparation en nature, c'est à dire d'une remise des choses dans leur état antérieur.

Elle tient ensuite à son inefficacité, qui joue de façon bien différente selon que l'on est patron ou travailleur.

La cour d'appel de Douai ne laisse pas longtemps en prison le patron qui y fait une détention provisoire ou qui est arrêté à l'audience à la suite d'un accident mortel du travail ou d'une entrave à l'exercice des droits syndicaux.

Mais la justice est moins propice aux travailleurs : combien de délégués munis de bons jugements ordonnant leur réintégration restent à la porte de l'entreprise ?

Finalement, tout ceci est très simple. Il faut que les travailleurs puissent s'exprimer eux-mêmes sur la façon dont la justice - et notamment celle qui concerne leurs intérêts de travailleurs - est rendue. Il faut donner un contenu concret à la petite phrase qui figure en tête des jugements : « Au nom du peuple français ». Car les travailleurs représentent maintenant la grande majorité de la population de ce pays.

(14) V. Action syndicale et légalité Synd. Hebdo n° 1409 du 7 sept. 1972.

(15) Droit du travail et lutte des classes CFDT Aujourd'hui n° 7 de mai-juin 1974 p. 27.

(16) V. Critique d'une décision de justice Action juridique CFDT n° 2 p. 19 Notre camarade Tedesco a été relaxé en appel (V. rubrique Commissions juridiques du présent numéro).

(17) Voir par exemple les décisions judiciaires rendues dans les affaires... M. Szczodrowski (auteur des « Cerises aigres ») c/ Chapius (Synd. Hebdo n° 1414 du 12 oct. 1972), - Th. Albert c/ Cousseau (Synd. Hebdo n° 1483 du 14 fév. 1974 et 1948 du 30 mai 1974 ; Mme Le Meur c/ Sté Braff (Synd. Hebdo n° 1607 du 1.7.1976 ; V. aussi la note 21.

(18) V. aussi « Justice et Répression », document édité par l'UR-CFDT de Franche-Comté (juin 1978) sur la jurisprudence de la cour d'appel de Besançon dans le domaine du droit du travail.

II - LES TERRAINS D'ACTION

Les objectifs poursuivis

Dans la stratégie judiciaire de la CFDT, le procès est utilisé dans les luttes que mènent les travailleurs. Son objet est donc aussi varié que les luttes elles-mêmes.

1 - La défense et l'élargissement des libertés collectives

En premier lieu, vient la lutte contre la répression et pour l'élargissement des libertés collectives et des droits syndicaux des travailleurs. On trouve ici de très nombreux procès sur l'implantation du syndicat dans l'entreprise, l'exercice concret des libertés syndicales, l'élection des représentants du personnel, le libre exercice des fonctions de délégués, le fonctionnement des institutions représentatives du personnel, la lutte contre la répression à l'occasion des grèves.

De ces procès, dont beaucoup ont donné lieu à des décisions de principe, il faut rapprocher ceux dans lesquels les militants se trouvent en position défensive, parce qu'ils sont poursuivis par le patronat ou par le pouvoir devant les juridictions civiles ou répressives, voire, comme on l'a vu en 1976 à l'occasion de l'affaire dite des « comités de soldats », devant la cour de sûreté de l'état.

Tous ces procès bénéficient d'un remboursement financier important de la part de la CNAS, soit 90 % du coût du procès en première instance et en appel et 100 % en cassation et devant la juridiction de renvoi.

C'est dans ce domaine que la stratégie judiciaire s'applique depuis le plus longtemps et a obtenu les résultats les plus remarquables.

2 - La négociation collective

Ce secteur recouvre tout à la fois les problèmes posés par la négociation des conventions collectives et par leur application.

En matière d'application des conventions collectives, la stratégie syndicale conduit à valoriser les procès de principe concernant l'interprétation du contenu des conventions collectives nationales, lorsque celui-ci vient à être contesté. La réflexion est à poursuivre dans ce domaine, notamment au plan fédéral, pour mieux apprécier quels sont les procès-test à introduire au tribunal compte tenu des objectifs revendicatifs poursuivis, et pour mieux utiliser les acquis (mais aussi les reculs) de la jurisprudence lors de la révision des conventions collectives.

3 - Les conditions de travail

L'amélioration des conditions de travail recouvre un vaste domaine : celui de l'organisation du travail, de la durée du travail, du salaire au rendement, des accidents du travail, des conséquences de l'incapacité de travail sur le contrat de travail, du comité d'hygiène et de sécurité, de la médecine du travail. Deux droits demandent ici à être reconnus et protégés : le droit à la santé et le droit à la sécurité dans le travail.

La lutte judiciaire contre les accidents de travail a le caractère le plus ancien ; des procès de principe sont actuellement en cours sur les comités d'hygiène et de sécurité et les médecins du travail (19).

4 - L'emploi

Un autre secteur non moins important est celui de la restructuration du capital, et de l'emploi. Vaste question qui conduit à aborder du point de vue de l'intervention du comité d'entreprise (20) et des droits des travailleurs et travailleuses, les problèmes d'embauchage et de licenciement, la précarité du contrat de travail, la gestion prévisionnelle de l'emploi, les licenciements notamment pour motif économique, les droits des travailleurs en cas de règlement judiciaire ou de liquidation de biens, leur protection en cas de conflits longs. C'est ici le droit au travail qui demande à être reconnu et protégé.

Il est clair, à cet égard, qu'envisagés sous l'angle de la stratégie judiciaire de la CFDT, les problèmes juridiques qui se posent dans le domaine de l'emploi ne se ramènent pas à ceux du licenciement pour motif économique. C'est bien plus tôt, avant même que le licenciement soit prononcé, que le procès judiciaire revêt toute son importance, parce qu'il peut être utile dans l'action collective menée par les travailleurs pour la défense de l'outil de travail et de leur emploi.

Des problèmes d'emploi peuvent être rapprochés la (les) lutte(s) :

- contre les discriminations dont les travailleuses font l'objet dans le choix des candidats à l'embauchage, la qualification, le salaire ;
- pour l'application complète des droits des travailleuses en ce qui concerne le congé maternité, les congés postnataux, avec le droit à une réintégration en cas de rupture irrégulière de leur contrat de travail (21).

En matière d'application des conventions collectives, des conditions de travail et d'emploi, la CNAS n'intervient en principe que sur les procès de principe et par l'intermédiaire du « fonds tactique ». L'intervention financière dans le coût du procès est en principe de 25 % en première instance, 80 % en appel, 100 % devant la Cour de cassation.

5 - Le secteur public

Un dernier domaine, de prise en charge récente, est celui de la participation des syndicats du secteur public à la stratégie judiciaire de la CFDT. Certaines luttes menées par le secteur public sont très proches, par leur nature, de celles menées dans le secteur privé, notamment en matière d'exercice des droits syndicaux.

Une nouvelle approche des problèmes juridiques

La présentation des domaines d'application de la stratégie judiciaire de la CFDT s'éloigne des catégories juridiques traditionnelles. Cela n'est pas un hasard.

(19) Le procès de principe sur les comités d'hygiène et de sécurité concerne l'usine de Fos de la Solmer (Synd. Hebdo n° 1612 du 5 août 1976). L'affaire est actuellement pendante devant la Cour de cassation. Sur les médecins du travail, V. Cass. Crim. 9 mai 1978, Desmarais (Synd. Hebdo n° 1710 du 22 juin 1976, et la motivation qui justifie la protection des médecins du travail contre le licenciement).

(20) Sur la consultation du comité d'entreprise à l'occasion d'une prise de contrôle majoritaire de l'entreprise, v. Cass. Crim. 2 mars 1978, comité d'entreprise des Ets Haulotte et syndicat départementale CGT des métaux de la Savoie.

(21) Sur la position de la Chambre sociale de la Cour de cassation, v. Cass. Soc. 8 mars 1978 Dame Le Meur c/ Sté Braff, Synd. Hebdo n° 1708 du 8 juin 1978. Voir aussi note 17 ; les arrêts cités concernent tous... des travailleuses !

Nous pensons, en effet, que cette stratégie doit prendre assise sur les situations dans lesquelles se trouvent les travailleurs et sur les luttes qu'ils mènent pour obtenir satisfaction.

Or, les luttes et, par suite, les pratiques militantes ont très souvent un caractère global : la répression anti-syndicale, la dégradation des conditions de travail, la précarité de l'emploi, le chômage. Elles ne s'inscrivent pas dans les catégories juridiques traditionnelles.

D'autres catégories juridiques doivent être inventées : les libertés collectives dans l'entreprise, le droit à la santé, à la sécurité, au travail comme des droits fondamentaux à reconnaître personnellement à chacun, mais à organiser collectivement au profit de tous (22).

III - LES JURIDICTIONS SAISIES

Les conseils de prud'hommes

Dans la perspective classique, le juge des relations du travail est le conseil de prud'hommes, suppléé le cas échéant par le tribunal d'instance.

Le rôle des conseils de prud'hommes dans la justice quotidienne du travail est irremplaçable, mais rencontre des limites. Certaines tiennent à leur compétence, qui se cantonne aux différends individuels de travail nés à l'occasion du contrat de travail. Les conseils ne peuvent connaître des litiges qui ont été attribués par la loi à d'autres juridictions.

D'autres limites tiennent à leur composition et à leur fonctionnement actuels. La composition paritaire des conseils donne au patronat un pouvoir de blocage de toute évolution de jurisprudence conduisant à une solution de progrès social. Or, disent les employeurs, et tout particulièrement ceux qui représentent le CNPF, ce n'est pas aux conseils de prud'hommes de promouvoir le progrès social : ce rôle incombe à la loi ou à la convention collective.

Certes, en cas de partage des voix, le juge d'instance peut être saisi pour départager les conseillers. Mais outre que nombre de conseillers hésitent à recourir à cette procédure, parce qu'elle leur apparaît comme un aveu d'échec, bien des juges d'instance n'ont qu'une connaissance toute relative de la réalité sociale et du droit du travail.

Cette volonté de verrouillage se retrouve d'ailleurs dans pas mal de chambres sociales de cours d'appel, notamment dans les régions sous-développées économiquement, et à la chambre sociale de la Cour de cassation elle-même, où elle trouve appui dans une interprétation trop exclusivement fondée sur la protection des intérêts de l'entreprise et sur le droit commun des contrats.

On comprend dès lors que la contribution des conseils de prud'hommes au progrès social soit modeste et que les grands débats qui ont agité le droit du travail au cours de ces dernières années se soient largement déroulés en dehors d'eux.

La rénovation des conseils de prud'hommes envisagée par le gouvernement peut-elle, en renforçant l'autorité personnelle des conseillers ouvriers désormais élus au suffrage universel, contribuer à changer le cours des choses ? On peut le penser.

Les autres juridictions

Quant aux autres juridictions, leur choix est parfois imposé par la loi (compétence du tribunal d'instance en matière de désignation de délégués syndicaux ou d'élections professionnelles) ou par les circonstances (cas des militants poursuivis, à l'occasion de l'affaire dite des « comités de soldats », devant la cour de sûreté de l'état).

Par contre, d'autres choix sont délibérés. Le recours à la juridiction répressive s'est d'abord justifié par la recherche de la sanction pénale, c'est-à-dire d'une sanction plus dissuasive que la sanction civile. Le juge des référés a été saisi pour obtenir des décisions rapides. Le tribunal de commerce l'est aujourd'hui pour ne pas laisser aux seuls représentants du capital le soin de décider quel sera le sort de l'entreprise et des emplois.

Mais lorsqu'on eût constaté que l'interprétation de la loi n'était pas la même selon la juridiction choisie, une autre raison s'imposa à l'esprit : le choix de la juridiction devait essentiellement tenir compte de la possibilité d'obtenir l'interprétation la plus favorable aux travailleurs. Cette politique conduisit à privilégier le recours au juge répressif et au juge des référés par rapport au recours au conseil de prud'hommes (voir infra).

Dans cette diversification des juridictions saisies, la CFDT a rencontré des difficultés. La recevabilité de l'action du syndicat devant la juridiction choisie a presque toujours été contestée, qu'il s'agisse du tribunal d'instance statuant en matière électorale en 1949 (23), des procédures d'entrave au fonctionnement régulier du comité d'entreprise en 1959 (24), des constitutions de partie civile en matière d'accidents de travail (1967-1972) (25), de l'exercice du droit de grève en 1968 (26), des recours contentieux dans le domaine du contrôle de l'emploi en 1972 (27), des suites des licenciements de délégués devant la juridiction administrative en 1976 (28), des procédures de règlement judiciaire ou de liquidation de biens en 1977 (29), du licenciement irrégulier des médecins du travail en 1976 (30).

De même, la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation a paralysé la réalisation de procès de principe tendant à l'application complète des grandes conventions collectives, en obligeant le syndicat à nommer dès l'introduction du procès aux prud'hommes les travailleurs pour le compte de qui ce procès était engagé.

C'est également un refus qui a été opposé au syndicat dans les poursuites pour abus de biens sociaux.

(22) V. sur ce point la plateforme de revendications et d'objectifs immédiats de la CFDT Synd. Hebdo n° 1657 du 16 juin 1977 et le dossier d'Action Juridique n° 2.

(23) Cass. Soc. 18 février 1949 Bull. n° 154 p. 250.

(24) Cass. Crim. 7 octobre 1959 Puiseux D. 1960 294 note Verdier (rendu dans la procédure visant à restituer la gestion des œuvres sociales Michelin au comité d'établissement de Clermont-Ferrand).

(25) Cass. Crim. 26 octobre 1967 JCP éd. G. 1968 II 15475 note Verdier, - 20 mars 1972 Bull. n° 30 p. 69.

(26) Cass. Soc. 27 mars 1968 JCP de G 1969 II 16047 note Verdier.

(27) Conseil d'Etat 23 juin 1972 syndicat des métaux CFDT des Vosges, Rec. 1972 p. 473 avec les conclusions du commissaire du gouvernement A. Bernard.

(28) Conseil d'Etat 30 mai 1975 Ministère du Travail, de l'emploi et de la population, Droit social 1976 p. 347 et 358 avec la note J.C. Vénézia.

(29) Voir note (12)

(30) Voir Cass. Crim. 9 mai 1978 Desmarais, Synd. Hebdo n° 1710 du 22 juin 1978.

IV - LA MÉTHODE D'INTERPRÉTATION

L'observation des décisions de jurisprudence montre que les juridictions n'interprètent pas la loi de la même façon et que des divergences persistantes opposent entre elles juridictions sociales et juridictions répressives. Mais d'autres oppositions, d'un autre ordre, séparent les juridictions de base de celles du sommet de l'appareil judiciaire.

Juridictions de base et Cour de cassation

Commençons par celles-ci.

Les juridictions de la base judiciaire (juges d'instance, juges des référés, conseils de prud'hommes) sont plus sensibles aux réalités vécues par les travailleurs que les juges du sommet, c'est-à-dire de la Cour de cassation.

Pourquoi ? Les juges de base sont très souvent saisis à chaud (une demande d'expulsion de grévistes occupant une usine, un licenciement pour fait de grève, un refus de réintégration d'un délégué protégé, les manœuvres de l'employeur pour démanteler une section syndicale...) ; ils doivent prendre en compte la situation vécue par les travailleurs (l'exploitation ouvrière, l'arbitraire des chefs, la précarité de l'emploi...) dans la décision à rendre, sauf à devenir complices de l'injustice, voire des fraudes patronales. Ce qui importe alors, c'est moins la valeur du raisonnement juridique que l'adéquation de la solution prononcée au problème posé. La pression que la situation vécue exerce sur le juge l'oblige donc à tenir compte de la réalité et le conduit à des solutions souvent novatrices. C'est vrai par exemple pour de nombreux juges de référés (31).

La préoccupation de la Cour de cassation est différente, parce que son rôle est autre. La Cour est moins soucieuse de prendre en compte la situation vécue qui est à l'origine du procès (elle n'est pas juge du fait) que d'introduire la décision à rendre dans le système juridique qu'elle est chargée d'appliquer. Elle doit préserver la cohérence juridique de l'ensemble. Si, sous la pression des faits, le juge des référés a décidé d'ordonner la réintégration d'un jeune au retour du service militaire, cette décision sera cassée au sommet aux motifs que la loi n'ayant pas prévu une réparation de cette nature, le jeune travailleur n'y a pas droit.

Cette différence de comportement entre juges de base et juges de sommet est d'autant plus intéressante à observer que bien des décisions des juges de base (et en particulier des juges de référés) ne sont pas frappées d'appel, parce qu'elles ont donné finalement satisfaction ou que les situations qui les avaient provoquées ont évolué : les juges de base disposent ainsi « d'un espace de liberté » dont il y a sans doute tout intérêt à explorer le contenu pratique.

Ceci dit, il est bien évident que la réalité reste sous-jacente dans tout procès judiciaire, notamment lorsqu'il concerne l'application du droit du travail. La chambre sociale de la Cour de cassation en est elle-même très consciente (32) et c'est sans doute ce qui l'a amenée à s'approprier cette réalité, par exemple dans la définition de l'établissement, de l'unité économique et sociale, des effectifs de l'entreprise à prendre en considération lors des élections professionnelles, en d'autres domaines aussi. C'est alors le système de référence lui-même qui évolue à l'initiative et dans les limites fixées par la Cour suprême. En matière d'élections professionnelles, cette évolution a peut-être pu se réaliser plus facilement parce

que la prise en compte de la nature des institutions représentatives estompe quelque peu l'application du droit commun des contrats.

Au sein de la Cour de cassation : le conflit des logiques

L'analyse de la jurisprudence conduit ici à constater que la chambre sociale n'utilise pas la même méthode d'interprétation que la chambre criminelle de la Cour de cassation.

Pour la chambre sociale, la situation juridique du travailleur est essentiellement régie par son contrat de travail, dont l'article L. 121-1 indique qu'il est soumis aux règles du droit commun des contrats, c'est à dire du code civil. Or, le droit commun des contrats protège le droit de propriété, la liberté contractuelle et, dans la pratique, les droits de celui qui est le plus fort, c'est à dire du patron. Là se trouvent le fondement de la liberté reconnue au chef d'entreprise dans la gestion de l'entreprise, l'organisation du travail, l'exécution du travail, les sanctions, et le fondement de son autorité sur les salariés de l'entreprise.

Certes, des lois sociales sont intervenues, mais elles sont considérées comme dérogatoires au droit commun. Dans le silence de la loi, c'est le droit commun qui s'applique, c'est à dire une interprétation très favorable à l'exercice des pouvoirs patronaux.

Le droit commun des contrats justifie ainsi de très nombreuses décisions défavorables aux travailleurs : les primes anti-grèves, les contrôles médicaux patronaux, la rupture automatique des contrats de travail en cas de force majeure, les règles relatives à la modification des contrats, les règles de preuve (par exemple : des déplacements de délégués à l'extérieur de l'entreprise), la réparation par indemnisation des ruptures de contrat irrégulières ou abusives...

Certaines de ces décisions apparaissent à la vérité critiquables au regard du droit commun des contrats lui-même, c'est à dire de la logique d'interprétation à laquelle se réfère la chambre sociale. Des évolutions peuvent donc se produire dans ce cadre (33). Lorsque le procès est porté devant la juridiction prud'homale, une marge de discussion continue donc d'exister parfois sur les conditions dans lesquelles doit s'appliquer le droit commun des contrats au cas d'espèce.

Les décisions de la **chambre criminelle** s'inspirent de principes différents. La chambre criminelle statue sur des infractions, c'est à dire sur des violations de la loi pénale, dans une attitude répressive. La loi et les règlements doivent être appliqués. Or, dit-elle, seul l'em-

(31) Par exemple en ce qui concerne l'expulsion des grévistes occupant une usine ou la réintégration des travailleurs non protégés.

(32) V. J. Laroque, *Réflexions sur la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation dans Tendances du droit du travail contemporain*, Etudes offertes à G.H. Camerlynck Dalloz 1977.

(33) On pense notamment à la définition de la force majeure qui justifie le lock-out. Cass. Soc. 26 janv. 1972 *Antar Droit social* 1972 note J. Savatier, - 10 janv. 1973 *Renault D.* 1973 p. 453 note Sinay.

(34) Sur le délit d'entrave, v. J.L. Costa, la jurisprudence de la chambre criminelle et l'élaboration d'un ordre public économique et social dans *Mélanges Patin* « La chambre criminelle et sa jurisprudence », - J. et A.M. Larguier, le délit d'entrave aux fonctions des représentants du personnel, *Droit social* 1967 p. 550, J. Dutertre « Le délit d'entrave à l'exercice du droit syndical dans les entreprises » *Droit social* 1972 p. 221.

ployeur dispose de l'autorité utile pour obtenir cette application. C'est donc lui qui, en principe, doit en être considéré comme le responsable.

Dans cette application, la chambre criminelle ne pense pas au contrat de travail ; elle l'ignore. Elle ne prend en considération que la loi elle-même, mais dans sa totalité, ce qui aboutit à rechercher la finalité de la loi, c'est à dire son but. L'interprétation se fait dans un ensemble, la rédaction litigieuse ne pouvant être détachée de son contexte.

Ce principe d'interprétation a été notamment appliqué au délit d'entrave (34). C'est la finalité des textes sur la représentation du personnel qui a conduit la chambre criminelle à reconnaître dans le silence de la loi la liberté de circulation des délégués à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise, l'impossibilité pour l'employeur de retirer du panneau syndical l'affiche qui ne lui convient pas, l'application aux délégués mutés de la protection qui leur est accordée en cas de licenciement, leur droit à réintégration en cas de licenciement irrégulier.

La jurisprudence de la chambre criminelle sur le délit d'entrave a contribué ainsi, le plus souvent à l'initiative des syndicats CFDT, à créer de la liberté dans les entreprises. La menace de poursuites sur la base du délit d'entrave constitue aujourd'hui, à l'encontre de certains employeurs, une arme dissuasive qui n'est pas sans portée sur le contenu réel des libertés collectives des travailleurs.

Dans le silence de la loi, la chambre sociale considère que le patron peut agir comme il l'entend parce que l'entreprise lui appartient ; mais la chambre criminelle a une position différente : ce sont les délégués qui peuvent agir comme ils l'entendent dès lors que cela est nécessaire ou simplement utile à l'exercice de leurs fonctions ; et si le patron les sanctionne dans cette zone de liberté bien réelle encore que non écrite c'est lui qui commet le délit d'entrave.

Des méthodes d'analyse aussi différentes ont conduit la chambre sociale et la chambre criminelle de la Cour de cassation à des interprétations divergentes de la loi, la chambre sociale étant plus favorable à la protection des pouvoirs patronaux, la chambre criminelle à celle des droits des travailleurs. Ces divergences sont persistantes (35), malgré les tentatives de rapprochement (36). Cependant la cohésion d'ensemble du système judiciaire empêche sans doute qu'une distance trop importante s'établisse entre la jurisprudence des deux chambres.

Ainsi, la fracture que le capitalisme impose à la société se retrouve dans le droit du travail à qui elle imprime un caractère contradictoire, et cette contradiction se retrouve dans l'interprétation que les juridictions sociales et les juridictions répressives donnent du droit du travail, rapprochant certaines du patronat et les autres des travailleurs.

(35) En voici quelques exemples : la sanction de la violation du délai de trois jours dans lequel l'ordre du jour des réunions doit être communiqué aux membres du comité d'entreprise, l'objet des déplacements des délégués à l'extérieur de l'entreprise, la charge de la preuve de l'utilisation des bons de délégation par un délégué syndical, la portée de la dénonciation partielle des seules dispositions d'un accord d'entreprise relatives au droit syndical, le refus de réintégration d'un délégué dont le licenciement est refusé par le ministre après avoir été autorisé par l'inspecteur du travail, la définition de la grève politique.

(36) Par exemple sur la portée d'une absence de contestation de la désignation d'un délégué syndical, dans les entreprises de moins de 50 salariées : Cass. Crim. 5 nov. 1975 Demeulemeester et 25 février 1976 Schambach D. 1976 p. 485 note Malaval.

Les constatations que nous venons de faire montrent en tout cas l'importance d'apporter au tribunal la situation vécue par les travailleurs et de présenter en termes aussi clairs que possible la logique des travailleurs en l'appuyant sur les droits sociaux reconnus par la constitution de 1946, sur la nature et la portée des libertés collectives, et en montrant comment toute une série de droits collectifs et individuels demandent à être reconnus (droit à la négociation collective dans l'entreprise, droit au travail, à la santé, à la sécurité dans le travail, respect de la vie privée...).

V - LE PROCÈS JUDICIAIRE

De tout ce qui précède apparaissent nettement les éléments caractéristiques du procès judiciaire tel que le conçoit la CFDT :

1) C'est un moyen utilisé dans l'action menée pour la défense des intérêts des travailleurs.

2) La recherche du meilleur rapport de forces conduit à beaucoup réfléchir sur :

● **la situation vécue par les travailleurs.** C'est le vécu quotidien qui doit être apporté aux juges, car c'est cette tranche de la vie sociale qui est à l'origine du procès et va influencer la solution juridique.

● **le choix de la juridiction** (lorsqu'il est possible) et de l'argumentation en fonction de l'application du conflit des logiques au cas d'espèce. Les données du conflit doivent être exposées de façon aussi claire que possible. Car il s'agit de donner au débat juridique son plus grand impact.

● **la participation des travailleurs au procès**, qui est participation au débat d'idées par les informations données par le syndicat et peut être participation physique à l'audience.

3) La conduite du procès judiciaire relève du syndicat.

C'est en effet, le syndicat qui doit être le maître du procès.

A cet égard, il ne doit pas considérer l'avocat comme le technicien auquel on s'en remet du soin de « gagner » l'affaire selon les moyens qu'il jugera les meilleurs ; l'avocat est, surtout en matière pénale, l'expression du collectif syndical qui lui a confié l'affaire et auquel il a seulement communiqué son savoir. Nous parlons bien ici du syndicat et pas seulement de la commission juridique.

La prise en charge par le syndicat se justifie par le fait que c'est en son nom que l'action se trouve introduite, qu'il a la mémoire des autres actions menées précédemment par le syndicat sur un plan judiciaire et est à même d'en tirer les leçons, qu'il a son mot à dire dans les arguments les plus propres à étayer la logique des travailleurs, qu'il a un rôle irremplaçable dans la diffusion de l'information aux autres sections et dans l'établissement du rapport de force à exercer le jour de l'audience, que c'est lui qui va assurer le « suivi » syndical de l'affaire.

Ce suivi s'impose sur un plan technique, du stade de l'instruction de l'affaire à celui de son jugement, ou encore s'il y a utilisation des voies de recours.

Il s'impose sur un plan syndical pour de multiples raisons : durcissement patronal possible, popularisation de l'action auprès des travailleurs, clarté des informations données sur les raisons du succès ou de l'échec judiciaire, choix du terrain de la négociation, si elle apparaît opportune.

La sanction pénale en droit du travail

Le point de vue de la CFDT

Le dernier colloque de la revue « Droit social » qui s'est tenu le 20 avril 1984 était consacré à la sanction pénale en droit du travail.

Jean-Jacques Dupeyroux, directeur de « Droit social », avait invité Edmond Maire à participer aux travaux de cette journée. On trouvera ci-dessous l'intervention du secrétaire général de la CFDT.

Je suis bien conscient d'avoir pris quelques risques en répondant à l'invitation de J.-J. Dupeyroux de participer à la séance de cette matinée. L'application de la sanction pénale dans le domaine du droit du travail soulève, en effet, de nombreuses protestations chez les employeurs. Or la CFDT - comme certains d'entre vous le savent - a joué un rôle qui n'est pas négligeable dans la mise en œuvre de cette sanction.

1. La contestation des employeurs

Ce qui irrite les employeurs dans ce recours à la sanction pénale, c'est moins le nombre d'employeurs poursuivis ou la sévérité des condamnations prononcées - ils restent faibles l'un et l'autre - que les objectifs poursuivis par une organisation syndicale comme la nôtre. A leurs yeux, nous semblons rechercher un véritable détournement des objectifs de la répression.

Entre les mains du syndicat, en effet, l'action pénale aboutirait à la condamnation d'honorables citoyens en raison de faits mineurs : l'inobservation de règles administratives bien difficiles à connaître dans le détail en raison du caractère touffu de la réglementation.

Parfois, la poursuite pénale viserait des faits, tel un accident du travail, qui se sont produits dans des circonstances mal connues, voire imprévisibles, et dans la réalisation desquelles, disent les employeurs, la responsabilité des dirigeants n'est nullement évidente.

Dans d'autres cas, la condamnation pénale proviendrait d'une application très discutable de la loi, car celle-ci serait silencieuse sur les faits reprochés. L'action de la CFDT conduirait à l'insécurité juridique, alors que la sécurité en ce domaine est essentielle à de bonnes relations sociales dans l'entreprise.

Que deviennent alors, nous dit-on, ces principes fondamentaux dans une démocratie, selon lesquels : « La loi pénale est d'interprétation stricte », ou encore « le doute doit profiter au prévenu » ?

Enfin, ce type d'action en justice ajouterait aux soucis des dirigeants qui ont mieux à faire que de veiller personnellement à l'application de règles juridiques trop détaillées, dont l'intérêt n'apparaît pas clairement. Ce ne serait pas, en tout cas - argument suprême - une bonne façon de sauvegarder l'emploi !

2. L'analyse de la CFDT

Il est difficile de porter un jugement pleinement étayé sur le rôle de la sanction pénale dans l'application du droit du travail. Il n'existe pas, à notre connaissance, d'étude de sociologie juridique sur cette question. Nous en sommes donc réduits à nos propres observations.

Dans une approche très globale, on est d'abord frappé par le décalage entre le nombre d'infractions relevées par procès verbaux (21 571) et le nombre de condamnations prononcées (6 854), ainsi que par la faiblesse des amendes infligées. En 1982 dans 60% des cas le montant des amendes est inférieur au minimum. La sanction n'atteint pas les niveaux qu'elle atteint en d'autres circonstances - la comparaison avec les délits de chasse est éclairante - et tout se passe comme si les juges avaient du mal à prononcer des condamnations dont ils ne comprennent pas le bien-fondé.

Un bilan contrasté

L'efficacité de la sanction pénale n'est vraisemblablement pas la même dans les petites et dans les grandes entreprises.

Une efficacité différente dans les petites entreprises...

Malgré son caractère dissuasif, la sanction pénale joue un rôle assez limité dans l'application du droit du travail aux petites entreprises. Certaines réglementations, telle celle sur la durée du travail, sont bien mal appliquées dans certaines branches du tertiaire. A elle seule, la sanction pénale est impuissante à lutter contre le travail clandestin. Le nombre insuffisant des agents de l'inspection du travail, l'insuffisante sévérité de certaines sanctions, la lenteur de la justice, le laxisme de certains juges du fond n'expliquent qu'en partie cette situation.

L'application du droit pénal suppose, en effet, non seulement une action de l'administration mais aussi une pression sociale. Or l'absence de syndicalisation est fréquente dans les entreprises de petite taille. La section syndicale n'est pas là pour jouer un de ses rôles essentiels - pourtant non écrit dans le code du travail - qui est de veiller à la bonne application des droits des travailleurs.

... et dans les grandes

Dans les entreprises plus importantes, là où existent le plus souvent les sections syndicales, la sanction pénale joue mieux son rôle dissuasif. Elle peut de plus constituer un moyen entre les mains du syndicat de parvenir à une complète application des droits et des libertés des travailleurs. A ce sujet, les actions pénales menées sur la base du délit d'entrave et, en cas d'accident mortel du travail, sur la base de l'homicide par imprudence sont particulièrement significatives.

A. Le délit d'entrave

La recherche d'une application complète des droits collectifs des travailleurs a été favorisée par la jurisprudence de la Chambre criminelle, s'appuyant sur une interprétation « téléologique » de la loi, c'est-à-dire prenant en compte ses finalités. Cette méthode d'interprétation l'a conduite à tirer des règles légales, formulées pour la plupart au lendemain de la Libération, les conséquences qui, à son avis, s'en déduisaient nécessairement.

Des arrêts de principe, tout à fait remarquables à notre avis, ont été successivement rendus explicitant de nouveaux droits et de nouvelles libertés tels la liberté de circulation des représentants du personnel (1962), la liberté d'affichage des délégués du personnel (1968), le droit des délégués irrégulièrement licenciés à être réintégrés dans leur emploi (1962). L'interdiction de la résolution judiciaire du contrat de travail par la Chambre mixte, en 1974, a complété cet édifice.

Cette bataille judiciaire - qui fut aussi une bataille syndicale, rappelons-nous la très célèbre affaire Fleurence - a pris une grande ampleur en raison d'un double blocage.

- **un blocage politique** : dans cette période, droit syndical et institutions représentatives ne sont pas, pour de nombreuses chambres patronales, un terrain de négociation avec les syndicats ouvriers.

- **un blocage contractuel** : Privés d'influence réelle sur le terrain parlementaire ou gouvernemental durant toute cette période, les syndicats CFDT ont cherché sur un plan judiciaire des évolutions que ni la majorité parlementaire ni le patronat ne voulaient accepter.

B. Les accidents du travail

La lutte contre les accidents du travail pose depuis longtemps deux questions :

- comment l'accident est-il arrivé, quelles sont ses causes ? Faut-il accepter la fatalité, s'en tenir à l'imprudence, voire à la faute présumée de l'ouvrier, souvent disparu dans l'accident, et qui aurait fait ainsi son propre malheur ?

● Et - seconde question - qui doit être déclaré responsable ? Personne, si c'est la fatalité, ou bien l'ouvrier, le chef immédiat ?

Il n'y a pas de réponse toute faite à ces questions. Les travaux scientifiques les plus récents valorisent non pas la cause immédiate - souvent peu explicative - mais l'enchaînement des causes qui a permis l'accident. Les causes réelles de l'accident mettent alors en question l'organisation du travail et plus largement le fonctionnement de l'entreprise, ce qui conduit à mieux identifier les responsabilités notamment au niveau des dirigeants et pas seulement au niveau des acteurs immédiats.

Cette action de recherche plus méthodique des causes réelles doit permettre d'abord que les responsables entreprennent des actions de prévention mieux ciblées. Cette évolution de la réflexion conduit à un débat de société sur la place que l'on accepte de donner dans l'acte de production au danger, au risque, à la fatalité, à la responsabilité. L'action pénale permet ce débat de société. Sur une longue période, l'action menée par tous a été positive : les accidents de travail mortels sont en diminution.

3. La situation aujourd'hui

Depuis 1981, la situation s'est profondément modifiée.

Le blocage politique a sauté

Le blocage politique a sauté, permettant de prendre en compte dans la loi sur le droit syndical et les institutions représentatives les évolutions constatées dans la vie économique et sociale. Les acquis de la jurisprudence de la Chambre criminelle ont joué un rôle très positif dans ce changement. Les lois Auroux légalisent nombre de solutions de la Chambre criminelle, qui ont le grand mérite de pénétrer dans la loi après avoir été expérimentées sur le terrain de la pratique.

L'ouverture sur le contractuel, si apparente dans les lois Auroux, constitue une autre donnée très positive dont les interlocuteurs sociaux doivent et ont commencé à s'emparer. Elle doit être saisie dans les petites entreprises comme dans les grandes.

L'ouverture sur le contractuel dans les petites entreprises

L'application du droit du travail dans les petites entreprises ne peut reposer seulement sur l'application de la sanction pénale par l'Etat. L'application des droits des travailleurs doit reposer aussi - et, pour nous, d'abord - sur la volonté contractuelle des syndicats patronaux et de salariés d'en prendre les moyens, en mettant en œuvre les procédures utiles. C'est l'intérêt des syndicats ouvriers de se développer dans les petites entreprises. Mais c'est aussi l'intérêt des syndicats patronaux de lutter contre le travail clandestin, de réguler la concurrence sur des bases saines, de lutter contre l'instabilité de leur personnel, de promouvoir les qualifications rendues nécessaires par le progrès technique. Les lois Auroux ouvrent des possibilités d'actions communes pour parvenir à une meilleure application des droits des travailleurs. A nous de les saisir !

... comme dans les grandes

Dans les grandes entreprises, de nouveaux champs sont ouverts à la négociation. Or il y a entre les solutions négociées et l'application de la sanction pénale un rapport dialectique : l'application négociée des droits des travailleurs, parce qu'elle est application négociée, c'est-à-dire faite d'un commun accord, fait disparaître des raisons de recourir à l'arme pénale.

Nous concluons donc nos observations par la nécessité de voir les négociateurs - dans les accords d'entreprise comme dans les conventions collectives relatives aux petites entreprises - créer les structures paritaires nécessaires à l'examen des litiges relatifs à l'application et au non-respect des conventions collectives.

Le déblocage politique, l'ouverture sur le contractuel pourraient contribuer à poser en de nouveaux termes le recours des syndicats à l'action pénale. Nous ne pensons pas, pour autant, que ce recours doive disparaître. Il n'y a pas de droit sans sanction. Mais le droit pénal a aussi une finalité propre. C'est un droit normatif qui contribue à la définition de l'ordre public, économique et social, voulu par le législateur. Notre société démocratique serait appauvrie si le procès n'était plus un moment privilégié du débat sur l'exercice du pouvoir économique et des libertés, ainsi que sur les responsabilités qui en découlent. Le syndicat a le droit - et je dirai même le devoir - de participer à ce débat.

Dossier

T

Secteur public.

Statut des fonctionnaires réforme ou refonte ? Quelques réflexions

Ce dossier n'a pas pour objet de présenter le contenu des règles désormais applicables dans les Fonctions publiques d'Etat et territoriales. Celles-ci le seront, de manière échelonnée, dans les rubriques « Fonctions publiques » des prochains numéros de la revue.

Ce dossier s'efforce de fournir aux lecteurs quelques éléments de réflexion sur la réforme du statut général des fonctionnaires prise dans son ensemble. Ces remarques générales devraient cependant être directement utiles aux syndicats des Fonctions publiques dans la mesure où elles peuvent trouver un prolongement et une application concrète dans le contenu des statuts particuliers en voie d'élaboration.

C'est en effet à ce niveau là que pourront se confirmer et s'amplifier les quelques orientations nouvelles adoptées dans le cadre des trois titres du statut général (*).

Contrairement à la réforme entreprise par le ministre du travail, Jean Auroux, et, dans une moindre mesure, à celle résultant de l'action du ministre des droits de la femme, Yvette Roudy, la réforme du statut général des fonctionnaires est passée pour ainsi dire inaperçue.

Cette discrétion étonne doublement. Premièrement si l'on tient compte du nombre important d'hommes et de femmes directement concernés par cette élaboration statutaire, environ quatre millions et de leur part relative parmi les salariés. Deuxièmement parce que le statut des fonctionnaires cristallise dans ses dispositions, y compris les plus anodines, une certaine conception du service public, de ses missions et de son fonctionnement et qu'en conséquence son élaboration concerne, fût-ce indirectement, les usagers de ces services. Deux raisons, parmi d'autres, qui font de cette réforme un fait social majeur qui intéresse, ou aurait dû intéresser, la société dans son ensemble.

S'il est vrai, comme le soulignait Anicet Lepors, ministre de la fonction publique et des réformes administratives, en conclusion de son intervention sur la réforme statutaire en cours (1), que « l'entreprise de rénovation de la fonction pu-

blique trouve sa justification essentielle dans la recherche d'une administration moderne, efficace, ouverte et au service de tous », comment expliquer qu'aucun débat social n'ait précédé et accompagné une réforme d'une telle ampleur, recouvrant de tels enjeux ?

Un débat social manqué

Cette absence de débat sur les finalités et le contenu de la réforme aura-t-elle été préjudiciable à la modernisation et à l'ouverture de l'administration ?

Telle qu'elle a été conduite, la réforme statutaire, qui améliore incontestablement la situation individuelle et collective des agents concernés, a-t-elle dans le même mouvement favorisé l'adaptation des fonctions publiques aux réalités économiques et sociales de l'heure ? Une meilleure adéquation entre les missions assumées par les différents secteurs

(*) Voir l'encadré. Ce dossier, réalisé par Claire Sutter, est la reprise de son intervention du 19 mai 1984 à l'Association française du droit du travail.

(1) Conseil supérieur de la fonction publique - séance du 11 janvier 1983.

des fonctions publiques et la situation professionnelle des agents résulte-t-elle du changement ?

On le voit, la question de la finalité du service public, qui est aussi celle des usagers du service public, est au cœur même de la réflexion qui sous-tend l'analyse de la réforme statutaire.

Pour tenter d'une part de bien cerner cette interrogation, d'autre part d'ébaucher des éléments de réponse, nous suivrons une démarche en trois temps.

La question des usagers

Le premier temps sera directement consacré à la question des usagers. Nous examinerons alors comment au niveau de l'élaboration de la réforme statutaire elle-même les usagers ont, ou non, été pris en compte de manière directe ou indirecte. Nous serons alors amenés à nous arrêter sur deux dispositions (:) l'une de caractère réglementaire, extérieure au statut, le décret relatif aux relations entre l'administration et les usagers, l'autre de caractère statutaire, le devoir d'information du public posé par l'article 27 du titre I du statut.

Cette première approche nous permettra de nous interroger sur le degré de réalisation de l'objectif fixé par le ministre de la fonction publique relatif à l'ouverture des fonctions publiques destinées à être au service de tous.

Les usagers individuels et collectifs ont-ils été un facteur déterminant du changement opéré ? Des structures de concertation ont-elles été mises en place favorisant, à l'avenir, l'adaptation constante des fonctions publiques aux besoins des usagers, en lien avec les missions et finalités des services ?

Les moyens du changement

A défaut de création de ces structures de concertation tripartites, ce sera notre deuxième temps, la réforme statutaire a-t-elle permis que s'instaure à l'avenir entre les administrations et les organisations syndicales de fonctionnaires les débats susceptibles de conduire aux adaptations nécessaires ? La réforme des droits collectifs permettra-t-elle aux organisations syndicales d'assumer pleinement leur rôle dans les changements à opérer, les transformations à négocier dans l'organisation et les méthodes de fonctionnement des fonctions publiques, au regard de la diversité des réalités économiques et sociales, et de leurs évolutions, au plan national et local ?

Certains rapprochements avec les réformes conduites dans le secteur privé permettront de souligner la timidité de la réforme statutaire et une certaine forme de crispation statutaire en tout point contraire, à court et à long terme, à l'objectif de modernité et d'efficacité fixé par le ministre.

Modernité, efficacité, ouverture dont on aura, pas tout à fait vainement, recherché la traduction d'une part dans la prise en considération, par le statut, des usagers, d'autre part dans l'émergence de nouveaux droits collectifs, ces maîtres mots de la réforme, auront-ils mieux traversé la rénovation des droits et obligations individuels des agents ?

Ce sera notre dernière partie consacrée à l'examen de quelques dispositions statutaires nouvelles sans doute porteuses d'avenir pour les fonctions publiques.

L'élaboration de la réforme

La prise en compte des usagers

Lors de son intervention au Conseil supérieur de la fonction publique du 11 janvier 1983, Anicet Lepors, après avoir rappelé que la justification essentielle de la réforme résidait dans la recherche d'une administration moderne, efficace, ouverte et au service de tous, ajoutait : « le Conseil supérieur de la fonction publique sera amené à examiner prochainement un projet de loi portant charte des relations entre l'administration et les administrés, projet dont l'élaboration est en voie d'achèvement. Je souhaite que ces deux textes soient intimement associés aussi bien dans leur processus d'élaboration que dans l'esprit des fonctionnaires et du public ».

Si le lien entre la réforme statutaire et les usagers était bien présent dans le discours du ministre qu'en est-il résulté concrètement ? Deux éléments.

La charte des relations entre l'administration et les usagers

Le premier élément est un projet de loi portant charte des relations entre l'administration et les administrés qui donnera finalement naissance au décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers, dont le manque d'ambition étonne (2).

(2) Pour un commentaire complet de ce texte se reporter à « Un décret ne fait pas le printemps » AJDA mars 1984, p. 137 et Hubert Maisi, Céline Weiner, Jean-Marie Woerhling. Voir également AJ CFTD n° 40 mai/juin 1984 T p. 21 et s.

La part consacrée dans le texte du décret à cette question est d'ailleurs fort mince puisque sur trois chapitres le deuxième seulement lui est véritablement réservé.

En outre la vision de ces relations est pour l'essentiel contentieuse dans la mesure où ce chapitre traite des dispositions relatives à la procédure administrative, dite non contentieuse, mais qu'il aurait été plus exact d'intituler pré-contentieuse.

On ne peut enfin que noter un manque d'adéquation évident entre un exposé des motifs porteur d'objectifs généraux de transparence de l'administration, de personnalisation des rapports entre les fonctionnaires et le public, de citoyenneté des usagers du secteur public et le contenu des règles posées, pour l'essentiel, procédurales.

Et même s'il est vrai qu'une institution générale doit réunir, commenter et rendre accessible à tous l'ensemble des dispositions de droit commun qui régissent la généralité des rapports entre les citoyens et l'administration, il n'en demeure pas moins que l'ampleur du problème à traiter appelle une intervention plus ambitieuse.

Le devoir d'information du public

Le deuxième élément réside dans le fait que les usagers sont directement et explicitement pris en compte dans le titre 1^{er} du statut, portant droits et obligations pour l'ensemble des fonctionnaires. L'article 27 de ce titre crée une obligation nouvelle, celle de « satisfaire aux demandes d'information du public, dans le respect des règles statutaires relatives au secret professionnel, à la discrétion professionnelle » et sans doute aussi à l'obligation de réserve, de création prétorienne.

Il s'agit d'un devoir de répondre aux demandes du public, formulation sans doute plus restrictive que l'obligation d'informer, supposant une démarche plus active des services et des fonctionnaires eux-mêmes en direction des usagers, supposant même parfois une réorganisation des services.

Une insuffisance certaine

Il apparaît en conséquence que si la question des usagers n'a certes pas été absente des débats, elle n'a certainement pas eu la place qui aurait dû lui revenir, tant sur le plan de la méthode que du contenu.

En effet, on peut se demander si cette question ne devait pas venir en préalable à la réforme statutaire en lien avec celle des missions assumées ?

Qui sont les usagers individuels et collectifs ? Quels sont leurs besoins et comment en regard, dans le respect des garanties fondamentales des agents concernés, adapter le statut qui leur sera applicable à la satisfaction de ces besoins, en fonction bien sûr des missions assumées par le service public ?

Pour prendre un exemple concret si l'on s'attelait un jour à la réforme des rythmes scolaires, devrait-on partir de la définition statutaire de la charge hebdomadaire de service des différents corps des personnels de l'éducation, d'une certaine conception des objectifs et missions du système scolaire, ou également prendre en compte, parmi d'autres données, une donnée fondamentale de la vie sociale, à savoir que les femmes entre 25 et 45 ans ont un taux d'activité qui avoisine les 60% et qu'en conséquence elles ne sont, pas plus que la majorité des pères, susceptibles de s'adapter aux rythmes scolaires de leurs enfants.

L'utilisateur dans sa diversité, doit-il s'adapter au service public ou le service public à l'utilisateur ? Et y a-t-il nécessairement contradiction entre bon fonctionnement du service et fortes garanties statutaires ? Ne devrait-on pas, en tout état de cause, créer les lieux de concertation nécessaires à l'organisation d'un débat entre les différentes parties prenantes, ce que le décret du 28 novembre 1983 ne fait pas.



TEXTES DE REFERENCE DES TROIS TITRES DU STATUT

— **Titre I**, loi 83-634 portant droits et obligations des fonctionnaires : JO du 14 juillet 1983 ;

— **Titre II**, loi 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la Fonction publique d'Etat : JO du 12 janvier 1984 et rectificatif : JO du 17 janvier 1984 ;

— **Titre III**, loi 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la Fonction publique territoriale : JO du 27 janvier 1984.

Le titre I du statut s'applique à tous les fonctionnaires, qu'ils relèvent de l'Etat ou des collectivités territoriales. En conséquence, la situation des fonctionnaires d'Etat est régie par les titres I et II, celle des fonctionnaires des collectivités territoriales par les titres I et III.

Un quatrième titre devrait être adopté qui, en s'articulant au titre I, devrait former le corps des textes applicables aux personnels hospitaliers publics.

Les trois premiers titres adoptés constituent les textes de base de la situation statutaire. Ils sont complétés par d'autres dispositions générales, ainsi de la loi sur la formation professionnelle pour les fonctionnaires des collectivités territoriales, et par les statuts particuliers qui déterminent les règles applicables aux différents corps ou regroupements de corps dans les deux fonctions publiques.

L'absence de débat social

Préalablement à la réforme, le ministre de la fonction publique avait fait procéder à un sondage assez exhaustif, dont les résultats sont d'ailleurs nuancés, portant sur l'image de l'administration, des fonctionnaires, sur les opinions à l'égard du fonctionnement de l'administration, les rapports public-administration et les propositions tendant à améliorer les relations public-administration.

Et cependant, contrairement à l'élaboration du rapport Auroux qui suscita un large débat social, la refonte du statut général des fonctionnaires peut compter, ainsi que le souligne Pierre Gaborit (3) : « parmi les réformes de grande ampleur conduites par le gouvernement depuis le 10 mai 1981, au nombre de celles qui ont provoqué le moins de soubresauts ».

Faut-il s'en féliciter ou s'en étonner ?

Est-ce le signe d'un large consensus ou d'une relative indifférence ?

Le débat relève-t-il moins de la réforme du statut que de l'organisation des services ? A notre sens il devait être omniprésent, et ceci d'autant plus que l'adoption du titre III, relatif au statut des fonctionnaires des collectivités territoriales, trouve sa source immédiate dans l'article 1^{er} de la loi 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, qui dispose :

« les communes, les départements et les régions s'administrent librement par des conseils élus.

Des lois détermineront la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, ainsi que la répartition des ressources publiques résultant

(3) AJDA avril 1984 p. 183.

des nouvelles règles de la fiscalité locale et des transferts de crédits de l'Etat aux collectivités territoriales, l'organisation des régions, **les garanties statutaires accordées aux personnels des collectivités territoriales...** »

Un enjeu important, la décentralisation

En ce qui concerne la fonction publique territoriale quels objectifs visait-on en lien avec la décentralisation ? La nature des enjeux ne supposait-elle pas un débat préalable sur cette question ?

La méthode consistant à élaborer le statut des fonctionnaires des collectivités territoriales à partir d'un décalque de ce qui existait pour l'Etat et d'ajuster ensuite en fonction des impératifs propres aux collectivités, notamment d'autonomie budgétaire et de gestion, était-elle bien la bonne ?

Le souffle de la décentralisation, qui ne concerne d'ailleurs pas que la fonction publique territoriale, n'a-t-il pas été quelque peu éteint du fait même de cette procédure ? Or y a-t-il un débat social plus important que celui-là ? Il semble bien que l'on soit largement passé à côté.

Pour n'être pas totalement négligeables les deux modalités de prise en considération directe d'une problématique de service public ne répondent cependant ni à l'ampleur des objectifs que l'on pouvait se fixer ni à leur diversité. La question qui se pose alors est celle de savoir si la réforme entreprise aura permis que se mettent en place, au niveau des règles applicables, les structures de concertation, de consultation, de négociation internes propres à débattre des changements à opérer et à les conduire dans la recherche d'une administration moderne, efficace et ouverte et ceci à tous les niveaux.

Les droits collectifs

C'est en réalité la réforme, ou refonte, des droits collectifs qui marque la première étape importante du changement dans la fonction publique d'Etat. Elle se concrétisera par l'adoption de la série des décrets du 28 mai 1982 (4) et par la promulgation de la loi du 29 octobre 1982 relative à la grève dans les services publics.

Si l'on se réfère au droit positif antérieur, seuls les organismes paritaires classiques, CSFP-CAP-CTP, faisaient l'objet d'une réglementation.

Le droit syndical était régi - si l'on peut dire, compte tenu de la valeur juridique de ce texte - par l'instruction du 14 septembre 1970, dite instruction Chaban-Delmas.

Quant à l'hygiène et à la sécurité dans le travail elle ne faisait l'objet d'aucune réglementation spécifique sinon qu'elle relevait de la compétence générale des CTP.

Deux points importants méritent donc, de ce point de vue, d'être soulignés :

- La détermination des modalités d'exercice du droit syndical dans un texte de valeur juridique certaine : le décret du 28 mai 1982.
- La création de comités d'hygiène et de sécurité dans la fonction publique d'Etat. Ceux-ci existaient déjà dans les communes en application de la loi du 20 décembre 1978.

Sans nous arrêter au détail des textes quelques marques peuvent être faites pour caractériser leurs orientations générales.

Les évolutions

Une première remarque pourrait être tirée du nouvel équilibre qui semble se dessiner entre les différentes institutions paritaires et le droit syndical, nouvel équilibre que symbolise pour partie l'entrée dans le domaine réglementaire du droit syndical, des comités d'hygiène et de sécurité et l'extension des compétences des CTP (5).

Schématiquement l'on pourrait dire que le syndicalisme dans la fonction publique était historiquement lié aux CAP qui connaissent des problèmes individuels de recrutement et de carrière des fonctionnaires.

Cela s'expliquait par le fait que les structures de la fonction publique évoluant très lentement, alors que les effectifs étaient en hausse constante, les problèmes d'ordre individuel prenaient le pas sur toute autre question. La « légitimité », au sens sociologique du terme, de la fonction publique n'était d'ailleurs pas en cause à l'époque.

Piliers du paritarisme les CAP étaient, par là même, le lieu institutionnel privilégié de rencontre entre l'administration et les organisations syndicales, et cela ne fut pas sans incidence sur la forme même du syndicalisme dans la fonction publique.

L'incidence des mutations structurelles sur le rôle des institutions...

Avec la crise des effectifs, les mutations technologiques, des transformations d'objectifs, de structure mais aussi de culture s'imposent. Les problèmes fondamentaux se déplacent et la nécessité de nouveaux lieux de débat apparaît plus clairement. Cette nécessité de nouveaux lieux de débat conduit à une réorientation quant au « poids » respectif des organismes paritaires entre eux et du droit syndical. Cette réorientation se traduit selon nous dans les textes. D'une part par le fait que les CTP, désormais, sont obligatoirement consultés sur les questions relatives :

- aux problèmes généraux d'organisation des administrations et services,
- aux conditions générales de fonctionnement des administrations et services.

... et sur celui du syndicalisme

Elle se traduit aussi par la formulation nouvelle introduite dans le titre 1^{er} relative à la reconnaissance du droit syndical. L'alinéa 2 de l'article 8 du titre 1^{er} précise en effet : « les organisations syndicales de fonctionnaires ont qualité pour conduire au niveau national avec le gouvernement des négociations préalables à la détermination de l'évolution des rémunérations et pour débattre avec les autorités chargées de la gestion, **aux différents niveaux**, des questions relatives aux conditions et à l'organisation du travail ».

Si l'on ajoute à cela la possibilité de créer des CTP aux différents niveaux décentralisés : régionaux, départementaux, locaux, possibilité que l'on retrouve pour la création des CHS, on perçoit l'ébauche d'une double démarche. Celle, premièrement, d'un changement quant à la nature du débat administration-syndicat, celle, deuxièmement, d'une progressive décentralisation des lieux de débat dans la fonction publique d'Etat.

(4) Ces cinq décrets concernent respectivement :

- le droit syndical,
- le CSFP, organisme paritaire national,
- les CAP qui connaissent des questions individuelles,
- les CTP qui connaissent des problèmes d'organisation des services,
- les CHS.

(5) Voir Action Juridique n° 37 février 1984 T p. 17 et s. : « Organismes paritaires : vers une prépondérance des CTP ? »

Décentralisation et nouveaux débats

Cette décentralisation est amorcée par l'article 8 du titre relatif au droit syndical qui dispose : « les organisations syndicales de fonctionnaires ont qualité... pour débattre avec les autorités chargées de la gestion aux différents niveaux des questions relatives aux conditions et à l'organisation du travail ».

Elle l'est également par les décrets relatifs aux CTP et aux CHS qui ouvrent la possibilité de créer des CTP et des CHS à différents niveaux.

Le rééquilibrage du poids respectif des CAP et des CTP, au profit de ces derniers, c'est-à-dire au profit des problèmes collectifs et de service indique, quant à lui l'amorce d'un changement vers de nouveaux débats.

La place de la négociation

Faut-il voir une confirmation de ces réorientations dans la nouvelle formulation du dernier alinéa de l'article L. 521-3 du code du travail relatif au préavis, introduite par la loi du 19 octobre 1982 sur la grève dans les services publics, ou s'agit-il d'un accident de l'histoire ?

Cet alinéa dispose en effet que : « pendant la durée du préavis, les parties intéressées **sont tenues de négocier** ».

TEXTES LEGISLATIFS ET REGLEMENTAIRES

**On trouvera ci-dessous les textes commentés
dans Action Juridique CFDT
auxquels ce dossier fait référence.**

- Loi 82-380 du 7 mai 1982 modifiant l'article 7 de l'ordonnance du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires et portant dispositions diverses concernant le principe d'égalité d'accès aux emplois publics : AJ CFDT n° 33 mai/juin 1983, T p. 17 et s.
- Décret 82-447 du 28 mai 1982 relatif à l'exercice du droit syndical : AJ CFDT n° 34 juillet/août 1983 T p. 3 et s., p. 19 et s.
- Décret 82-451 du 28 mai 1982 relatif aux commissions administratives paritaires et décret 82-450 du 28 mai 1982 relatif aux comités techniques paritaires : AJ CFDT n° 37 février 1984, T p. 17 et s.
- Décret 82-453 du 28 mai 1982 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la prévention médicale : AJ CFDT n° 38 mars 1984, T p. 17 et s.
- Décret 82-886 du 15 octobre 1982 portant application de l'article 18 bis de l'ordonnance du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires : AJ CFDT n° 33 mai/juin 1983, T p. 18 (égalité d'accès aux emplois publics), et circulaire du 24 janvier 1983 du ministre délégué auprès du Premier ministre, chargé de la fonction publique et des réformes administratives et du ministre délégué auprès du Premier ministre chargé des droits de la femme, relative à l'égalité entre les femmes et les hommes et à la mixité dans la fonction publique : AJ CFDT n° 34 juillet/août 1983, T p. 11 et s.
- Décret 83-1025 du 28 novembre 1983 relatif aux relations entre l'administration et les usagers : AJ CFDT n° 40, T p. 21 et s.

Ce rééquilibrage, cette ébauche de réorientation, que la pratique devra d'ailleurs confirmer, et qu'il faut presque lire entre les lignes, vont dans le sens souhaité par la CFDT mais sont très en deçà des revendications formulées. Ceci d'autant plus que cette amorce de réforme ne s'accompagne ni de la reconnaissance de la section syndicale d'établissement, ni de la mise en place d'un droit d'expression des travailleurs sur l'organisation et les conditions de travail, ni de la prise en considération par les CHS des questions de conditions de travail, contrairement à ce qui a été obtenu dans le secteur privé.

De même qu'en 1968 au moment de l'adoption de la loi relative à l'exercice du droit syndical dans les entreprises, le particularisme de la fonction publique servit de justification à son exclusion du champ d'application de ce texte, de même en 1982, au moment où les lois Auroux instaurent notamment un véritable système de négociation, impliquant pour les organisations syndicales, et le droit d'expression des salariés, impliquant pour les travailleurs eux-mêmes, le particularisme de la fonction publique sert à nouveau de justification à la non reconnaissance de la négociation comme mode de rapport naturel entre l'administration et les organisations syndicales.

On peut de même dire qu'une certaine conception du syndicalisme dans la fonction publique a permis que le choix entre le droit d'expression et l'heure d'information syndicale se fasse au profit de cette dernière. La CFDT a été la seule à soutenir ces deux revendications.



Un problème politique et non juridique

L'argument selon lequel la négociation serait incompatible avec la situation statutaire et réglementaire dans laquelle se trouvent les fonctionnaires nous paraît de peu de poids dès lors qu'il ne s'agit point de substituer le contrat au statut mais d'assurer une harmonieuse complémentarité entre les deux sources du droit, complémentarité favorisant la responsabilisation des différents acteurs aux différents niveaux.

S'il est vrai que la forme juridique dans laquelle cette complémentarité pourrait se traduire reste à trouver, ce qui fait défaut en l'espèce c'est moins l'imagination des juristes que la volonté politique de changement (6).

Ne voit-on pas, en sens inverse, le parlement consacrer dans la loi certains accords interconfédéraux négociés avec le CNFP (7). D'ailleurs dans la pratique, ces négociations existent dans la fonction publique aux niveaux décentralisés. Les conflits relatifs à l'organisation du travail dans les centres de tri postaux ne se concluent pas autrement. L'intervention a posteriori du pouvoir réglementaire ne revient-elle pas, de fait, à entériner un accord de fin de conflit ?

Pourquoi dès lors refuser de donner une quelconque valeur juridique à ces accords ?



Une certaine forme de crispation statutaire

Cela conduit à se demander si la réforme statutaire, tout au moins au niveau des droits collectifs, s'inscrit bien pleinement dans une démarche de décentralisation et des responsabilisation des différents acteurs aux différents niveaux ; si en somme elle est susceptible de favoriser l'émergence d'une dynamique sociale nouvelle ou si, au contraire, elle demeure largement marquée du sceau du centralisme qui caractérisait le statut de 1946.

Le rejet systématique de tout apparemment à une problématique proche de celle du secteur privé ne révèle-t-il pas une certaine forme de crispation statutaire de la majorité des organisations syndicales de fonctionnaires et du ministère concerné (8) ?

Deux exemples peuvent illustrer cette interrogation.

Code ou statut ?

Le premier concerne l'architecture d'ensemble de l'édifice statutaire actuel, c'est-à-dire l'organisation de la matière en trois titres (voir encadré).

— Un titre premier dont le champ d'application concerne l'ensemble des fonctionnaires d'Etat, des collectivités territoriales et les hospitaliers, portant droits et obligations des fonctionnaires.

— Un titre 2 portant dispositions statutaires applicables aux seuls fonctionnaires de l'Etat.

— Un titre 3 portant disposition statutaires applicables aux seuls fonctionnaires des collectivités territoriales.

— Enfin un quatrième titre à venir pour les hospitaliers. chacun des titres, 2, 3 et 4 s'articulant respectivement au premier.

(6) Se reporter à Yves Madiot « Faut-il remettre en cause la situation statutaire et réglementaire des fonctionnaires ? » ; Droit Social avril 1981, p. 365 et s.

(7) Ainsi dans les domaines de la mensualisation, de la durée du travail, de la formation professionnelle.

(8) Comme le soulignait Michel Cadiergues, secrétaire général adjoint de l'UGFF CFDT dans une interview accordée aux Cahiers du secteur public (1983 n° 9) : « Nous n'avons pas peur de dire que dans le secteur privé il y a des avancées qui devraient être reprises en compte dans les fonctions publiques ».

(9) Extrait de l'interview de T. Hitzberg, secrétaire générale de l'UGFF CGT publiée dans le n° 9 (1983) des Cahiers du secteur public p. 62 c'est nous qui soulignons.

Le débat préalable à l'adoption de ce schéma était un débat de fond portant sur le point de savoir s'il fallait, ou non, rassembler dans un même statut l'ensemble des fonctionnaires, procéder en quelque sorte à une extension à tous les agents publics de l'ordonnance de 1959 concernant les agents de l'Etat. La question de la reconnaissance de l'autonomie et de la spécificité de la fonction publique territoriale, constamment subordonnée jusqu'alors à la fonction publique d'Etat, était notamment posée.

Ce débat se doublait, sur le plan symbolique, d'un autre débat relatif à l'intitulé à donner à cet ensemble législatif. Le choix terminologique se situait entre « un code général de la fonction publique » et « un statut général ». Les positions des organisations syndicales sur cette question divergeaient. Cela s'est traduit dans le contenu de leurs propositions.

Les propositions de la CGT...

La CGT élaborait et proposait en août 1982 un projet de statut général de la fonction publique formant un seul et même texte et justifiait sa position de la manière suivante :

« Nous avons considéré que d'avoir un titre I commun, un titre II s'appliquant aux fonctionnaires de l'Etat et un titre III à ceux des collectivités territoriales, pouvait être considéré comme un progrès par rapport à la balkanisation totale vers laquelle on pouvait aller... Mais nous pensons nécessaire d'aller plus loin et de plusieurs manières.

D'abord, en revenant au terme de statut (ce que consacre ce dernier projet en date), je n'y reviendrai pas, vous connaissez toute l'importance que nous attachons à ce terme pour nous chargé d'histoire et que ce gouvernement de gauche aurait eu tort de négliger. Mais derrière ce débat sur code/statut, transparait aussi la volonté gouvernementale de ne pas sanctionner la réforme dans une seule loi, mais de la présenter en trois lois, ce qui poserait à l'évidence des problèmes de parallélisme si chaque titre était voté séparément... Cela ne nous semblait pas très logique, à moins de vouloir de manière délibérée qu'il y ait deux statuts qui pourraient évoluer différemment. C'était une tentation et, de la part de certains, dans leur intention... » (9).

... et celles de la CFDT

La CFDT pour sa part, partant de l'existence de fait de deux fonctions publiques, proposait l'élaboration de plusieurs textes rassemblés sous l'intitulé de « code des fonctions publiques », terme qui pour nous découlait de la reconnaissance de deux fonctions publiques, mais qui permettait à la fois l'unification et l'expression d'une diversité.

Au-delà de l'opposition fortement symbolique code/statut, deux conceptions quant au contenu même de la notion de statut s'opposaient. Ces oppositions se retrouvaient bien évidemment quant à la reconnaissance de la négociation comme mode de rapport naturel entre l'administration et les syndicats ou encore quant au droit d'expression.

La question de l'égalité professionnelle

Le deuxième exemple est relatif à l'égalité professionnelle dans les fonctions publiques.

Le fondement des résistances du ministère de la fonction publique et des autres organisations syndicales à l'introduction d'une problématique de l'égalité des chances entre hommes et femmes est en effet de nature voisine. Certes, la loi du 4 mai 1982 (voir encadré) limite considérablement les possibilités de dérogation au principe de l'égalité dans le recrutement puisque des concours distincts pour les hommes et les femmes ne pourront être organisés que « si l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue une condition déterminante pour l'exercice des fonctions assurées par les membres de ces corps ».

Ce principe est d'ailleurs totalement battu en brèche par le décret du 15 octobre 1982 pris en application de la loi et soumis par la CFDT à la censure du Conseil d'Etat.

Certes un rapport bi-annuel sera déposé sur le bureau du Parlement dressant le bilan des mesures prises pour garantir, à tous les niveaux de la hiérarchie, le respect du principe d'égalité des sexes. Mais il s'agit là d'un bilan global débattu au sein des conseils nationaux. La dynamique souhaitée par la CFDT était celle de bilans décentralisés des situations respectives des hommes et des femmes dans les fonctions publiques et l'adoption de mesures de rattrapage dans les statuts particuliers propres à remédier aux inégalités constatées, à conduire vers la mixité des emplois.

C'est encore, au mépris des faits, une certaine conception du statut qui nous fut opposée. La situation statutaire **en elle-même** serait garante de l'effectivité du principe d'égalité

des sexes qui prévaut dans le statut général depuis 1946. La situation statutaire serait, à elle seule, un rempart contre l'inégalité sexuelle. Or que constater, et le premier rapport bi-annuel ne nous dément pas sur ce point, sinon que la répartition des emplois reflète une division sexuelle voisine de celle que l'on connaît dans le secteur privé. Et même s'il est vrai que, pour un certain nombre d'entre elles, ces inégalités résultent de phénomènes qui se situent en amont du recrutement, doit-on pour autant renoncer à les corriger par le biais d'actions positives ?

La mixité des emplois dans la fonction publique, c'est-à-dire la répartition équilibrée des hommes et des femmes dans les différents corps et à tous les niveaux de la hiérarchie, n'est donc pas encore un objectif partagé, en dépit de la circulaire du 24 janvier 1983 relative à cette question (voir encadré).

Les droits individuels

Les deux premières approches de la réforme statutaire auxquelles nous venons de procéder dans les deux premières parties du dossier conduisent non seulement à constater que les objectifs déclarés de modernité, d'ouverture et d'efficacité n'ont pas été véritablement atteints mais aussi à se demander si l'on s'est donné les moyens de les atteindre ?

Tout se passe comme si les fonctions publiques étaient encore considérées comme un îlot à l'abri des évolutions techniques, technologiques et culturelles d'une part, des évolutions et involutions des autres secteurs d'activité ou des fluctuations démographiques régionales et locales liées à la crise (d'autre part).

Tant au niveau des instruments de mesure de la demande, quantitative et qualitative, de fonctions publiques qu'à celui des modalités de traitement interne des nécessaires transformations à venir, il apparaît que la continuité l'a largement emporté sur le changement.

Pendant certaines évolutions seront nécessaires qui ne seront pas sans incidence sur la situation individuelle des fonctionnaires. La question qui se pose alors est celle de

savoir comment la mise en œuvre de la garantie de l'emploi, garantie fondamentale s'il en est, s'articule avec d'autres dispositions statutaires pour faire coïncider l'utilité sociale des fonctions publiques à ces évolutions.

Les règles statutaires que nous allons rapidement examiner sont en conséquence :

- la gestion par corps et la question des filières professionnelles,
- les différentes possibilités de mobilité fonctionnelle ou professionnelle : mobilité inter-fonctions publiques, mobilité entre fonction publique et secteur privé, troisième voie d'accès à l'ENA, la question de la formation s'intégrant dans cet ensemble.

Les filières et la mobilité verticale

Les fonctionnaires sont organisés en corps - correspondant si l'on veut à des métiers - et cette modalité d'organisa-



tion des carrières qui existait pour la fonction publique d'Etat a été étendue à la fonction publique territoriale.

A l'intérieur de ces corps, dont les statuts particuliers sont nationaux, ce qui n'exclut pas une gestion décentralisée (voir encadré), les fonctionnaires appartiennent à un grade - correspondant en quelque sorte à la qualification professionnelle - lequel est distinct de l'emploi occupé.

Cette distinction du grade et de l'emploi est une novation importante puisqu'elle autorise de fait une relative mobilité quant aux fonctions effectivement exercées. Mais cette mobilité fonctionnelle, c'est-à-dire cette mobilité de fait, si elle peut permettre une certaine revalorisation du contenu des tâches effectuées est en revanche sans incidence sur la qualification reconnue - le grade - et sur la rémunération attachée à ce grade, comme elle est sans incidence sur l'appartenance à un corps.

Prenons l'exemple de la bureautique par rapport au secteur administratif. Supposons la situation d'une dactylo qui n'envisage pas de passer un concours pour changer de corps et devenir secrétaire administrative, mais qui, en revanche, acquiert la qualification professionnelle nécessaire pour occuper ses fonctions sur machine à traitement de textes.

Dans l'état actuel de la réglementation la reconnaissance de cette qualification nouvelle et sa prise en considération dans la rémunération n'est pas possible sans la création d'un corps spécifique qui reconnaisse cette qualification de travail sur machine à traitement de textes. Cette rigidification statutaire conduit à :

- une résistance des personnels à la modernisation de l'organisation et des méthodes de travail,
- un appauvrissement de la capacité et volonté d'initiative individuelle,
- ou à la création de primes spéciales pour rétribuer toute surqualification nouvelle qui ne peut être juridiquement reconnue par le changement de corps, c'est-à-dire par la voie du concours.

Les propositions de la CFDT

Cette situation a conduit la CFDT à proposer l'instauration de filières. Les filières seraient le regroupement d'un ensemble d'emplois correspondant à un domaine précis d'activité, le secteur administratif par exemple.

Cette revendication se doublait d'une revendication dans le domaine de la formation.

La formation professionnelle étant alors conçue comme le moyen de promouvoir une certaine mobilité professionnelle sans que celle-ci ne passe nécessairement par un concours ou un examen professionnel, modalité actuelle du changement de corps, modalité lourde.

Les fonctionnaires auraient en conséquence trouvé un intérêt personnel et de carrière à l'évolution de l'organisation du travail et à l'amélioration des techniques, ceci dans l'intérêt général. Une brèche aurait été ouverte dans l'excès de corporatisme dont souffre la fonction publique.

Compte tenu de la diversité des fonctions et des qualifications la limitation du nombre de corps qui a été obtenue dans les collectivités territoriales imposera de fait une conception différente de celle qui prévaut actuellement dans la fonction publique d'Etat, d'autant que le **droit** à la formation professionnelle pourra s'assortir d'une **obligation** de formation professionnelle pour l'accès à certains emplois.



La mobilité horizontale interfonction(s) publique(s)

Si la mobilité fonctionnelle verticale dont nous venons de parler est quelque peu battue en brèche par la structuration

en corps, qu'en est-il des autres possibilités de mobilité, horizontale cette fois, entre les deux fonctions publiques ? Le principe de cette mobilité est posé par l'article 14 de la loi du 13 juillet 1983, dans le cadre des droits applicables à l'ensemble des fonctionnaires. Cet article dispose :

«... l'accès de fonctionnaires de l'Etat à la fonction publique territoriale et de fonctionnaires territoriaux à la fonction publique de l'Etat, ainsi que leur mobilité au sein de chacune de ces deux fonctions publiques, constituent des garanties fondamentales de leur carrière.

L'accès direct des fonctionnaires de l'Etat aux autres corps de la fonction publique de l'Etat et aux corps et emplois de la fonction publique territoriale, d'une part, des fonctionnaires territoriaux aux autres corps et emplois de la fonction publique territoriale et aux corps de la fonction publique de l'Etat, d'autre part, est prévu et aménagé dans l'intérêt du service public. A cet effet, une procédure de changement de corps est organisée, dans le respect du déroulement normal des carrières, entre les membres des corps qui ont le même niveau de recrutement et dont les missions sont comparables. L'intégration dans le corps d'accueil a lieu à égalité de niveau hiérarchique, selon des modalités et des proportions déterminées par les statuts particuliers.

Les fonctionnaires de l'Etat et ceux des collectivités territoriales appartenant à des corps comparables bénéficient de conditions et de modalités d'intégration identiques. Les fonctionnaires intégrés conservent les avantages acquis en matière de traitement et de retraite.

Cet article constitue une grande nouveauté du titre I dans la mesure où il reconnaît le droit d'accéder à un autre corps que le sien, soit au sein même de la fonction publique à laquelle on appartient, soit d'une fonction publique à l'autre sans obligation de concours ou sans demande de détachement.

Quelques points restent cependant dans l'ombre :

- 1 - La notion de même niveau de recrutement. Prendra-t-on en compte le diplôme ou également l'expérience professionnelle ?
- 2 - La notion de mission comparable (voir encadré) sera-t-elle interprétée de façon large, c'est-à-dire permettant le passage d'un corps administratif à un corps technique, dans la mesure où les fonctions assumées seront proches ?



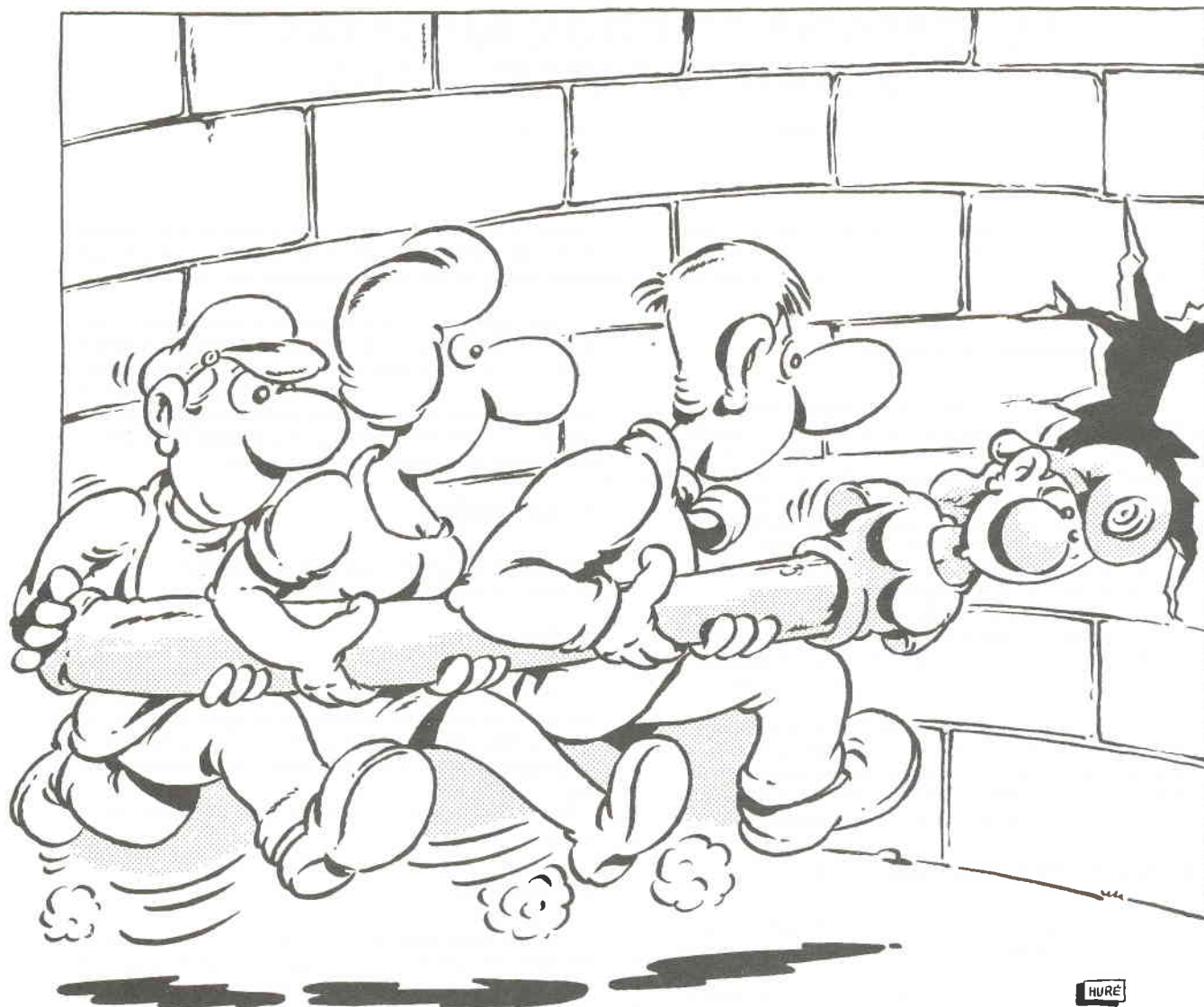
Mobilité entre la fonction publique et le secteur privé

Si cet article 14 ouvre, de façon certes limitative, qualitativement et quantitativement, la possibilité de mobilité interne et horizontale, plus intéressant encore nous paraît être le droit à la mobilité des chercheurs...

Une ouverture du public vers le privé...

L'article 243 du décret du 30 décembre 1983 relatif à leur statut prévoit en effet que « ces fonctionnaires peuvent être détachés dans des entreprises, des organismes privés ou des groupements d'intérêt public lorsque ce détachement est effectué pour exercer des fonctions de recherche, de formation et de diffusion de l'information scientifique et technique », l'article 244 prévoyant quant à lui les modalités de mise à disposition y compris à l'étranger.

Cette ouverture de la fonction publique vers le secteur privé, malheureusement circonscrite au seul domaine de la recherche, nous paraît tout à fait positive mais encore insuffisante.



... et réciproquement

Une ouverture identique devrait être instaurée dans l'autre sens, du privé vers le public, sous réserve de trouver des modalités d'intégration qui permettent de recruter à un échelon indiciaire correspondant à la valeur professionnelle du candidat. Les fonctions publiques ne pourraient que s'enrichir d'expériences acquises dans d'autres secteurs professionnels. De ce point de vue la loi du 19 janvier 1983 relative à la troisième voie d'accès à l'ENA n'est-elle pas la reconnaissance explicite que l'expérience acquise hors du sérail peut être utilement mise au service de l'intérêt général ?

Une trop grande étanchéité règne. Elle est facteur de sclérose. Quand on pense qu'un enseignant n'a jamais, sa propre scolarité comprise, connu d'autre horizon que l'école, comment s'étonner du malaise ? Certes ce n'est pas la seule cause de la crise du système scolaire mais cet « enfermement » n'y est sans doute pas étranger.

...

S'il fallait pour conclure tirer un bilan d'ensemble de la réforme statutaire des fonctions publiques, celui-ci se devrait d'être nuancé quand bien même il demeurerait critique.

Nuancé en effet car il n'est pas sans importance qu'un

ensemble de dispositions statutaires cohérentes se soit substitué aux dispositions du code des communes antérieurement applicables aux agents des collectivités territoriales. La situation de ces personnels, délicate parce que plus directement tributaire des événements politiques, devrait connaître dans l'avenir d'une part une certaine stabilisation, d'autre part de meilleures garanties quant aux conditions de recrutement et d'emploi. Nuancé également car l'optique retenue pour la rédaction de ce dossier, qui est une optique générale, ne nous a pas permis d'identifier et de commenter les rédactions nouvelles de certaines dispositions qui constituent d'incontestables améliorations par rapport à l'ordonnance du 4 février 1959 et sur lesquelles Action Juridique CFDT reviendra.

Nuancé enfin car, même s'il est vrai que la continuité l'a globalement emporté sur le changement, à la fois dans les modalités d'élaboration de la réforme et dans son contenu, il n'en demeure pas moins que quelques orientations nouvelles apparaissent. Elles ont été signalées dans chacune des trois parties de ce dossier.

Il appartient à l'action syndicale de leur donner corps, de les amplifier, de les prolonger dans les statuts particuliers, à défaut les pesanteurs traditionnelles l'emporteraient.

DES TERRAINS D'ACTION IMPORTANTS : LES STATUTS PARTICULIERS

Les statuts particuliers sont un enjeu important pour l'action syndicale, car le statut général permet de les remodeler sur plusieurs points que nous allons examiner successivement.

1 - Regroupement des corps

La publication du nouveau statut n'impose aucune remise en cause particulière pour la fonction publique d'Etat, par contre il n'en va pas de même pour la fonction publique territoriale où doivent se constituer des corps qui n'existaient pas auparavant. Le gouvernement s'est engagé à limiter leur nombre, ce qui induit, compte tenu de la diversité des métiers dans ce secteur, une conception de corps multi-fonction(s) et non plus par métier. Dans ce processus l'Etat ne doit pas être absent.

Il faut là aussi regrouper les corps pour avancer vers une conception de type « filières » même si celles-ci ne sont pas aussi ambitieuses qu'on aurait pu le souhaiter. Cela imposera un processus de reconnaissance des qualifications mieux adapté aux réalités.

Rester dans le schéma actuel de l'Etat ou le reproduire dans les collectivités territoriales c'est se condamner à créer au coup par coup des corps particuliers pour chaque métier nouveau ou chaque fonction nouvelle ou favoriser la poursuite de l'embauche de non-titulaires.

2 - Niveau de gestion des corps

L'article 13 du titre I est explicite : les statuts particuliers sont nationaux, et ce sont eux qui définissent le niveau de gestion des corps.

Pour les collectivités territoriales le niveau de gestion est fixé par les articles 5 et 15 du titre III :

- les catégories A et B relèvent du niveau régional,
- dans les communes employant moins de 200 agents des catégories C et D, ceux-ci relèvent du niveau départemental,
- les autres C et D relèvent de chaque collectivité.

Un effort important est à développer dans la fonction publique d'Etat pour rechercher la décentralisation du plus grand nombre possible d'actes de gestion des corps, y compris s'agissant du recrutement.

3 - Corps comparables ou non entre l'Etat et les collectivités territoriales

L'article 15 (2^e alinéa) du titre I, ainsi que les articles 4, 12, 101 à 103, du titre III, 18 du titre II abordent la question des « corps comparables ». L'article 101 du titre III précise ce que sont les corps non comparables à ceux de l'Etat : ce sont les corps regroupant des « fonctionnaires occupant des emplois qui eu égard aux fonctions et au niveau de recrutement ne peuvent correspondre à des corps comparables », l'article 12 du titre III détermine la procédure de fixation de la liste des corps comparables,

l'article 11 du titre III et 18 du titre II précisent les procédures de médiations, l'article 15 du titre I indique que dans le cas de corps comparables les rémunérations sont identiques.

Cette notion de corps comparable, a été combattue par la CFDT. Elle comporte des risques de bureaucratisation et de centralisme malvenus dans une période où le service public doit évoluer. Alors que d'autres plaideront pour que le plus grand nombre de corps soient comparables, nous devons agir en sens inverse pour laisser place à une plus grande diversité de fait.

4 - La mobilité

Il s'agit là du point évoqué dans le présent dossier, celui de l'application de l'article 14 du titre I.

5 - Formation

Les articles 22 du titre I, 19, 34 et 58 du titre II, et par ailleurs le projet de loi concernant la formation dans les collectivités territoriales traitent de ces questions. Il s'agit de revaloriser la place du perfectionnement dans le processus de formation.

Nous y reviendrons lorsque les textes généraux Etat et collectivités territoriales seront parus.

6 - Notation

L'article 17 du titre I du statut dispose : « les notes et appréciations générales attribuées aux fonctionnaires et exprimant leur valeur professionnelle leur sont communiquées ».

Les statuts particuliers peuvent ne pas prévoir de système de notation ». Voir également les articles 55 et 57 du titre II, 76 du titre III.

Cette possibilité ouverte dans les statuts particuliers de ne pas prévoir de système de notation avait été revendiquée par la CFDT. Le caractère infantilisant de la notation était critiqué depuis de nombreuses années par les syndicats CFDT.

Le débat sur cette question devrait permettre dans l'Education nationale de reposer le problème de l'inspection à laquelle la notation est liée.

7 - Promotion

Articles 19, 26 et 58 du titre II, 79 et 80 du titre III.

8 - Inaptitude

Articles 60 à 63 du titre II, 81 et 82 du titre III.

9 - Liste complémentaire

Article 20 du titre II, 44 du titre III.

Actualité du conflit des logiques

Le conflit des logiques est devenu, au fil des ans, une référence identitaire pour les militants de la CFDT. Mais, au-delà des mots, qu'est devenu cet outil d'analyse pour l'action dans la pratique des militants d'aujourd'hui ? L'outil lui-même n'a-t-il pas vieilli au point d'être considéré comme une vague référence historique aux années 70 ? Relire les articles publiés dans « Action Juridique », mais aussi le premier texte publié en 1977 dans « CFDT Aujourd'hui » (1) sous le titre « Le droit du travail dans la lutte des classes », c'est d'abord replonger dans une période historique fortement marquée par l'idée de lutte des classes. C'est aussi découvrir la permanence de certains problèmes, mesurer aussi le chemin parcouru pour d'autres (rupture en cas de maladie ou invalidité, par exemple).

Au-delà de ces observations immédiates, cette relecture invite à l'évaluation et à l'actualisation du conflit des logiques, à la vérification de ses éléments pertinents pour l'analyse et pour l'action dans un contexte profondément modifié par une décennie de mutations de la société, du syndicalisme, et de la CFDT en particulier.

Le conflit des logiques dans la réflexion des juristes

PRÉSENTATION

● Les deux logiques

« Le droit du travail est, à l'heure actuelle, le lieu d'une bataille entre deux logiques : celle du patronat, qui est souvent celle du droit traditionnel, et celle des travailleurs » (2).

A partir de cette idée, l'hypothèse est que l'analyse du droit du travail peut être conduite de manière à faire apparaître le partage entre, d'une part, les règles (au sens large) qui sont la traduction juridique des intérêts patronaux et, d'autre part, les règles qui répondent aux aspirations des travailleurs.

Mais il ne s'agit pas d'une simple ventilation entre « bons textes » ou « mauvais textes ». Il s'agit, à partir d'un travail d'analyse du droit existant, de mettre en évidence les principes, les modes de raisonnement et les concepts qui sous-tendent chacune des deux logiques. A

titre d'exemple toujours actuel, et déjà cité en 1977, il y a la logique de la réintégration (remise en l'état) opposée à la logique de la réparation par indemnisation (art. 1142 du Code civil). Le débat sur la nullité de certains licenciements (gréviste, femme en congé de maternité...) relève de cette problématique.

A ce stade la théorie s'inscrit en faux contre une vision « neutre » du droit ; elle souligne que la contradiction est au cœur même de l'ordonnement juridique, ce qu'un auteur appelle le « double visage » des normes en droit du travail (3).

● Les faits et le droit

L'article publié en 1978 par « Action Juridique » s'inscrit dans le prolongement de la réflexion initiale, en s'efforçant de la concrétiser de manière pédagogique. Si l'aspect théorique n'est pas absent, c'est surtout la méthode d'analyse qui retiendra l'attention.

L'article est construit autour de trois démarches classiques de l'activité juridique : l'appréhension des faits, la qualification juridique, l'interprétation du droit. Mais il innove en replaçant les faits, l'appréhension contradictoire des faits au cœur de la problématique juridique et judiciaire. Il donne un fil conducteur qui permet de ne pas séparer l'action syndicale de l'action juridique et judiciaire. Cette idée d'unité de l'action syndicale est d'ailleurs fortement soulignée dans l'introduction : « *Il n'y a qu'une seule action que, selon les circonstances, les travailleurs mènent sur les lieux de travail ou devant les tribunaux* ».

INFLUENCE ET CRITIQUES

« Sur le terrain de la théorie juridique, les années 70 ont été marquées par un mouvement d'idées qui s'est développé sur le thème des « conflits de logiques »... Cette théorie et les discussions auxquelles elle a donné lieu ont puissamment stimulé la réflexion méthodologique » (4).

(1) « CFDT Aujourd'hui » n° 23, janvier/février 1977, p. 3.

(2) Le droit du travail dans la lutte des classes, op. cit. 1977, 1^{re} phrase.

(3) G. Lyon-Caen, « A propos de quelques ouvrages de Doctrine », Droit Social 1978, p. 292.

(4) G. Couturier - Droit du travail t. 1 n° 39 PUF - 1990.

Ce bref extrait d'un ouvrage récent souligne l'influence remarquable de la théorie du conflit des logiques dans la réflexion des juristes. Mais la présentation la plus complète de cette théorie et sa discussion se trouvent dans le traité d'Alain Supiot (5).

L'auteur souligne lui aussi le caractère novateur de cette réflexion syndicale sur le droit qui ne se contente pas de rechercher l'application du droit existant mais vise à sa transformation, à la consécration de nouveaux droits au bénéfice des salariés (5 bis).

Quant à la valeur de la théorie, A. Supiot distingue le point de vue juridique et le point de vue sociologique. « *Du point de vue strictement juridique, son intérêt paraît difficilement contestable... Elle fournit en effet d'utiles instruments d'analyse, qui rendent possible une appréhension nouvelle de problèmes spécifiques au droit du travail, en émancipant la recherche des catégories de pensée issues du droit des obligations* » (6). Mais l'auteur exprime ses réserves sur la valeur sociologique de la théorie. Il récuse en particulier la liaison entre conflits de logique juridique et conflits de classes, qui « *méconnaît l'autonomie des catégories juridiques par rapport au vécu social* », et ajoute : « *La prétendue logique des travailleurs ne saurait donc être une explication sociologique du droit du travail. Elle recouvre en réalité une stratégie juridique conçue et réalisée par un appareil syndical...* »

D'autres réserves ou critiques (7) se sont exprimées sur la valeur juridique de la théorie. Pour G. Couturier (8), « *cette théorie suppose réalisable une opération intellectuelle particulièrement hasardeuse : le repérage dans chaque concept, dans chaque méthode de raisonnement, dans chaque moment de la mise en œuvre des règles de ce qui relève de la logique des employeurs et de ce qui relève de la logique des travailleurs* ». Cette difficulté intellectuelle constitue le point d'achoppement de la méthode, ce qui conduit l'auteur à classer le conflit des logiques dans « les débats d'hier ». Nous verrons que cette critique doit être relativisée.

Réévaluer aujourd'hui la théorie du conflit des logiques, c'est s'interroger sur son degré de pertinence comme instrument de lecture des rapports sociaux, mais aussi comme méthode d'analyse et d'action syndicale sur le terrain judiciaire et sur celui de la création des normes en droit du travail.

Conflit des logiques et rapports sociaux

Sans prétendre caractériser ici toutes les évolutions qui ont transformé le paysage économique, social et culturel de la décennie écoulée, deux éléments méritent une attention particulière au regard de la théorie du conflit des logiques.

L'ÉVOLUTION DU SALARIAT

Le premier tient à l'évolution du salariat et des formes d'emploi, qui réduit la pertinence d'une approche trop globalisante des rapports sociaux. Prendre conscience de la diversité du salariat, de la diversification des formes d'emploi qui s'est opérée pendant la décennie écoulée conduit à rechercher des cadres d'analyse plus aptes à rendre compte de cette diversité. La montée du chômage a fait éclater le modèle ancien de protection construit autour du contrat à durée indéterminée, de l'emploi à plein temps et de l'horaire collectif de travail dans la grande entreprise industrielle. Il a fallu passer de l'unité au pluralisme des modèles de protection pour tenter de répondre à l'accroissement des inégalités qu'engendrent les évolutions de l'emploi. La recherche d'un statut adapté à la situation des intérimaires faisant une grande place à la négociation illustre l'engagement de la CFDT dans cette voie.

Reconnaître cette diversité, c'est aussi admettre que les intérêts de certains groupes peuvent entrer, à court terme au moins, en conflit avec l'intérêt immédiat d'autres groupes de travailleurs. La pression sur l'emploi avive ces tensions. Dans cette perspective, l'intérêt collectif dont le syndicat est porteur résulte d'un arbitrage nécessaire, d'un choix qui s'inscrit dans une vision globale à plus long terme de l'intérêt collectif.

LOGIQUE SYNDICALE ET LOGIQUE DES TRAVAILLEURS

Parallèlement à la diversification du salariat, l'affaiblissement du syndicalisme dans les années 80 a conduit à s'interroger sur sa capacité

(5) Traité de droit du travail, tome 9, « Les juridictions du travail », paru chez Dalloz en 1987.

(5 bis) cf. A. Supiot, p. 83 et s., spécialement les développements sur la notion de « luttes juridiques ».

(6) A. Supiot, op. cit. n° 84.

(7) cf. également G. Lyon-Caen, article précité, qui constitue une critique indirecte de la théorie.

(8) G. Couturier - Pour la Doctrine - Etudes offertes à G. Lyon-Caen, Dalloz 1989, p. 221 et s.

à représenter valablement l'ensemble des travailleurs (et notamment les chômeurs). Si l'interrogation sur la représentation ne concerne pas exclusivement aujourd'hui les syndicats mais toutes les formes de représentation collective (y compris la représentation politique), la représentation syndicale en France a des caractéristiques spécifiques dont les faiblesses sont apparues avec le développement de la négociation collective (9).

Dès lors, peut-on continuer à raisonner en assimilant purement et simplement logique syndicale et logique des travailleurs ? A l'évidence non, même si l'on est convaincu que le syndicat est le meilleur agent de la défense des intérêts individuels et collectifs des travailleurs.

Ce qui vaut pour les travailleurs et le syndicat vaut aussi pour le patronat. Même si elle est peu apparente, l'hétérogénéité du monde patronal n'en est pas moins certaine, la discussion est vive sur la répartition des pouvoirs entre organisations patronales et entreprises.

C'est dire que l'analyse des rapports sociaux, qui sous-tend à l'origine la théorie du conflit des logiques, a été largement remise en cause par la CFDT elle-même au cours de la décennie écoulée. N'en subsiste pas moins la permanence des conflits d'intérêts et la conflictualité des rapports sociaux, dont l'analyse doit rendre compte pour assurer une action efficace de défense des intérêts collectifs des travailleurs.

Conflit des logiques sur le terrain judiciaire

C'est sans doute l'aspect méthodologique de la théorie (plus que ses fondements idéologiques) qui explique la permanence de son utilisation par les militants de la CFDT. Le conflit des logiques, c'est d'abord aujourd'hui un instrument d'analyse du rapport fait/droit pour l'action syndicale dans sa dimension judiciaire, si l'on veut bien admettre que le droit est une composante essentielle de cette action. Mais pourquoi, même coupée de ses racines idéologiques, la théorie du conflit des logiques garde-t-elle une grande pertinence dans le champ judiciaire ?

SPÉCIFICITÉ DU TERRAIN JUDICIAIRE

Le procès a cette particularité de révéler un aspect de la conflictualité des rapports entre employeurs et salariés à propos d'un litige déterminé soumis à l'arbitrage du juge. Gouverné

par le principe du contradictoire, le procès permet une confrontation qui peut être révélatrice d'enjeux collectifs.

L'identification de deux parties au procès, salarié(s) d'un côté, employeur(s) de l'autre, permet d'ordonner deux chaînes de raisonnement à partir de l'idée de conflit de logiques. Cette configuration particulière du procès explique la pertinence de la méthode dans ce champ.

LES ENJEUX DU PROCÈS

Si la démarche méthodologique peut être commune à l'ensemble des procès, les enjeux de ceux-ci sont en revanche très variables.

Une part importante du contentieux en droit du travail, et spécialement du contentieux prud'homal, ne comporte pas d'enjeu réel sur le terrain du droit lui-même. Il s'agit d'un contentieux pour l'application de la règle où l'essentiel se joue dans l'appréhension des faits.

Mais le procès prend une autre dimension s'il s'agit d'interpréter la règle de droit, règle conventionnelle ou légale. Dès lors, l'enjeu ne concerne plus exclusivement les parties au procès mais peut concerner l'ensemble des salariés d'une branche ou tous les salariés. A titre d'exemple, les juridictions ont eu à se prononcer sur les actions intentées par des salariés pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, fondées sur une contestation de la réalité du motif économique invoqué par l'employeur, alors que ces salariés avaient accepté une convention de conversion. S'appuyant sur la rédaction de l'article L. 321-6 alinéa 3 (rupture du fait du commun accord des parties), des employeurs soutenaient l'impossibilité d'un tel contrôle judiciaire. Dans plusieurs arrêts du 29 janvier 1992, la Cour de cassation a tranché en faveur de la thèse défendue par la CFDT en ces termes : « *Il résulte des articles L. 321-6 et L. 511-1 du Code du travail que la convention de conversion qui entraîne la rupture du contrat de travail d'un commun accord des parties implique l'existence d'un motif économique qu'il appartient au juge de rechercher en cas de contestation* » (10).

LES CONFLITS D'INTERPRÉTATION

En tant que démarche syndicale, l'analyse en termes de conflit des logiques implique la mise en évidence des conflits d'interprétation en

(9) cf. G. Borenfreund, « La représentation des salariés et l'idée de représentation », *Droit Social* 1991, p. 685 et s.

(10) *Syndicalisme* du 27 février 1992, p. 14.

droit du travail, des problématiques implicites ou explicites qui sous-tendent les débats et les solutions judiciaires. Le droit des rapports collectifs de travail offre de multiples exemples de ces conflits de problématiques dans l'interprétation du droit.

Il suffit d'évoquer les débats persistants sur la preuve de l'existence de la section syndicale lors de la désignation des délégués syndicaux, sur le contrôle de l'utilisation des heures de délégation, qui opposent la vision syndicale fondée sur l'idée de liberté collective et la vision patronale fondée sur une logique de contrôle et donc d'affirmation des pouvoirs du chef d'entreprise. De même sur la grève, la démarche syndicale en termes de libertés publiques s'oppose à une certaine vision civiliste qui a longtemps dominé le droit jurisprudentiel de la grève (11). Citons encore le conflit de problématiques sur la discrimination qui privilégie la liberté du chef d'entreprise au détriment du principe d'égalité dans une démarche qui reste en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (12).

Contrairement à ce qu'affirme G. Couturier, la démarche en termes de conflit des logiques n'implique pas le repérage dans chaque concept, dans chaque méthode de raisonnement, dans chaque moment de la mise en œuvre des règles de ce qui relève de l'une ou l'autre logique. Elle est une construction qui s'inscrit dans une dynamique de transformation du droit et qui prend appui sur des principes, des modes de raisonnement, des méthodes d'interprétation (13) appliquées aux questions touchant à l'intérêt collectif des salariés. Cette construction n'est pas arrêtée une fois pour toutes dans le détail, même si les orientations générales ont une permanence certaine. L'évolution rapide des textes dans la décennie écoulée a fait régulièrement apparaître des questions qui nécessitaient la construction de démarches interprétatives adaptées.

L'ÉLARGISSEMENT DU CHAMP STRATÉGIQUE

Traditionnellement la CFDT a privilégié le contentieux sur le droit collectif, c'est-à-dire le contentieux sur le droit syndical, la représentation du personnel, la grève et le droit de la négociation collective (surtout depuis 1982). Ce sont là les champs traditionnels de la prise en charge CNAS et de la mise en œuvre de la stratégie judiciaire.

Les évolutions de la décennie écoulée, mais aussi l'investissement sur le terrain prud'homal ont mis au centre des préoccupations syndicales de la CFDT l'emploi, la négociation collective et les droits individuels des salariés. La réforme de la CNAS adoptée au congrès de Paris en 1992 et dont la mise en œuvre a démarré en 1993 (14) traduit au plan des moyens pour l'action judiciaire cet élargissement des préoccupations.

Dès lors le choix des actions en justice, le contentieux prud'homal lui-même doivent être réexaminés dans une perspective stratégique. Il s'agit de faire émerger du contentieux individuel, souvent traité exclusivement comme tel, la part d'intérêt collectif qu'il contient. L'intervention du syndicat au nom de l'intérêt collectif de la profession (15) doit être systématiquement recherché pour faire apparaître ces enjeux dans le débat judiciaire. La prise en charge de la défense des adhérents par la CNAS et la coordination des actions qu'elle implique, y compris avec notre réseau d'avocats, est de nature à permettre cet élargissement de la stratégie judiciaire de la CFDT.

Conflit des logiques et création de normes

Depuis 1981, l'intérêt stratégique de l'action judiciaire a été relativisé par la possibilité offerte de réforme des textes légaux et réglementaires, mais aussi par le développement de la négociation collective.

L'action syndicale visant au changement ou à la création de normes peut-elle aussi s'analyser en termes de conflit des logiques ?

Dans une vision très globale de l'action normative, l'idée de conflit des logiques traduit bien la conflictualité inhérente aux rapports de travail et les conflits d'intérêts qui s'expriment à l'occasion de toute élaboration normative, qu'elle soit légale ou conventionnelle. Mais le contenu de la norme ne peut s'expliquer exclusivement à partir d'une vision patronale homogène confrontée à une logique syndicale qui serait elle-même homogène. Nous sommes ici

(11) La grève au sens des libertés publiques - Syndicalisme n° 2196 du 4 février 1988.

P. Lanquetin - Les conflits collectifs - Droit social, juillet/août 1988 p. 577.

(12) M.-T. Lanquetin - « La notion de discrimination en droit européen », Syndicalisme du 1^{er} mars 1990 p. 14.

(13) Importance de la méthode téléologique qui privilégie la finalité des textes.

(14) Cf. Dossier CNAS - Syndicalisme 7 janvier 1993.

(15) Voir Action Juridique n° 97 et 98 « Les actions du syndicat devant les juridictions judiciaires ».

en présence de configurations complexes d'acteurs où se mêlent des conflits de logiques et des conflits de pouvoirs.

LA NORME ÉTATIQUE

Le débat se noue à partir des objectifs et de la stratégie de trois grandes catégories d'acteurs, Etat, organisations syndicales, organisations patronales. Il peut porter sur le principe même de l'intervention législative et, si cette étape est franchie, sur le contenu de la norme. A titre d'exemple, la CFDT demande une intervention législative pour fixer des garanties minimales sur le travail de nuit avec renvoi à la négociation collective pour compléter le dispositif protecteur à élaborer. Ce faisant, elle défend l'intérêt collectif de l'ensemble des salariés qui à défaut peuvent se voir imposer, à la seule initiative des employeurs, le travail de nuit. Dans ce débat, les employeurs invoqueront la liberté de gestion des entreprises afin de sauvegarder leurs pouvoirs dans l'organisation du travail. Pour autant que cette étape soit franchie (ce qui n'est pas le cas aujourd'hui), le conflit se déplacera sur le contenu de la norme à promouvoir. S'agissant d'intervention législative, les choix politiques de la majorité au pouvoir influenceront tant la nature des interventions que le contenu de la loi (16). Au-delà, le poids respectif des forces en présence à un moment donné, le rapport de forces, détermine le point d'équilibre susceptible d'être trouvé.

LA NORME CONVENTIONNELLE

Ce qui vaut pour la loi vaut également pour la négociation collective, à ceci près que le rôle de l'Etat n'est ici qu'indirect ; il peut inciter (exemple, les négociations bas salaires), encourager (par des aides telles que contrat d'études prospectives (17) ou les engagements de développement de la formation professionnelle (18)), mais en définitive l'exercice de la fonction normative relève de la responsabilité des acteurs eux-mêmes. Le conflit des logiques est ici un conflit direct entre forces syndicales et forces patronales.

S'agissant toujours de la négociation collective, le conflit aujourd'hui n'est pas seulement un conflit sur l'opportunité de la norme ou son contenu, il est aussi un conflit sur les règles de la négociation. Pour ne citer que deux exemples, rappelons le conflit judiciaire sur le niveau de l'obligation annuelle de négocier

(entreprise ou établissement) tranché par deux arrêts de la Cour de cassation (19), et le conflit d'abord judiciaire sur les règles de la révision des accords et conventions (affaire Basirico c/ Montenay) et l'adoption d'une réforme législative contenue dans la loi du 31 décembre 1992 (20), loi adoptée après un large processus de confrontations entre forces syndicales et patronales. La même analyse en termes de conflits des logiques peut être conduite sur la négociation de branche ou d'entreprise, en tenant compte du fait que le conflit s'inscrit dans un périmètre plus limité où le degré d'organisation et la force des acteurs peuvent être très variables.

CONFLIT DE LOGIQUES ET CONFLIT DE POUVOIRS

Le contenu de la norme, qu'elle soit étatique ou négociée, relève pour partie au moins d'une analyse en termes de conflit des logiques. Ainsi, la démarche reste pertinente pour l'examen des propositions d'accord émanant de la partie patronale ; une attention particulière sera portée aux notions juridiques utilisées pour éviter d'avaliser des qualifications de nature à rompre l'équilibre des garanties reconnues aux salariés (par exemple sur les qualifications de la rupture du contrat de travail).

Cependant, l'élaboration des normes ne relève pas exclusivement d'une telle analyse. Elle implique une analyse des conflits de pouvoirs qui se manifestent à l'occasion de l'élaboration normative. Conflits de pouvoirs entre l'Etat et les acteurs sociaux sur le champ de compétence légitime de chacun. Conflits de pouvoirs entre organisations patronales et entreprises, conflits enfin entre organisations syndicales elles-mêmes qui rendent difficile l'émergence d'une logique commune exprimant l'intérêt collectif des salariés. Le contenu de la norme est aussi la résultante de ces conflits.

Pierre LANQUETIN

(16) Cf. La réforme du droit du licenciement économique en 1986 illustre le rôle que peut jouer une majorité politique qui assoit des engagements électoraux sur des thèses patronales.

(17) Circulaire DFP n° 93-5 du 10 février 1993.

(18) Circulaire DFP n° 93-2 du 10 février 1993.

(19) Soc. 21 mars 1990, CFDT c/ SAF Action Juridique n° 78 sept. 1989 p. 19.

Crim. 4 décembre 1990, Lepoutre et autres c/CFDT, Action juridique n° 92, p. 21.

Cf. Action Juridique n° 86 janv. 1991, Les acquis jurisprudentiels récents, p. 13.

(20) Cf. les articles de Syndicalisme Hebdo du 1/12/90 p. 14 et du 25/02/93 p. 14 - Révision des conventions et accords.

Effectivité des règles en droit du travail

Le droit du travail français est marqué par un paradoxe de fond. D'un côté, l'état du droit exprimé par les règles législatives, réglementaires et conventionnelles a atteint un niveau considérable avec un développement sans cesse croissant ces dernières années. En même temps, sur le terrain, le constat est fait de profondes difficultés à faire respecter les règles existantes, voire même d'une certaine impuissance à modifier la réalité des rapports de travail et les comportements des employeurs. Ainsi se pose un vrai débat sur l'effectivité des règles en droit du travail. Ce débat s'exprime souvent à travers la question des sanctions. Mais si la question des sanctions — civiles ou pénales — est essentielle, il faut aussi porter un regard sur le sens et l'objectif de la règle elle-même. De ce point de vue, une clarification sur l'objectif normatif et la mise en œuvre d'obligations qu'il implique est nécessaire. De la même manière, on ne peut éviter d'aborder la situation spécifique des règles conventionnelles alors même que la CFDT prône le développement de la négociation collective. C'est autour de ces thèmes que nous développerons quelques réflexions, sans prétendre à une quelconque exhaustivité s'agissant plus d'interrogations que de certitudes.

L'objectif normatif

La première réflexion sur l'effectivité et l'application des règles en droit du travail renvoie à la fixation de celles-ci et à l'objectif poursuivi. Dans une approche « civiliste » d'égalité des parties, le débat est largement ouvert. En effet, l'égalité présumée des parties — salarié, employeur — et le caractère privé des relations nouées renvoient au domaine de la liberté contractuelle. Dès lors, la première interrogation porte sur l'opportunité même de fixer des règles qui encadrent cette liberté et limitent l'autonomie des acteurs. En admettant même la nécessité de fixer un minimum de règles au jeu contractuel, celles-ci peuvent prendre des formes plus ou moins contraignantes allant de l'incitation à des obligations réciproques précises, sachant que le postulat d'égalité et de liberté contractuelles est par nature antinomique d'une optique « réglementariste » des relations de travail.

L'approche « travailliste » conduit à des développements très différents. Le point de départ, à l'opposé de la démarche civiliste, est largement appuyé sur un constat d'inégalité entre les parties et l'existence d'une subordination du salarié à l'égard de l'employeur. Ce lien de subordination caractérise d'ailleurs le contrat de travail qui est plus proche d'un contrat d'adhésion que d'un contrat librement conclu dans un rapport d'égalité.

En effet, l'employeur fixe le plus souvent unilatéralement les conditions d'emploi et de travail, au salarié de les accepter ou non. Une fois le contrat conclu, c'est l'employeur qui dirige, organise et « réglemente » la prestation et la relation de travail. Cette analyse conduit alors à la nécessité de fixer des règles protectrices pour les salariés, qui non seulement encadrent mais limitent le pouvoir unilatéral de l'employeur. Il s'agit alors de règles contraignantes imposées à l'employeur : salaires minima, horaires maxima, droit au repos, protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, droit à la représentation et à la négociation collective...

Cette clarification sur les approches revêt en pratique une importance décisive. L'existence d'une relation inégale et subordonnée amène à une double exigence :

- il faut des règles organisant une protection minimale des salariés,
- les règles poursuivent un objectif normatif qui vise à établir des obligations pour les employeurs.

À partir de cette analyse, l'efficacité des règles repose largement sur la définition d'obligations précises qui s'imposent de façon impérative. Cela suppose immédiatement que l'application des règles fixées ne dépende pas seulement de la bonne volonté des employeurs mais que les salariés bénéficiaires puissent en obtenir la mise en œuvre « forcée » si cela est nécessaire.

La portée des obligations

La poursuite de l'objectif normatif tenant compte de l'inégalité des parties dans le rapport de travail renvoie donc au problème central des obligations pesant sur l'employeur et aux sanctions destinées à assurer leur pleine application.

La question des obligations est importante. En effet, la règle voulue protectrice aura d'autant plus d'effectivité que seront fixées des obligations précises et concrètes. Un exemple illustrera le propos. L'article L. 241-10-1 précise que l'employeur est tenu de prendre en considération les propositions du médecin du travail relatives à l'état de santé et l'aptitude des salariés. Le cas échéant, l'employeur doit s'expliquer sur son refus d'y donner suite... Cet article, en pratique, a posé de grandes difficultés tenant à l'incertitude de l'obligation qui pèse sur l'employeur. Doit-on entendre que l'obligation se limite à une justification formelle en cas de refus de suivre l'avis du médecin du travail ? Ou bien, l'employeur a-t-il une véritable obligation de reclassement en cas d'inaptitude par exemple, obligation qui lui impose une recherche

active de toutes les solutions possibles en vue de trouver un poste ou un emploi adapté à l'état de santé du salarié ? On voit bien le conflit de logiques qui oppose liberté d'organisation du chef d'entreprise et droit du salarié à un emploi préservant son état de santé. Malheureusement, la rédaction « floue » de l'article L. 241-10-1 a pesé pendant plus de vingt ans. Ce n'est que très récemment que la jurisprudence a commencé à dégager l'idée d'une véritable obligation de reclassement.

On pourrait multiplier les exemples. Sur le fond on voit bien l'importance déterminante à fixer des obligations claires, précises et sans ambiguïté. Dans le cas contraire, ce sont les salariés qui font les frais des incertitudes et nombre de règles apparemment protectrices sont ainsi dépourvues de toute portée pratique.

LA QUESTION DES PRINCIPES

En droit du travail, comme dans d'autres branches du droit, il existe des principes dont la transcription ne peut être très précise en termes d'obligations. Ainsi, l'article L. 122-45 dispose dans son premier alinéa : « *Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement, aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de sa situation de famille, de son appartenance à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses ou, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail dans le cadre du titre IV du livre II du présent code, en raison de son état de santé ou de son handicap.* » La sanction de la violation de ces principes de non-discrimination est connue : c'est la nullité (article L. 122-45-3e alinéa). Mais pour autant, l'employeur se voit-il imposer, prescrire des obligations très précises ? D'évidence non. D'ailleurs, est-il possible, voire souhaitable de fixer un contenu très précis à ces principes ? On peut se poser la question. Fixer un contenu très précis peut restreindre la portée même de ces principes et s'avérer à court terme inutile car en décalage par rapport aux faits et pratiques. La norme paraîtra inadaptée, une réforme sera nécessaire.

Or un principe a besoin de temps pour s'imposer, entrer dans les têtes des divers acteurs (salariés, employeurs, juges, avocats, syndicalistes...) et influencer sur leur comportement. Il doit aussi pouvoir s'adapter aux changements sociaux, suivre leur évolution ; c'est là toute sa force. Bien sûr, cette adaptation constante ne se réalise pas d'elle-même. La « norme-principe », pour vivre, s'adapter, doit être utilisée par des acteurs. Là encore, on voit l'importance de ces derniers et la nécessité pour eux d'intégrer ces principes. A ce stade, on est amené à se pencher sur l'« effectivité », voire l'efficacité des « normes-principes ». Par exemple chacun sait que des refus d'embauche discriminatoires se pratiquent tous les jours. Que fait la loi ? Quel rôle joue le principe ? Aucun... serait-on tenté de dire. A tort peut-être. Car, là encore, la « loi » ne se met pas en pratique toute seule ; elle doit être actionnée. Et puis, peut-on mesurer aujourd'hui le degré d'influence de ces « normes-principes » sur le comportement, notamment des employeurs ? C'est impossible, il n'existe pas d'instrument de mesure adapté. Cependant le seul fait que des principes existent, soient écrits, même en étant insuffisamment utilisés, est susceptible de modifier les comportements.

La question des sanctions

La question des sanctions est largement interactive avec le problème des obligations. Il ne peut en effet y avoir de sanctions sans obligations claires, pas plus il n'y a de véritables obligations sans sanctions du non-respect de celles-ci.

Bien sûr, les sanctions ne sont pas et ne doivent pas être le mode principal d'application des textes. Le respect volontaire, la capacité des représentants du personnel et des organisations syndicales à veiller et à obtenir leur application sont à tout point de vue préférables.

Il reste cependant que les sanctions occupent une place essentielle, au moins à deux titres. D'une part, elles peuvent constituer un élément dissuasif qui incite au respect des obligations. D'autre part, elles doivent « sanctionner » les cas de non-application. A défaut, les règles fixées n'ont plus de crédibilité. Sur ce dernier aspect, la question des sanctions doit être prise au sens large. Il ne s'agit pas seulement de sanctionner après coup mais aussi de rechercher les mesures contraignantes permettant le respect effectif des textes.

Au regard de ces interrogations, force est de constater l'extrême faiblesse du dispositif civil c'est-à-dire de l'ensemble des moyens de contrainte autres que les sanctions pénales. On peut relever deux difficultés principales. Tout d'abord, la sanction des obligations se traduit le plus souvent par des mesures de réparation pécuniaires. Sans entrer dans le détail et les raisons profondes (issues du Code civil notamment) de cet état de fait, il est très difficile d'obtenir l'exécution forcée des obligations. La plupart du temps, le dommage est causé de façon irrémédiable et le seul débat porte sur la réparation du préjudice et l'obtention de dommages et intérêts après coup. On en voit clairement les conséquences en matière de licenciement. La deuxième difficulté tient à la fois à la timidité des juges français à prononcer des réparations financières significatives et dissuasives ainsi qu'aux différents textes eux-mêmes qui soit ne fixent pas de sanctions soit fixent des sanctions de faible niveau. Sur ces aspects, il suffit de prendre un seul exemple. Le non-respect des procédures de licenciement est sanctionné au mieux par un mois de salaire. Or, si les procédures de licenciement constituent des garanties essentielles (c'est le point de vue de la CFDT), les sanctions devraient être exemplaires. En premier lieu, le salarié devrait pouvoir solliciter une réintégration tant que l'em-

ployeur n'a pas respecté strictement ses obligations. A défaut, la sanction pécuniaire devrait être particulièrement dissuasive. En l'état actuel, ce n'est pas le cas car les règles de procédures sont perçues (et fixées) comme des règles mineures...

Cette faiblesse des sanctions civiles est assez générale en dehors de quelques champs particuliers (cas de nullité de licenciement ; six mois de salaire en l'absence de cause réelle et sérieuse...). Elle pèse lourdement sur le débat relatif aux sanctions pénales. Certes, celles-ci ont leur champ spécifique que tenant à la protection de l'ordre public. Il reste que la demande fréquente de « pénalisation » des règles du droit du travail tient à la relative inefficacité des sanctions civiles. Ceci étant dit, on voit bien qu'une généralisation des sanctions pénales a des limites sauf à faire de l'ensemble du droit du travail un dispositif « policier » exclusivement fondé sur le contrôle et la répression. Il y a là un vrai problème et on ne peut s'interroger sérieusement sur la place des sanctions pénales sans aborder simultanément la question des sanctions civiles.

La spécificité des règles conventionnelles

L'ensemble des interrogations développées concernent particulièrement les règles conventionnelles c'est-à-dire fixées par conventions et accords collectifs.

En premier lieu, les négociateurs n'ont pas toujours présente à l'esprit la dimension juridique des règles qu'ils négocient. Il y a une difficulté réelle à passer d'objectifs revendicatifs à la transcription en règles opérationnelles fixant des garanties et des obligations concrètes et précises.

Cette difficulté est accrue par deux facteurs. La pluralité (et la division parfois) des organisations syndicales ne permet pas souvent d'élaborer des propositions uniques et portées par tous. L'autre facteur, lié au précédent, tient au fait que la rédaction des accords et des règles conventionnelles est la plupart du temps assumée et maîtrisée par la partie patronale. Les organisations syndicales interviennent alors par amendements. Même si elles obtiennent des avancées significatives, elles restent néanmoins dans un rapport d'infériorité puisque le texte servant de base aux discussions est d'origine patronale.

Le résultat en est des textes qui souvent, compromis oblige, manquent de cohérence et

de clarté et en même temps, paradoxe, sont écrits par ceux-là même sur qui pèsent les obligations, c'est-à-dire les employeurs.

Au regard de ces difficultés, la négociation est en France un exercice difficile si l'on veut obtenir des règles précises et des obligations contraignantes à la charge des entreprises.

On peut ajouter à ces difficultés le problème des sanctions. Sur ce point tout reste à faire. En effet, les règles conventionnelles n'ont généralement pas de sanctions définies, ce qui pose des redoutables problèmes quant à leur application.

En pratique, cela aboutit à deux situations. Soit l'intervention de l'Etat est nécessaire par une reprise législative ou réglementaire pour fixer les sanctions. Soit la seule sanction possible est l'obtention de dommages et intérêts devant le juge avec toutes les réserves que nous avons évoquées précédemment. On peut d'ailleurs remarquer qu'en l'absence de sanctions étatiques le résultat des actions devant les tribunaux se limite généralement à obtenir l'exécution des avantages salariaux prévus par les accords. Dans ce contexte, les employeurs ont tout intérêt à ne pas respecter les textes conventionnels et attendre d'être poursuivis par les salariés...

On peut élargir la réflexion, au-delà des sanctions, au rôle des partenaires sociaux dans l'interprétation et l'application des textes qu'ils sont signés.

Certes, il existe en principe des commissions paritaires d'interprétation, mais leur rôle est insuffisamment développé et reconnu. Tout d'abord il y a de réelles difficultés de fonctionnement tenant notamment aux réticences de la partie patronale qui hésite généralement à s'engager sur des avis d'interprétation clairs et contraignants pour les entreprises. Il y a aussi l'attitude des juges qui refusent de donner à ces avis, lorsqu'ils existent, une portée réelle et obligatoire. Plus largement, les commissions d'interprétation restent également cantonnées à un rôle étroit. Les signataires des accords prévoient rarement l'extension de leurs prérogatives aux problèmes et aux litiges d'application en tant que tels et de ce fait renvoient les salariés lésés à la saisine des tribunaux pour faire valoir leurs droits.

L'effectivité des règles conventionnelles reste donc un vaste chantier à explorer sachant que la situation actuelle est marquée par un important développement du contentieux. Contentieux dont d'ailleurs les signataires ignorent le plus souvent l'existence.

Il y a certainement là un point essentiel sur lequel des avancées sont nécessaires pour donner toute sa place à la négociation collective.

En toute hypothèse, il y a là un débat à poursuivre car nous ne pouvons continuer à accumuler des règles sans regarder leur pertinence et leur application pratique...

Gabriel COIN

Syndicalisme et sources du droit

L'Histoire de la France doit beaucoup au mouvement syndical. Porteur et défenseur de l'intérêt collectif des travailleurs, il a contraint la société à tenir compte de cette dimension.

Les moyens d'action du syndicalisme furent et sont encore multiples. L'article qui suit se veut réflexions sur le rapport entre syndicalisme et sources du droit.

Nul plan académique, nulle recette miracle.. Juste quelques libres propos..

La naissance

La Révolution de 1789, imprégnée d'idéologie

individualiste, égalitaire et libérale jeta les bases qui sous-tendirent la construction du droit « moderne ». Dans le domaine social, la loi Le Chapelier édicta une prohibition générale et absolue de tous groupements libres. Il fallut d'autres révolutions, pour voir, le 21 Mars 1884, reconnaître légalement le droit syndical.

L'histoire du mouvement syndical est ainsi remplie « de bruits et de fureurs », de luttes souvent sanglantes (1). Le syndicalisme a dû attendre près de 100 ans pour faire reconnaître

(1) Voir notamment J.M. Verdier : « Syndicats et droit syndical », volume I - Dalloz.

sa nécessaire existence et sa qualité d'acteur social, face à un patronat campé sur ses prérogatives « de droit divin » et face à un Etat centralisateur plus préoccupé d'économie que de social. Il fallut attendre la loi de décembre 1968 pour que la présence du syndicat dans l'entreprise soit reconnue comme légitime (2).

La résistance

Dans un tel contexte, les organisations syndicales ont été contraintes d'inventer des stratégies de lutte et de résistance, tant dans l'entreprise qu'en dehors de celle-ci. Les organisations syndicales, après avoir élaborées leurs revendications, éprouvaient les plus grandes difficultés à les voir concrétiser. Les patrons et l'Etat ne cédaient que rarement, sous la contrainte. La « régulation » des rapports sociaux était la résultante de rapports de forces. Et la loi avait une place mythique. La négociation collective, si difficile à mettre en œuvre (3), ne paraissait pas efficace. Seule la loi pourrait permettre d'obtenir des avancées et de transformer la société, croyait-on alors. Mais la loi était entre les mains d'un pouvoir de droite, plus proche des intérêts du patronat. C'est à cette époque que la CFDT théorisa le conflit des logiques et mit sur pieds une stratégie judiciaire « pour les temps où la droite est au pouvoir » (4), visant à obtenir des avancées par le biais de la seule voie alors utilisable, celle du contentieux.

La grande illusion

10 Mai 1981. « Le peuple de gauche » arrive au pouvoir. Tout peut changer. Avec la gauche aux commandes de l'Etat, les conditions paraissent enfin réunies d'une transformation profonde. Le syndicalisme va enfin triompher des résistances qui le maintenait en marge. Enfin, il va être reconnu, enfin la loi va répondre à ses aspirations. La Révolution par la loi est en marche.

La CFDT s'investit fortement sur le terrain législatif pour la conquête « de droits nouveaux ».

Las ! Un constat se fait jour peu à peu. La société découvre que la « crise », dont les premières manifestations remontent au choc pétrolier de 1973, est une vraie réalité. Les « lois Auroux » (5) existent et sont un point d'appui, mais pour autant elles ne suffisent pas à faire évoluer les mentalités ni résoudre les difficultés concrètes

des entreprises. Quant à lui, le syndicalisme est bien reconnu comme institution mais pas nécessairement comme acteur véritable.

Le « virage »

Pour sa part, soucieuse de poursuivre le renforcement du syndicalisme et consciente que la loi ne peut tout régler, la CFDT va progressivement investir le champ contractuel. Elle plaide pour des partenaires sociaux responsables qui doivent prendre les choses en main. Eux aussi édicteront des normes en recourant à la négociation collective.

Cette revendication n'est pas unanimement admise.

Elle provoque tout d'abord un choc culturel : elle annonce la perspective de négociations à froid, ce que certains réfutent violemment. Elle ne prend d'autre part en considération que deux sources du droit : la loi et la convention, sans réflexion approfondie sur le sens et la portée de la loi. Elle bouleverse également le rapport à l'Etat. Cette volonté d'autonomie et de responsabilisation des acteurs sociaux met en cause le monopole quasi total de l'Etat comme source réglementaire.

Le débat s'ouvre donc. Débat dans lequel des conflits de logiques et de pouvoirs apparaissent (6).

La nouvelle donne

Ce débat n'est pas clos aujourd'hui. Il n'a d'ailleurs guère évolué, si ce n'est que des négociations se sont engagées, que des accords collectifs, de plus en plus nombreux, ont été signés, à tous les niveaux : de l'établissement à la branche sans oublier le niveau national interprofessionnel. Ces accords s'inscrivent tant dans le cadre de l'obligation annuelle de négocier que dans celui de la démocratisation du secteur public. Mais ils sont aussi le reflet de la volonté des parties.

Pour autant, et c'est peut-être un signe de la place reconnue à la négociation collective, il

(2) Et encore, rappelons-nous que cette loi a été arrachée après une paralysie totale de la France qui ébranla le pouvoir gaulliste.

(3) A cette époque, le CNPF refusait de rencontrer les deux plus grandes centrales syndicales.

(4) Voir supra.

(5) Prises au sens large, c'est-à-dire couvrant la période législative 1982/1983.

(6) Voir article de P. Lanquetin dans ce numéro.

n'existe aujourd'hui, au mieux, que des données quantitatives sur la production contractuelle. Le contenu des accords est un mystère, à peine dévoilé dans le cas d'accords susceptibles d'extension. Personne ne s'est encore intéressé à la collection et à l'analyse des contenus (7). Ceci est très dommageable et permet tous les discours sur cette production. Dans le même temps, l'Etat n'a pas pu ni voulu rester de côté et le Code du travail a vu son volume augmenter de près d'un tiers en 10 ans. Un foisonnement de textes réglementaires a accompagné cette explosion législative : décrets, règlements, arrêtés, toute la palette a été utilisée, sans aucun discernement. Même en présence d'accords collectifs, l'Etat est intervenu. Soit par reprise législative ou réglementaire, soit surtout par voie de circulaires. Il est temps d'arrêter cette course folle. La problématique aujourd'hui doit être de définir les règles du jeu et de déterminer le rôle et la responsabilité des différents acteurs.

Redéfinir le rôle de la loi

Il paraît nécessaire d'affirmer clairement que tout n'est pas négociable. L'Etat a un rôle à jouer que nous ne lui contestons pas. Il est un certain nombre de droits fondamentaux et de libertés qui ne peuvent être remis en cause et qu'il est du devoir de la loi d'édicter et de protéger. L'Etat en est le garant.

Le rôle de la loi est de poser des principes, de donner des cadres en terme de droits fondamentaux et de libertés. La loi ne peut ni ne doit vouloir apporter une réponse à toutes les situations. On ne peut plus raisonner sur un modèle unique de protection. Il faut penser aujourd'hui en termes de protection spécifiques. Tous les travailleurs ne sont plus « identiques ». Ainsi peuvent-ils être titulaires de contrats précaires, ou pire encore sans emploi. Ils peuvent travailler dans de grosses ou petites entreprises, bénéficier ou non d'une couverture conventionnelle...

La loi ne peut plus seule résoudre toutes ces situations. Sinon on aboutit à une vision réglementariste de son rôle (8).

Et c'est cette fonction-là que nous combattons. Elle tue la pertinence de la loi et par là-même son efficacité.

La difficulté vient de ce que la frontière entre le champ d'intervention de la loi et celui de la négociation collective est floue. On peut juste

affirmer que la solution ne réside pas dans l'établissement d'un catalogue figé. Pour illustrer la difficulté des problèmes à résoudre, il n'est que de prendre l'exemple du travail de nuit. Fortement poussée par la CJCE, la France a dû dénoncer la convention 89 de l'OIT, car en posant pour principe l'interdiction du travail de nuit des femmes, cette convention était source d'inégalité entre hommes et femmes, ce qui est contraire au droit communautaire. Pour autant, le gouvernement n'a rien fait d'autre. Ce qui fait qu'aujourd'hui, plus aucun texte ne régit le travail de nuit. Aucune négociation nationale ne s'est ouverte, le législateur n'a pas bougé. Les salarié(e)s se retrouvent face à leur employeur qui, en toute légalité, peut imposer les conditions de travail qu'il désire, aucune obligation de négocier ne pesant sur lui.

Même s'il est illusoire voire malsain d'attendre tout de la loi, ne devrait-elle pas poser un principe sur le travail de nuit, puis définir les conditions et les limites que les partenaires pourraient négocier ?

Le législateur doit admettre que les acteurs sociaux ont un rôle à jouer. Il doit les aider à produire et non les concurrencer. La loi doit jouer un rôle d'aiguillon, comme par exemple elle l'avait fait lors des négociations sur l'intérim, et aurait dû le faire pour le travail de nuit. Elle avait fixé un cadre et un délai aux négociateurs pour réussir. Passé ce délai, elle serait intervenue, à titre palliatif (9).

La priorité semble donc que les différents acteurs se mettent autour de la table pour définir ensemble le rôle de la loi et pour articuler sa place avec celle de la négociation collective.

Des négociateurs responsables

Si l'on reconnaît aux acteurs sociaux une légitimité à intervenir, ceux-ci doivent en assumer pleinement la responsabilité.

La négociation est certes sous-tendue par des options et des stratégies politiques, mais elle aboutit à créer des normes juridiques qui, par le jeu de l'extension, peuvent être applicables au plus grand nombre.

Source de droit, la convention doit être traitée

(7) La CFDT envisage de mettre sur pieds un observatoire des relations professionnelles qui donnera des données qualitatives.

(8) Cette vision réglementariste n'est pas nouvelle. Ainsi les multiples décrets de 1936 voulaient régir toutes les situations, branche par branche, en ce qui concerne la durée du travail. On peut d'ailleurs s'interroger aujourd'hui sur la nécessité ou non de les maintenir.

(9) Accord national interprofessionnel du 24 mars 1990 - Action Juridique n° 86 et n° 87.

comme telle. Ce qui suppose que les acteurs se donnent les moyens de maîtriser aussi la technique juridique.

La coupure traditionnelle entre le politique et le technique est ici particulièrement mal venue, voire même dangereuse. Il est une chose de vouloir aboutir à un accord et de mettre en œuvre les moyens pour que nos exigences soient prises en compte, il en est une autre de se préoccuper de l'effectivité des normes ainsi créées (10).

Il est temps que les partenaires se préoccupent de l'interprétation qui sera donnée aux textes qu'ils élaborent. Pour y aboutir, ils doivent produire des normes claires et contraignantes.

Mais ils doivent aussi arrêter de jouer les contradictions d'un Etat qui, démocratie oblige, peut être alternativement dirigé par la droite ou par la gauche. Les actions de lobbying selon que le gouvernement est proche ou pas de nos convictions, contribuent à l'incohérence de lois qui se font et se défont dans des délais très rapprochés, aboutissant à une très grande instabilité juridique.

Un Etat compétent

Pour autant, l'Etat ne doit pas se croire parfaitement opérationnel. Lui aussi doit se reprendre et repenser ses méthodes.

Dans son dernier rapport annuel (11), le Conseil d'Etat consacre un long développement à la sécurité juridique. Il dresse un réquisitoire très sévère à l'encontre du législateur (12) qui semble pris d'une véritable boulimie de production. Résultat : les lois sont mal faites, dans la précipitation. Elles se multiplient, courant sans cesse après les faits.

La loi va mal. Là aussi, des révisions s'imposent. L'Etat doit réapprendre à légiférer dans de bonnes conditions. Une des suggestions du Conseil d'Etat rejoint ce que nous pensons nécessaire pour les négociateurs, à savoir la maîtrise de la technique juridique.

« ... Le Conseil d'Etat recommande de : ... renforcer la formation juridique des fonctionnaires, notamment en matière de technique rédactionnelle, d'une part, et de droit communautaire, d'autre part ;... »

L'Etat doit lui aussi (ré)apprendre à sortir des contingences politiques. Il ne doit plus utiliser la loi dans un but d'affichage ou d'effet d'annonce. La loi n'est plus aujourd'hui un gage de stabilité. Les lois changent sous la contrainte politique, sans même que les acteurs sociaux

en aient fait la demande. Il n'est que de citer la création du conseiller du salarié. L'Etat ne doit pas se sentir dépossédé lorsque les acteurs sociaux interviennent. Il ne doit pas hésiter à les consulter au préalable.

Force est de constater qu'aujourd'hui en France il n'existe pas de consensus sur une ligne de partage entre la fonction normative de l'Etat et celles des acteurs de la négociation collective. Redonner à la loi toute sa place et ses titres de noblesse, voilà une préoccupation prioritaire de l'Etat.

Des syndicats légitimes

En organisant un colloque sur la rénovation des relations professionnelles, la CFDT met l'accent sur cette autre facette des difficultés actuelles. Pour être reconnus acteurs créateurs de normes, les syndicats doivent être légitimes. Qu'est-ce à dire ?

La loi parle de syndicats représentatifs et en fixe les critères (13). Elle parle également de syndicats représentatifs au plan national (14) et de présomption de représentativité (15). Mais ne dit mot sur la légitimité.

Cette légitimité, acquise au fil du temps, devra donc être consolidée. A la fois auprès des pouvoirs publics, du patronat mais aussi des salariés.

L'audience recueillie lors de consultations professionnelles et nationales, comme récemment les élections prud'homales, est un élément à prendre en compte. Mais s'agissant de la mission de négociation, les syndicats ne peuvent s'en contenter. Ils ont à (ré)inventer des pratiques de mise dans le coup des salariés, ils ont à faire preuve de leur capacité d'écoute et de traduction des aspirations, ils ont à convaincre de leur aptitude à faire des propositions inscrites dans un projet et à mener à leur terme des négociations. Ils donneront ainsi une image positive et concrète de leur mission de négociation, mieux articulée avec leurs autres missions.

Catherine BATTUT

(10) Voir article de G. Coin dans ce numéro.

(11) Voir Action Juridique n° 97, p. 15.

(12) Il est à noter que le législateur apparaît plus comme un prolongement de l'Etat que comme une source de proposition de textes. Le parlement adopte essentiellement des projets de loi préparés par le gouvernement et les administrations centrales.

(13) Voir art. L. 133-2 du Code du travail.

(14) Voir arrêté du 31 mars 1966.

(15) Voir art. L. 412-5 du Code du travail.

Fonctions Publiques : le déclin de l'empire statutaire ?

Près de dix ans après la publication de la première loi constituant le statut général des fonctionnaires, notre titre un rien provocateur se veut l'écho et la poursuite des réflexions menées dans cette revue en 1984. Qu'on se rassure : le statut général vit. Il s'est enrichi d'un quatrième titre en 1986, avec la publication du statut des fonctionnaires hospitaliers. Un travail considérable d'élaboration réglementaire a permis que la plupart des décrets généraux d'application des statuts de chacune des trois fonctions publiques voit le jour. De même, l'essentiel des statuts particuliers des fonctionnaires territoriaux et hospitaliers sont en place (ceux des fonctionnaires de l'Etat effectuant leur mise en conformité plus lentement). En reprenant (dans le désordre) les thèmes abordés en 1984, on mesurera une partie du chemin parcouru.

Ce cheminement démontre en soi que l'élaboration statutaire de 1982-1983 n'a heureusement pas accouché d'un monstre juridique gravé dans le marbre et fermé à toute évolution. Comme ceux qu'il organise, le statut des fonctionnaires s'adapte. Ainsi fut vaine notre crainte d'une vision par trop dogmatique de la réforme entreprise alors.

Droits collectifs : vrais et faux débats

Notre commentaire du statut en 1984 décelait dans le débat code ou statut une certaine forme de crispation statutaire, mettant en parallèle les expressions de la CFDT et de la CGT. Avec le recul, la pertinence des oppositions de l'époque paraît bien émoussée. Certes, la conception cégétiste développée alors, souhaitant unifier dans un seul texte les règles concernant l'ensemble des quatre millions et demi de fonctionnaires, paraît toujours aussi inadaptée. Une telle conception n'a plus cours, comme le montre l'utilisation de l'expression « les fonctions publiques » par l'ensemble des acteurs sociaux. Nous avons donc gagné sur le principe d'une conception pluraliste des fonctions publiques, ce qui était la première motivation de la revendication d'un « Code des fonctions publiques ». Mais nous avons omis de réfléchir à l'époque sur la signification d'un statut pour les fonctionnaires. Un détour par la réalité des pays de

l'ancien bloc socialiste montre l'intérêt d'une telle réflexion. Car ce qui a prévalu dans ces pays jusqu'en 1990, ce fut une fonction publique régie par les dispositions du Code du travail, en fait totalement asservie à l'Etat-parti. Et la première préoccupation des nouvelles démocraties aura été de mettre en place un statut pour leurs fonctionnaires, c'est-à-dire une conception du fonctionnement du service public qui donne à ses agents les moyens légaux d'assurer sa neutralité par rapport au pouvoir politique. Ainsi, l'histoire démontre de nouveau le lien existant entre démocratie politique et statut des fonctionnaires.

Ce qui n'interdit nullement les évolutions, comme celles en cours en Italie : la neutralité politique du fonctionnaire y est toujours protégée par la loi (ainsi d'ailleurs que l'efficacité du service public), les règles de gestion définies dans ce cadre relevant désormais de la négociation collective avec l'élaboration de conventions collectives sur le modèle du droit du travail.

Autre thème abordé en 1984 : la place de la négociation. La publication du statut général n'a guère modifié la ligne de partage juridique entre la situation statutaire et réglementaire des fonctionnaires (ceux-ci relevant d'actes unilatéraux des autorités hiérarchiques dans le cadre des lois réglementant le statut) et la valeur des contrats négociés pour l'ensemble des fonctionnaires. Il faudra bien un jour remettre en cause cette ligne de partage et trouver le moyen de donner force juridique aux contrats négociés et signés ; ce qui signifie la possibilité donnée à l'une des parties au contrat de faire sanctionner les manquements constatés. Cependant, si la réflexion et la mise en œuvre juridique d'une telle évolution ne sont toujours pas mûres, le champ de la négociation s'est étendu et systématisé. Sur le terrain salarial, déjà connu, notons la nouveauté de contrats pluriannuels (en 1988-1989, puis en 1991-1992). De même, la conclusion de l'accord sur la rénovation de la grille indiciaire (accord « Durafour ») engage les signataires pour une longue période (sept ans), en abordant dans sa globalité un thème antérieurement traité selon la technique du « salami » (1).

(1) On renouvait une catégorie statutaire ou, plus limitativement, une filière professionnelle voire même un corps.

Conclus parallèlement, les accords Evin-Durieux (pour les fonctionnaires hospitaliers) ou l'accord Jospin (pour l'Education nationale), dépassent la seule question des salaires et des carrières en incluant des thèmes, tels les conditions de travail ou la rénovation du système éducatif. De même, la signature successive de deux accords-cadres sur la formation professionnelle continue pour les fonctionnaires de l'Etat (en 1989 et en 1992), déclinés dans des accords ministériels, aborde un sujet nouveau, là aussi pour des contrats pluriannuels (trois ans).

L'exemple le plus systématique de négociation collective continue est donné par la réforme des PTT. Engagée par un débat social national, associant aussi bien les agents des PTT que ses divers usagers, la réforme s'est traduite par l'adoption d'une loi transformant la Poste et France Télécom en opérateurs publics et dotant les fonctionnaires des PTT d'un statut dérogatoire (particulièrement en matière de gestion et de déroulement des carrières). L'aspect social de la réforme a conduit à des négociations-marathons, pratiquement achevées nationalement mais qui se poursuivent de façon décentralisée. Une transformation radicale aura donc été conduite par la négociation collective sur une grande échelle, puisqu'elle concerne près de 500 000 salariés.

Si la négociation collective a reçu concrètement un droit de cité élargi dans les fonctions publiques, l'expression collective des fonctionnaires a été en certains cas renouvelée dans ses modalités. Nous ne reviendrons pas sur la généralisation des comités techniques paritaires : cet élément positif ne s'est guère accompagné d'une rénovation du fonctionnement de telles instances, qui restent engoncées dans un formalisme leur retirant une bonne part de leur intérêt. Plus porteurs d'avenir (tant par leur composition que par leur objet), les comités d'hygiène et de sécurité n'ont malheureusement pas connu le développement quantitatif et qualitatif souhaitable. La friolité, en la matière, ne provient pas seulement de l'administration : n'avons-nous pas aujourd'hui encore des partenaires syndicaux refusant l'extension des compétences des CHS aux conditions de travail, sous prétexte que ce domaine se limite dans les fonctions publiques au nombre des emplois et à la durée de travail ! Plus récemment, deux nouvelles formes d'instances ont été mises en place dans des secteurs particuliers. Ainsi, des comités techniques d'établissement (CTE) remplacent les

CTP dans les établissements publics de santé (fonction publique hospitalière). Non paritaires, les CTE ont des compétences élargies et désignent leur secrétaire parmi les représentants élus du personnel. C'est un pas vers les comités d'établissements du Code du travail. La première installation des CTE étant en cours, ce n'est que dans quelques années qu'on pourra mesurer s'ils sont un instrument de rénovation de l'expression collective des salariés.

Par ailleurs, à la Poste comme à France Télécom, une commission nationale de concertation et de négociation (CNCN) et des commissions mixtes locales ont été créées dans le cadre de la réforme. Ces commissions ne se substituent pas juridiquement aux CAP et aux CTP. Cependant, elles ont des compétences qui recouvrent celles jusqu'ici dévolues aux CTP et, pour partie, aux CAP. L'élément qui caractérise ces nouvelles structures réside dans l'affirmation que la négociation et la concertation sociale sont les modalités normales de gestion des relations sociales contractuelles. La création de ces entités résulte d'un accord signé en février 1992. Les CNCN de la Poste et de France Télécom ont déjà joué un rôle central dans la mise en œuvre des nouvelles classifications de leurs fonctionnaires. Mais il est là aussi encore trop tôt pour disposer du recul suffisant permettant d'apprécier les apports des nouvelles structures.

S'agissant de l'égalité professionnelle, s'il n'existe pratiquement plus de dispositions statutaires réservant l'accès de tel ou tel corps à l'un ou l'autre sexe (2), la mixité des emplois et l'égalité entre les hommes et les femmes ont encore beaucoup de chemin à parcourir. Alors que les fonctions publiques sont majoritairement féminines, l'inertie est grande pour dépasser des principes d'égalité affichés mais non concrétisés, faute de politique volontariste. L'indigence des rapports bisannuels débattus par les conseils supérieurs de chaque fonction publique sur cette question est ici éloquente...

(2) Dans la fonction publique d'Etat, seuls certains corps de l'administration pénitentiaire et le corps des conseillers d'éducation des maisons d'éducation de la légion d'honneur comportent encore des recrutements distincts.

Droits individuels : des virtualités inexploitées

L'extension du statut général aux agents territoriaux et hospitaliers comme sa rénovation comportait des potentialités de renouvellement dans la gestion des carrières des fonctionnaires. Ces potentialités ont été peu exploitées, certaines étant remises en cause en 1987 par la loi Galland. Ainsi, la question de la mobilité des fonctionnaires n'a pas véritablement avancé. Nous notons, en 1984, combien la notion de comparabilité, posée comme condition d'une possible mobilité, comportait de risque de bureaucratisation et de centralisme. Avec la loi Galland de 1987, cette notion a disparu du statut général.

Dans les faits, cette notion prévaut très largement dans la construction des statuts particuliers, les administrations responsables de l'organisation de chaque fonction publique veillant au respect de strictes parités, notamment dans le cadre de l'application de l'accord Durafour. Mais ces parités si strictement respectées n'induisent pas la mobilité, sujet d'une éventuelle négociation qui n'a pas encore vu le jour...

Sur le contenu des statuts particuliers publiés depuis 1984, il faut constater là aussi un assez grand conservatisme. Certes, les filières professionnelles des fonctions publiques territoriales et hospitalières sont aujourd'hui à peu près construites. Mais, au nom de la parité, elles innoveront peu et le nombre des corps ou cadres d'emplois créés et des grades à l'intérieur de chacun d'eux ne s'est guère réduit. Les expériences innovantes sont donc rares. On notera ainsi l'effort du ministère de la Culture, qui a divisé par cinq le nombre de ses corps (de 150 à 30). Plus notable encore, les PTT ont réduit à six le nombre des statuts particuliers des fonctionnaires de la Poste et de France Télécom, organisés en onze grades, alors que la centaine était très largement dépassée auparavant.

Quant au niveau de gestion des corps dans la fonction publique de l'Etat, si la déconcentration a connu d'incontestables avancées, tel n'est pas vraiment le cas en matière de recrutement. Dans la fonction publique territoriale, la substitution de la notion de cadre d'emplois à celle de corps conduit à une gestion propre à chaque collectivité, ce qui induit nombre de difficultés dans le déroulement de carrière des fonctionnaires territoriaux (problème des quotas d'avancement de grade).

Enfin, en matière de notation, l'innovation est si

faible que, dans la fonction publique de l'Etat, c'est toujours le décret d'application du statut général de 1959 qui régit cette question.

Fonctionnaires et usagers : lente évolution

L'élaboration de la réforme statutaire n'a pas donné lieu à un débat social sur le thème, pourtant crucial, des relations entre le service public, les fonctionnaires et les usagers, regrettons-nous en 1984. Ce débat n'a pas plus été conduit dans sa globalité depuis. Mais il faut noter aussitôt qu'il a commencé à être sérieusement traité par secteurs d'activité et qu'une transformation réelle des relations entre les usagers et le service public a été entreprise en certains cas. La réforme des PTT, par exemple, contient des dispositions nouvelles très positives, comme le renversement de la charge de la preuve en cas d'erreur au bénéfice de l'usager. Plus généralement, la démarche de renouveau du service public conduite depuis 1989 a eu pour mérite de situer l'usager au cœur des préoccupations en comprenant enfin que l'amélioration de l'accueil et de prise en charge des usagers passe par l'amélioration des conditions de travail des fonctionnaires et par leur responsabilisation. Les réalisations sont multiples. Se concrétisant par des initiatives décentralisées, il est bien difficile de les recenser. Cependant, les sondages sur le service public, lorsqu'ils abordent la question de sa qualité secteur par secteur, notent une amélioration de la perception des usagers.

Faut-il systématiser par une loi d'ensemble, comme nous le souhaitions en 1984 ? L'avantage serait sans doute d'obliger les secteurs les plus retardataires à prendre enfin la question à bras le corps, à condition de définir des obligations de moyens et de résultats. L'inconvénient serait de généraliser sans doute à l'excès une problématique qui n'est correctement posée que par une approche concrète des sujets à traiter.

Finalement, la seule question qui mériterait une législation générale après un large débat social est celle de l'usage du droit de grève dans le service public. La loi Le Pors de 1982 n'avait rien résolu, se contentant de revenir sur les aspects les plus rétrogrades des lois antérieures. Son abrogation en 1987 pour la fonction publique de l'Etat au travers de l'amendement Lamassoure n'a évidemment pas fait progresser le débat. Trouvera-t-on un jour le moyen de traiter sereinement de cette question, sans re-

mettre en cause le droit fondamental dont disposent les fonctionnaires comme tout salarié tout en garantissant le droit des usagers, également légitime ? Vaste problème...

Le statut général : apothéose avant éclatement ?

La période des dix années écoulées se caractérise par la prévalence d'une conception unilatérale du statut des fonctionnaires au travers des gouvernements successifs, puisqu'une seule tendance politique a gouverné hormis l'intermède de 1986-1988. Cette prévalence n'a pas interdit les inflexions, notables pour les PTT et les fonctions publiques territoriales et hospitalières.

Désormais, quatre millions et demi de salariés sont régis par des règles assez largement communes (sinon strictement identiques comme en matière de traitement). Cette communauté n'a pas interdit la diversité, même si l'on doit regretter l'effet centralisateur du statut. Aux trois fonctions publiques organisées en 1984-1986 s'est ajoutée dans les faits une quatrième fonction publique avec la spécificité acquise par les 500 000 salariés des PTT.

Le cadre général a survécu, prouvant son adaptabilité. Car les pesanteurs ne sont pas toujours dans les textes mais bien souvent dans les têtes. Quel est le devenir prévisible de l'en-

semble ainsi défini, aux petits matins de la construction européenne ? Des facteurs de déstabilisation et d'éclatement existent. Ainsi, la spécificité des PTT, qui ne peut que s'affirmer, déséquilibre fondamentalement le statut de la fonction publique de l'Etat : désormais, l'Education nationale à elle seule (et les enseignants en particulier) forme près des deux tiers des effectifs couverts par ce statut. Cette situation n'est pas tenable en l'état sur le long terme, car elle signifie le sacrifice d'un des sous-ensembles au profit des intérêts de l'autre. De même, la nécessité d'adapter encore les fonctions publiques territoriale et hospitalière à leurs réalités se fait jour. Les conclusions de la mission Rigaudiat sur la fonction publique territoriale, rendues à l'automne 1992, sont là pour le démontrer.

En réaffirmant la nécessité d'un statut pour les fonctionnaires comme élément fondamental de toute démocratie politique, tout en réclamant le droit à la diversité et à la spécificité au travers de la reconnaissance de la négociation collective et des contrats auxquels elle aboutit, il est possible d'éviter l'éclatement du statut général. L'avenir dira si un tel scénario a prévalu.

Pascal RENAUD
UFFA-CFDT (3)

(3) Union des Fédérations de Fonctionnaires et Assimilés.

BON D'ABONNEMENT

Nom		Prénom	
Adresse			
Code postal		Bureau distributeur	

Je m'abonne à Action Juridique pour 1 an

Tarif normal : 256 F ☐

Tarif adhérents CFDT : 225 F ☐

Jumelé avec le code des fonctions publiques 521 F ☐

Pour les adhérents CFDT, indiquer la fédération :

Ci-joint un chèque à l'ordre de CFDT Presse

A photocopier et à retourner à :
CFDT Presse 4, bd de la Villette, 75955 Paris Cedex 19

A n'utiliser que pour un nouvel abonnement. Merci.

Conclusion

Quel droit, quelle action juridique pour demain ? Une (double) question en guise de conclusion....

Pour une organisation syndicale, les ébauches de réponse à cette interrogation sont guidées par une préoccupation majeure : démocratiser le droit, en améliorer l'accès. Ce n'est pas le chemin pris aujourd'hui, et cela ne peut nous satisfaire.

Que constate-t-on ? La loi est devenue affaire de spécialistes. Il faut l'être pour se retrouver dans le dédale complexe des réformes successives qui s'enchaînent à pas cadencés. Cette instabilité est sans doute le fruit d'une conception « déviante » ; la loi veut tout régler, dans les moindres détails et dans toutes les hypothèses. Ce « réglementarisme » engendre des textes d'une rare complexité qu'il faut comprendre vite tant ils sont éphémères. A vouloir courir après les faits, la loi doit changer aussi vite qu'eux, sans parler des aléas des évolutions gouvernementales. Certes, la stabilité n'est pas une fin en soi. Mais c'est un élément nécessaire de sécurité juridique qui conditionne aussi l'effectivité de la loi. Celle-ci a besoin de temps pour être connue, assimilée et utilisée. Elle le sera d'autant mieux qu'elle se limitera à l'énonciation de principes clairs.

Nous ne nions cependant ni la nécessité de règles mettant en application les principes énoncés par la loi ni le besoin de normes en lien étroit avec les réalités sociales en constante évolution. A cet égard, la négociation est sans doute la meilleure voie pour créer des normes adaptables qui sont de surcroît plus accessibles car de proximité. Encore faut-il veiller à ne pas tomber dans un excès de complexité et diffuser plus largement les textes conventionnels. La remise systématique aux salariés des accords de branche et/ou d'entreprise qui leur sont applicables constituerait un progrès dans l'accès au droit.

Connaître le droit, être informé, est une revendication légitime dans une démocratie. Obtenir l'application de ce même droit en est une autre. Il est frappant de constater que le contentieux prud'homal est loin de diminuer : près de 190 000 affaires arrivent chaque année devant les conseils de prud'hommes. Pour l'essentiel il s'agit de conflits d'application : la règle qu'elle soit législative ou conventionnelle n'est tout simplement pas respectée. Résoudre cette difficulté passe notamment par :

- des règles plus claires et précises ;
- un partage de compétences entre loi et convention ;
- une réflexion sur de nouveaux types de sanctions, telles des sanctions de « faire », car d'une part la sanction pécuniaire ne répare pas réellement le préjudice et d'autre part violer une règle (et être sanctionné) est parfois plus intéressant que respecter cette même règle.

Et n'oublions pas la reconnaissance et l'acceptation de l'organisation collective des salariés. En 1993 ce n'est pas chose faite. Sans atteindre les chiffres du contentieux prud'homal, les litiges sur le droit collectif (élections, désignation de délégués syndicaux, existence de la section syndicale...) sont toujours très importants. Or, l'absence de représentation collective est un obstacle à l'accès au droit et à son application, deux missions essentielles du syndicat.

Gageons que le contentieux prud'homal diminuerait si tous les salariés, surtout dans les PME, bénéficiaient d'une représentation. Non pas que les conflits disparaîtraient mais leur mode de règlement ne serait plus essentiellement judiciaire.

Mai 1993

Action Juridique : spécial numéro 100

« Une revue juridique pour les militants

Voici le premier numéro d'Action Juridique CFDT, la revue juridique que la CFDT propose à ses militants et à tous ceux -avocats, inspecteurs du travail, magistrats, enseignants- intéressés par l'évolution du droit du travail.

Notre organisation est à l'origine de nombreuses batailles juridiques et judiciaires. Qui ne se souvient des procès engagés pour imposer la réintégration de notre camarade Guy Robert ? Qui ne mesure la portée des décisions rendues dans l'affaire Perrier ? Qui n'a entendu parler des péripéties et des enjeux de l'affaire Fleurence ?

Il manquait à la CFDT un moyen de mieux faire connaître cette activité caractérisée par le lien constant établi entre action juridique et action syndicale.

L'ambition d'Action Juridique CFDT est de mieux informer les sections syndicales et les syndicats afin de les aider à prendre en charge les aspects juridiques de leur action..

Elle est aussi de faire connaître davantage aux praticiens désireux de participer à notre combat pour l'évolution du droit du travail, l'action et la réflexion de notre organisation dans le domaine juridique. L'action syndicale présente nécessairement des aspects juridiques. Ceux-ci peuvent peser de façon non négligeable dans le rapport de forces. Un procès bien mené par le syndicat est de nature à renforcer son action. A l'inverse le recours du patron au tribunal risque de porter un coup sérieux à l'action des travailleurs.

L'action juridique est donc un aspect de l'action syndicale et doit lui être étroitement liée. L'objectif d'Action Juridique CFDT est d'aider les militants à réaliser ce lien.

Edmond Maire »

Ce que vous venez de lire c'est l'éditorial paru dans le premier numéro d'Action Juridique daté de Janvier/Février 1978.

Pour fêter son numéro 100, Action Juridique vous propose de faire un peu d'histoire et de relire avec les yeux d'aujourd'hui quelques uns des textes qui ont non seulement marqué la revue mais également nourri la réflexion de la CFDT sur le Droit.

Bien que compris dans l'abonnement vous pouvez dès à présent commander des exemplaires supplémentaires de ce numéro.

BON DE COMMANDE

Numéro de Mai 1993, Spécial numéro 100

1 à 4 exemplaires : 52 F - A partir de 5 exemplaires : 42 F

Nombre : soit : F

Ci-joint un chèque à l'ordre de CFDT-Presses de F

Nom Prénom

Adresse :

Code Postal Ville

A photocopier et à retourner à :
CFDT-Presses, 4, boulevard de la Villette, 75955 Paris Cedex 19

QUELQUES CHIFFRES UTILES

● SMIC horaire (au 1.04.1993)	34,06 F
● SMIC mensuel (au 1.04.1993)	5 756,14 F
● Minimum garanti (au 1.04.1993)	16,87 F
● Plafond de Sécurité sociale	12 360 F
● Indice des prix INSEE national février 1993 *	107,1
● Taux d'intérêt légal pour 1993	10,40%
● Taux de compétence des Conseils de prud'hommes en dernier ressort pour 1993	18 900 F

* Nouvel indice INSEE : base 100, année 1990

Classeur Action Juridique

Pour classer vos numéros d'Action Juridique, vous pouvez opter pour le classeur spécialement réalisé à cet effet. Il permet de classer 12 numéros ainsi que la table alphabétique.

BON DE COMMANDE

Prix unitaire : 37 F

Nombre : soit : F

Nom : Prénom :

Adresse :

Code postal : Ville :

A photocopier et à retourner à :
CFDT-Presses, 4, Boulevard de la Villette, 75955 Paris Cedex

Vente au numéro

Des anciens numéros d'Action Juridique sont encore disponibles. Liste sur demande à CFDT Presse : 4, boulevard de la Villette, 75955 Paris Cedex 19.

Pour s'abonner : tarifs en 1993

Action Juridique vit grâce à ses abonnés.

Abonnement annuel ordinaire : 256 F ; réservé aux adhérents CFDT : 225 F.

Abonnement annuel pour l'étranger : 316 F

Abonnement annuel pour l'Étranger et Code des Fonctions publiques : 521 F.

Abonnements groupés avec réceptions individuelles : tarif spécial à partir de 5 exemplaires, s'adresser à CFDT Presse.

Indiquez par lettre vos nom et adresse en capitales, joignez le chèque correspondant à l'ordre de CFDT Presse et envoyez le tout à CFDT Presse, 4, boulevard de la Villette, 75955 Paris Cedex 19. Tél. : (1) 42.03.81.40

Pour renouveler son abonnement

Utilisez le bulletin qui vous est envoyé et sur lequel figure votre numéro d'abonné. Cela facilite grandement notre travail.

En cas de changement d'adresse

Indiquez votre nouvelle adresse en joignant impérativement l'étiquette d'envoi légèrement collée sur votre revue.

Service gratuit de copie de document

Action Juridique offre à ses abonnés un service privilégié : le droit à la copie d'un document cité dans la revue. Pour bénéficier de ce service, indiquez lisiblement la demande, joignez obligatoirement une étiquette d'envoi et envoyez le tout à :

Rédaction Action Juridique, 4, boulevard de la Villette, 75955 Paris Cedex 19.

Service réponses à vos questions

Les abonnés d'Action Juridique peuvent obtenir des précisions sur les sujets traités par la revue. Envoyez votre demande à la rédaction qui vous répondra dans les colonnes de la rubrique « Réponses à vos questions ».

Service classement Action Juridique

Chaque année, Action Juridique publie une table alphabétique des informations publiées dans la revue. Cette table est commune à Action Juridique et à la rubrique juridique de Syndicalisme Hebdo.

« Vos droits » sur Minitel : 3615 - CFDT

Faites 3615 sur le téléphone puis tapez CFDT sur votre Minitel et vous aurez accès à deux guides : pour les salariés du privé, pour les fonctionnaires.