action juridique

cfdt

DOSSIER

STATUT DES FONCTIONNAIRES
Réforme ou refonte ? quelques réflexions

FICHE PRATIQUE

Le droit d'accès aux documents administratifs

TEXTES ET JURISPRUDENCES

La mise en cause de la responsabilité des syndicats et des délégués à la suite des grèves
La jurisprudence récente

PRUD'HOMMES

La comparution, l'assistance et la représentation devant les conseils de prud'hommes

Juillet - Août 1984

41

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 publique 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 des

(*) Voir l'encadré. Ce dossier réalisé par Claire Sutter est la reprise de son intervention du 19 mai 1984 à l'Association française de droit du travail.
(1) Conseil supérieur de la fonction publique séance du 11 janvier 1983.

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 soustend 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'ambitition étonne (2).

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 même où ce chapitre traite des dispositions relatives à la procédure administrative, dite non contentieuse, mais qu'il aurait été plus exact d'intituler précontentieuse.

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 instruction 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 appelait 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 1er 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.

(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 CFDT n° 40 mai/juin 1984 T p.21 et s.

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'usager dans sa diversité, doit-il s'adapter au service public ou le service public à l'usager ? 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 1er 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 des nou-

(3) AJDA avril 1984 p.183

velles 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 remarques peuvent être faites pour caractériser leurs orientations générales.

Les évolutions

Une première remarque pourrait être tirée du nouvel équilibrage qui semble se dessiner entre les différentes institutions paritaires et le droit syndical, nouvel équilibrage 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 la 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 débats 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 1er relative à la reconnaissance du droit syndical. L'alinéa 2 de l'article 8 du titre 1er 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 I 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**».

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.

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.

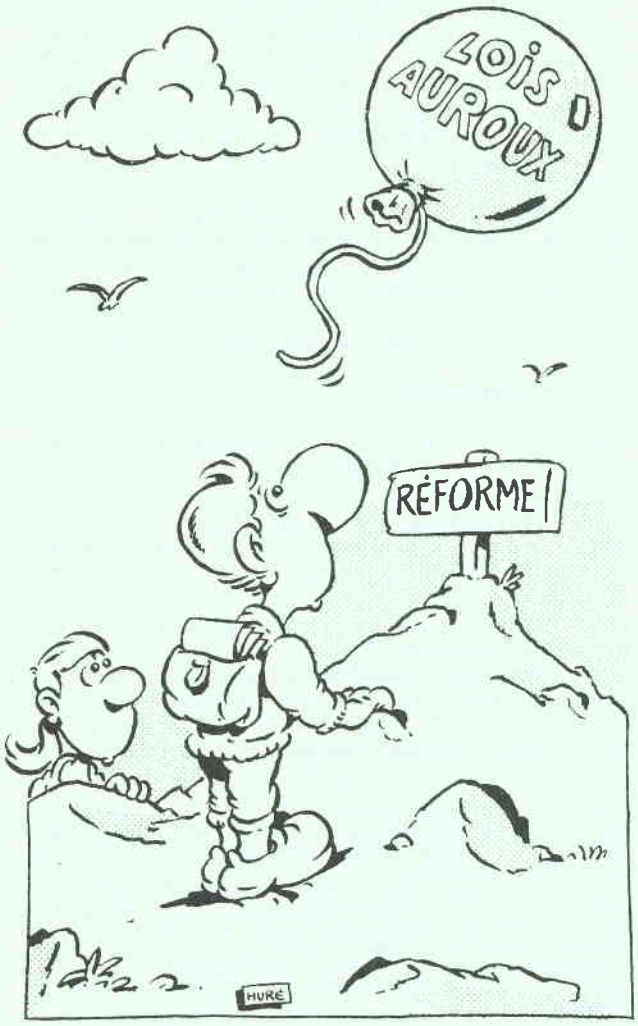
– Décret 82-447 du 28 mai 1982 relatif à l'exercice du droit syndical: AJ CFDT n° 34 juillet/août 1983 T p.3 et s., p.19 et s.

– 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.



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 CNPF (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 de 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 apparentement à une problèmatique 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 dispositions statutaires applicables aux seuls fonctionnaires des collectivités territoriales.
– Enfin un 4e titre à venir pour les hospitaliers. Chacun des titre 2, 3 et 4 s'articulant respectivement au premier.

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 avions 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, transparaissait 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».

(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'UFFA 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.

Ce principe est d'ailleurs totalement battu en brêche 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 connait 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 îlôt 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.

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.

Cependant 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.

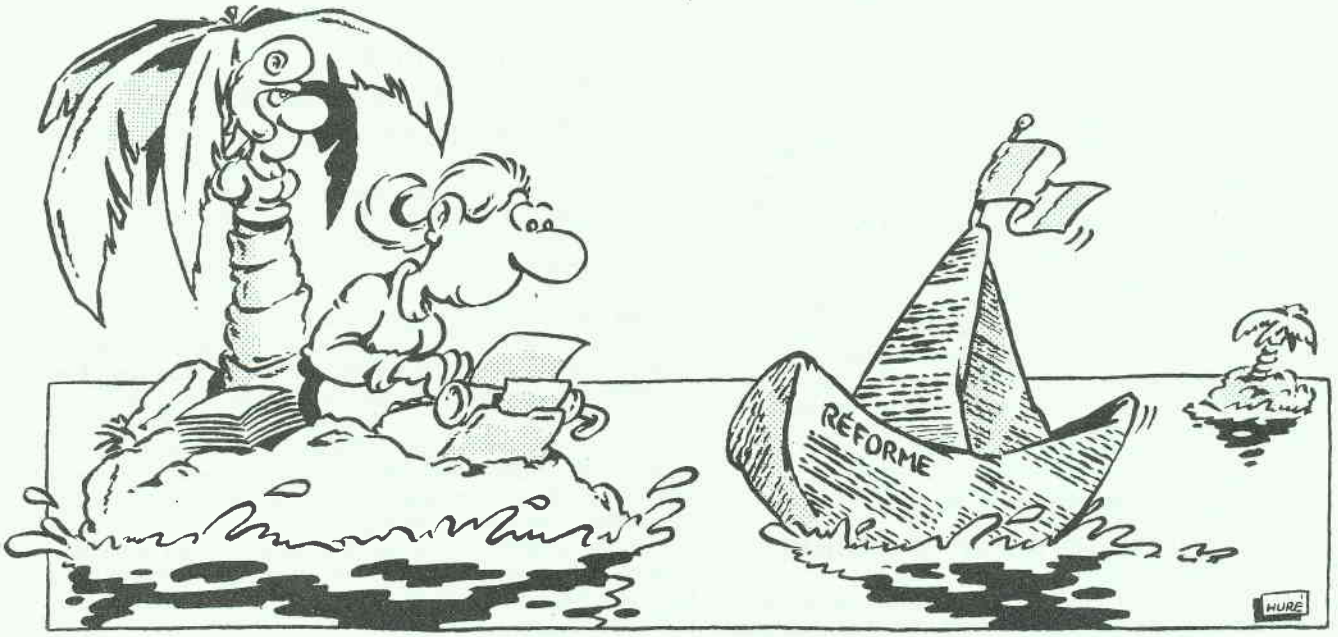
Les règles statutaires que nous allons rapidement examiner sont en conséquence:

– 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, 3e 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'organisation 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 que 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 publique

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 ?

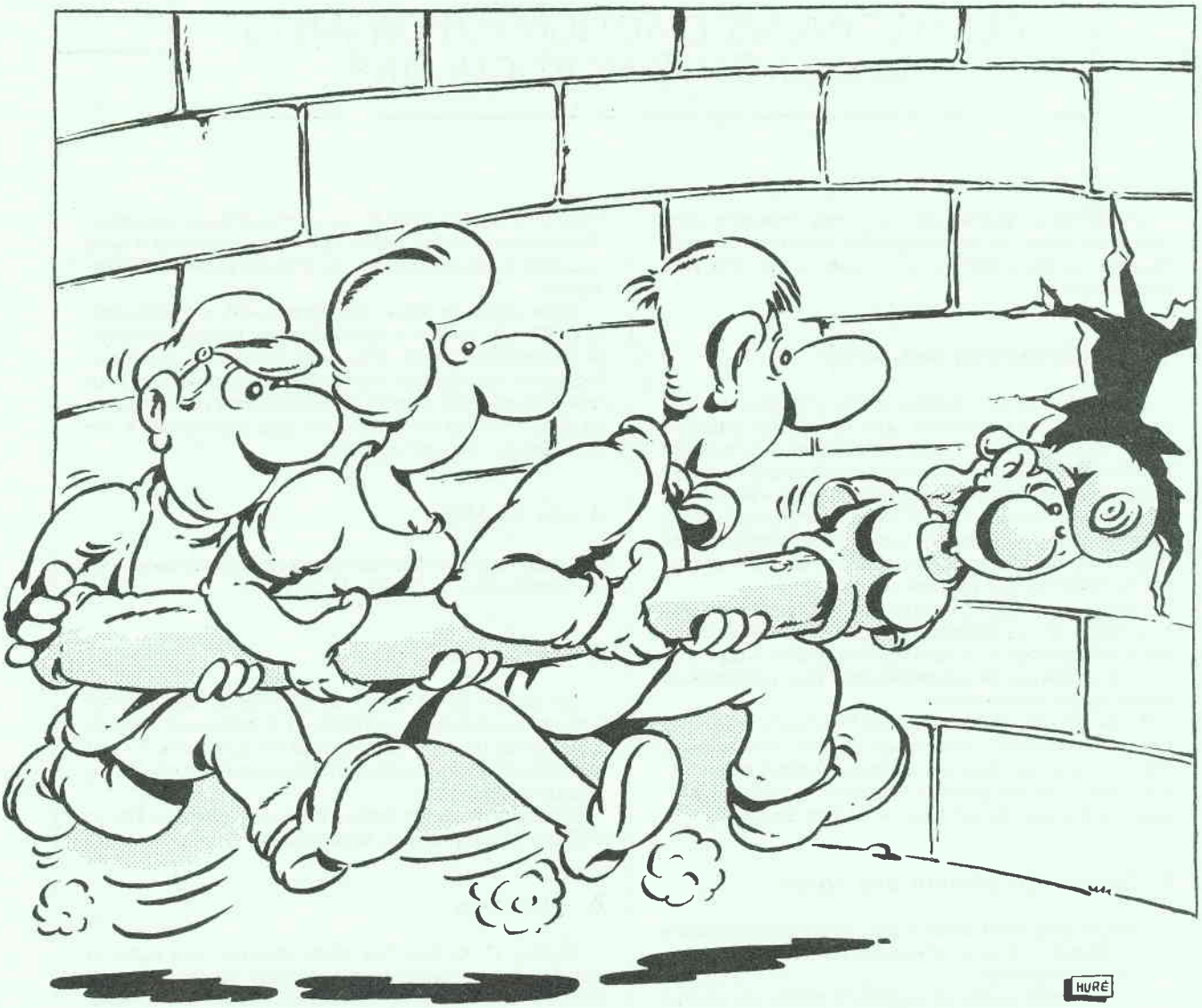
Mobilité entre la fonction publique et le secteur privé

Si cet article 14 ouvre, de façon certes limitative, qualitativement et quantativement, 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, 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 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 (2e 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 mal venus 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 devrons 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.

Fiche pratique

A Problèmes généraux

L'accès aux documents administratifs

La loi garantit à toute personne qui en fait la demande, la liberté d'accès aux documents administratifs de caractère non nominatif et le droit des intéressés à avoir communication des documents administratifs de caractère nominatif les concernant. La loi institue en outre une commission d'accès aux documents administratifs (CADA) qui peut être saisie en cas de difficultés et formule des avis (1).

Qu'est-ce qu'un document administratif ?

Il s'agit des «dossiers, rapports, études, compte-rendus, procès-verbaux...» qui émanent des administrations ou des établissements publics. Cette liste n'est pas limitative. Ce qui importe c'est le contenu du document et non pas sa forme ou son intitulé.

Cependant certaines conditions sont requises:

– le document doit exister

L'obligation de communication n'entraîne pas pour l'administration la charge d'élaborer des documents pour satisfaire à une demande. La CADA dispose par ailleurs de pouvoirs d'investigation pour contrôler l'existence ou l'inexistence du document.

– le document doit être administratif

Il doit être élaboré par l'administration. Toutefois, le caractère administratif d'un document est interprété largement par la CADA. Celle-ci étend le droit de communication aux documents élaborés pour le compte d'une administration, ainsi qu'aux pièces fournies par un administré lorsque celles-ci sont le support indispensable d'une décision administrative et fort partie intégrante du dossier. C'est la règle de l'unité du dossier qui permet ainsi d'avoir accès à un dossier de demande de licenciement présenté par un employeur (avis Dunkell 10.06.1981).

– Le document doit présenter un degré d'achèvement suffisant

Si des projets ne sont pas communicables, des prévisions ou des programmes (par exemple le budget prévisionnel d'un hôpital) le sont. En ce qui concerne les documents préparatoires à une décision, la CADA estime dans certains cas qu'ils ne doivent pas être communiqués avant que la décision qu'ils préparent ne soit intervenue. Elle se réserve le droit d'apprécier cas par cas. L'accès au dossier d'une demande de licenciement avant que la décision n'intervienne n'a pas été tranchée par la CADA à ce jour.

– Le document ne doit pas être juridictionnel

Les jugements, notifications, mémoires, expertises, rapports de police, pièces d'instruction ne sont pas considérés comme des documents administratifs (T.A. de Lyon 14.05.1981).

Quelques exemples en droit du travail

Il peut s'agir d'un rapport d'enquête d'accident établi par l'inspecteur du travail ou la CRAM, de statistiques et études établies par l'échelon régional de l'emploi, de rapports de visites de contrôle d'un inspecteur ou d'un contrôleur du travail, d'un dossier d'approbation de compétence des services médicaux du travail et d'agrément de leur secteur, d'un dossier de la COTOREP, d'un dossier de licenciement, d'un rapport d'inspection des établissements classés, d'avis ou rapports sur les permis de construire, de procès verbaux d'élections de délégués du personnel, des différents rapports établis à l'occasion d'un licenciement de personnel protégé ou d'un licenciement économique... Par contre, les procès-verbaux adressés au Parquet ayant un caractère judiciaire ne sont pas communicables.

Qui peut obtenir communication ?

Le droit d'accès aux documents non nominatifs est ouvert à «toute personne» c'est-à-dire aux personnes physiques comme aux personnes morales (syndicat, comité d'entreprise, salarié...) sans aucune condition d'intérêt pour agir et sans aucune condition de nationalité.

Le droit d'accès

Le droit d'accès aux documents nominatifs est réservé à la personne «concernée» par le document. Pour être concerné par un document, il faut soit justifier que le document a été pris en considération de la personne (dossier individuel d'un fonctionnaire, autorisation de licenciement...) soit invoquer un intérêt direct et personnel. Toutefois, en ce qui concerne les informations à caractère médical, elles ne peuvent être communiquées à l'intéressé que par l'intermédiaire d'un médecin qu'il désigne à cet effet.

Les documents communicables de plein droit

Il s'agit des documents non nominatifs accessibles à toute personne et des documents nominatifs qui ne le sont qu'à l'intéressé. La CADA définit comme étant nominatifs les seuls documents portant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne nommément désignée, et non pas les documents citant des noms.

Lorsqu'un document a une nature mixte, c'est-à-dire qu'il comporte à la fois des informations non nominatives et nominatives (dossier de licenciement par exemple), la CADA donne un avis favorable à la communication, moyennant la suppression des informations nominatives relatives à la vie privée.

Les organismes astreints à communiquer

Il s'agit des administrations de l'Etat (administration centrale et services extérieurs), des collectivités territoriales (régions, départements, communes), des établissements publics ou des organismes de droit privé chargés de la gestion d'un service public (par exemple: INSEE, centre hospitalier, université, banque de France, Caisse de Sécurité sociale, ANPE, AFFPA, établissement d'enseignement privé sous contrat d'association, chambres de commerce et d'agriculture...), les ordres professionnels (médecins, avocats, architectes...).

Les exceptions au droit d'accès

La loi fait du droit d'accès la règle et du secret l'exception. Elle interdit donc un refus motivé pour des raisons de simple opportunité. L'administration n'est pas juge de ce qui est communicable ou pas.

Ne sont pas communicables les documents dont la divulgation porterait atteinte:
- **à l'intérêt public** par exemple les délibérations du gouvernement;
- **à la monnaie et au crédit public,** sans que pour autant l'ensemble des documents établis par les autorités monétaires demeurent secrets (2);
- **à la défense nationale et à la politique extérieure (3);**
- **à l'intérêt des tiers.** Est en cause le secret industriel et commercial qui recouvre les procédés de fabrication et le secret des affaires. La CADA donne un avis défavorable à la communication lorsqu'elle lui paraît comporter le risque d'une fuite des procédés ou d'une information qui mériterait protection contre la concurrence. Ainsi les aides aux entreprises en difficulté sont communicables lorsqu'elles résultent de textes réglementaires. Elles ne le sont pas lorsqu'il s'agit d'aides discrétionnaires;
- **à la vie privée.** Par exemple les dossiers personnels et médicaux;
- **au déroulement de procédures engagées devant les juridictions** ou d'opérations préliminaires à de telles procédures.

Comment procéder ?

La formulation de la demande.

• La demande auprès de l'organisme concerné doit être faite par lettre recommandée AR. La loi permet soit la consultation gratuite sur place soit la délivrance de copies aux frais du demandeur. Le choix appartient au demandeur et à lui seul. Mais le droit à la photocopie présente quatre limites: il faut que le document n'ait pas déjà été publié, que le destinataire de la demande dispose de moyens de reproduction adéquats, que la reproduction ne nuise pas à la conservation du document, que le demandeur acquitte les frais de reproduction (1 F par page).

• Le refus de l'administration peut être explicite ou tacite. Le défaut de réponse pendant plus de 2 mois vaut refus.

La saisine de la commission

En cas de refus de l'administration la commission d'accès aux documents administratifs (31 rue Constantine 75007 Paris - tél.705.99.51), peut être saisie. Elle doit émettre un avis dans un délai d'un mois. Cet avis est adressé au demandeur et au service concerné. Ce dernier doit faire connaître à la CADA dans les 2 mois de la réception de l'avis, la suite qu'il lui a réservée.

• Si l'administration ne suit pas l'avis, il est possible de saisir les tribunaux administratifs dans les 2 mois qui suivent la notification au demandeur de la réponse de l'administration ou de l'organisme concerné. Le tribunal administratif doit statuer dans un délai de 6 mois à compter de l'enregistrement de la requête. Il peut également ordonner en référé, la communication d'un dossier (Conseil d'Etat 6 juin 1980).

(1) Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 modifiée par la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979. Il y a lieu également de tenir compte de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.
(2) Ainsi la CADA est favorable à la communication à un syndicat du personnel des banques de l'agrément de change manuel délivré à une banque.
(3) D'où l'avis défavorable donné à la communication d'une partie du rapport de sûreté de l'usine de retraitement de La Hague.

Textes et jurisprudences

F La grève

Les procès d'intimidation financière: la jurisprudence récente

En septembre-octobre 1981, Action Juridique CFDT (n° 23) publiait un dossier sur les procès d'intimidation financière. Différentes décisions de jurisprudence ont été rendues depuis, largement influencées par la crise et par les idées de ceux qui veulent appliquer en cas de grève le droit commun de la responsabilité civile.

I - Les décisions de la jurisprudence

• La décision du Conseil constitutionnel du 22 octobre 1982

Les députés de l'opposition, auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel, soutenaient qu'était contraire à la Constitution l'article 8 de l'une des lois Auroux, la loi du 28 octobre 1982 sur le développement des institutions représentatives. L'article 8 ajoutait à l'article L.521-1 du code du travail un alinéa nouveau qui excluait la responsabilité des syndicats et des grévistes en cas de conflit collectif sauf le cas d'infraction pénale ou de faits manifestement insusceptibles de se rattacher à l'exercice du droit de grève ou du droit syndical.

Cet article a été annulé par le Conseil constitutionnel le 22 octobre 1982 (1). Pour lui, la limitation de la réparation des dommages causés par une faute d'une certaine gravité porte atteinte aux principes fondamentaux de la responsabilité civile et par suite à l'égalité des citoyens devant la loi et devant les charges publiques.

• Les arrêts de la Cour de cassation du 9 novembre 1982

Ces arrêts concernent la responsabilité civile des syndicats en cas de grève.

Le premier arrêt (Société Dubigeon Normandie) affirme que les syndicats et les délégués syndicaux ne peuvent, du seul fait de leur participation à une grève licite, être déclarés responsables de plein droit de toutes les conséquences dommageables des abus commis au cours de cette grève. Le principe vaut même si les syndicats se sont conduits comme animateurs de la grève, dès lors qu'il n'y a pas eu incitation de leur part à des actes délictueux. Les syndicats n'ont pas non plus à mettre en œuvre de moyens particuliers pour prévenir des dégradations ou des atteintes à la liberté du travail.

Le second arrêt (Trailor) constitue la contre-épreuve du premier. Lorsque le syndicat agit de concert avec des grévistes pour commettre des actes délictueux, notamment en matière d'atteinte à la liberté du travail, il peut être condamné à réparer le préjudice subi par les non-grévistes.

• Les arrêts de la Cour de cassation du 8 décembre 1983

Encore deux arrêts. Le premier (Fontaine c/Ste Demery) approuve la condamnation «in solidum» (c'est-à-dire de chacun pour le tout) de 6 grévistes ayant participé au blocage des portes d'une usine, à indemniser les non-grévistes des salaires perdus (2).

Le second arrêt (Gaillais et autres c/Ste Tanneries de Sireuil) décide qu'un délégué syndical et des délégués du personnel peuvent être déclarés responsables du préjudice subi par une tannerie en raison de la dégradation des peaux survenue au cours d'une grève, dès lors qu'ils ont donné l'ordre aux écharneurs de cesser leur travail en violation des dispositions de la convention collective relatives à la sauvegarde, en cas de grève, des marchandises périssables.

(1) Décision n° 82 - 144, JO du 23 octobre 1982 p.3210

(2) L'arrêt de principe est un arrêt Corfu rendu le 8 février 1972 (D. 1972 p.656, Droit social 1972 p.544)

II - Les décisions récentes et le conflit des logiques

• **Le Conseil constitutionnel** se situe nettement sur la position patronale: pour lui, l'application du droit commun de la responsabilité s'impose au législateur, qui, dit-il, ne pourrait s'en écarter que sur des points très limités. Le mode de raisonnement tient tout entier dans les principes (ceux de la responsabilité civile, de l'égalité des citoyens devant la loi et les charges publiques), sans considération des situations concrètes. Le Conseil constitutionnel préconise aussi une définition précise des grèves licites et des grèves illicites, à laquelle les patrons sont également favorables, parce qu'ils en attendent une plus grande facilité dans la répression des grèves déclarées illicites.

• **La Chambre sociale de la Cour de cassation** a une position plus prudente et nuancée dans les arrêts du 9 novembre 1982. Elle admet ainsi que la responsabilité civile d'un syndicat ne peut être engagée à l'occasion de l'exercice du droit de grève: le syndicat ne peut être déclaré responsable de plein droit des dommages subis à l'occasion de celle-ci. Mais sa responsabilité peut être mise en cause en cas de grève illicite, sur la définition de laquelle la Cour de cassation a, on le sait, une position très favorable au patronat.

Par contre, la Cour de cassation adopte dans les arrêts du 8 décembre 1983 une position plus radicalement favorable aux patrons. Sans le formuler en termes de principe, et réservant peut être ainsi l'avenir, elle fait application du droit commun de la responsabilité à des responsables syndicaux qui ont porté atteinte à la liberté du travail des non-grévistes ou qui n'ont pas respecté les dispositions de la convention collective applicables à l'entreprise. Ces solutions sont d'autant plus graves que l'avocat général Picca avait demandé clairement à la Cour de faire application en la matière du droit commun de la responsabilité (3).

Il est tout à fait vraisemblable que la Cour a été guidée en la circonstance par des considérations qui ne sont pas que juridiques: sa méfiance traditionnelle à l'égard de la grève, sa volonté (également traditionnelle) de protéger les pouvoirs patronaux mais aussi le souci de ne pas aggraver les difficultés patronales dues à la crise forment sans doute la toile de fond de ses arrêts (4).

III - Les terrains de la bataille judiciaire

• Le terrain du droit

Il faut placer au centre de la réflexion une application complète des droits des travailleurs dans le domaine de la grève, – et non le droit commun de la responsabilité – (5).

Le préambule de la Constitution de 1946

Il fait de la grève une liberté publique fondamentale qui appartient personnellement à chaque travailleur. Le droit de grève se situe à cet égard dans le prolongement des grandes libertés publiques de réunion et de manifestation. Comme ces libertés, qui sont aussi des libertés personnelles qui s'exercent collectivement, le droit de grève trouve ses limites les plus essentielles dans la loi elle-même, c'est-à-dire dans les actes que le code pénal qualifie d'infractions.

La discussion sur l'existence d'une faute lourde

L'article L.511-1 du code du travail ne permet la rupture du contrat de travail qu'en cas de faute lourde du salarié. La faute lourde devrait également constituer la base de la responsabilité en la matière. Visée expressément par l'article L.511-1, elle est déjà prise en compte par la jurisprudence pour l'appréciation des conséquences pécuniaires de la faute contractuelle du salarié (6). La recherche de la responsabilité en cas de faute légère porterait d'ailleurs atteinte à la sécurité que le législateur a voulu donner au gréviste, en n'autorisant la rupture du contrat de travail qu'en cas de faute lourde. La référence à la faute lourde garantit ainsi la cohérence de la protection juridique du salarié gréviste. Le législateur de 1982 l'avait bien vu, lorsque dans l'article 8 annulé par le Conseil constitutionnel, il n'acceptait la mise en cause de la responsabilité civile qu'en cas d'infraction pénale ou de faits manifestement insusceptibles de se rattacher à l'exercice du droit de grève.

Le droit commun de la responsabilité doit être écarté

La responsabilité civile des grévistes ne devrait donc être engagée qu'en cas de faute lourde, personnelle et prouvée de leur part.

Les règles de la responsabilité de droit commun doivent s'incliner devant les dispositions propres au droit du travail. Une étude du droit de la responsabilité montrerait d'ailleurs que de tels aménagements sont plus nombreux qu'on le pense (7).

Toute condamnation «in solidum» devrait être écartée, car elle aboutit en pareille circonstance à faire peser sur les grévistes une responsabilité proche d'une responsabilité collective. La pression de la droite a toujours été forte en ce sens: qu'on se rappelle l'application aux conflits du travail des dispositions de la loi anticasseurs de 1970 (8). Le retour aux règles de la responsabilité personnelle fait de cette dernière le principe auquel les juges devraient désormais se référer.

Quant aux syndicats, leur responsabilité n'est pas en principe engagée. S'ils n'ont pas à inciter les grévistes à des actes délibérément délictueux, ils n'ont pas non plus à prêcher la modération, la prudence, et encore moins la démobilisation. A eux aussi, on ne peut demander des comptes qu'en cas de faute caractérisée, personnelle et prouvée.

• Les faits

Les syndicats doivent être attentifs aux réalités.

On a vu que la Cour de cassation était très désireuse de ne pas ajouter aux difficultés économiques et financières que les employeurs disent supporter du fait de la crise. Celle-ci marque aussi les travailleurs: la crise renforce l'individualisme, incite chacun à essayer de s'en sortir par lui-même, aggrave les craintes de perdre son emploi, accroît la docilité aux ordres ou même aux désirs de l'employeur. Les dangers des grèves minoritaires sont probablement plus grands aujourd'hui que par le passé. Il faut donc réfléchir deux fois avant de s'y engager.

Si le procès est là, les faits du procès constituent, à côté du droit, un enjeu essentiel dans la bataille judiciaire. La preuve incombe ici à l'auteur de la poursuite, c'est-à-dire à l'employeur ou aux non-grévistes. Or il y a toujours difficulté à établir et à peser la responsabilité de chacun dans des actions de groupe, de caractère «économique» et non «juridique», décidées et menées collectivement, mais dans les-

---

(3) Voir ces conclusions au Dalloz Sirey 1984 J 90 et suivants.

(4) La jurisprudence précitée reçoit donc l'entier accord des patrons (voir la **modération à l'ordre du jour**, l'Usine nouvelle n° 7, 16 février 1984 p.91 et suivantes).

(5) On prendra connaissance avec beaucoup d'intérêt des pages que la seconde édition de l'ouvrage sur **La grève** d'H. Sinay et J.Cl. Javillier consacre à la responsabilité civile délictuelle de la grève (p.364 et suivantes).

(6) Cass. Soc. 27 novembre 1958, D. 1959 p.20, note Lindon

(7) Par exemple dans le domaine sportif: seuls sont fautifs les excès, telle une agression délibérée de l'adversaire (G. Durry, la responsabilité civile des délégués syndicaux, Droit social 1984 p.69).

(8) On sait que la loi anticasseurs de juin 1970 a été abrogée par celle du 23 décembre 1981.

(9) V. **La grève** par H. Sinay et J.Cl. Javillier (note n° 5);
– la responsabilité civile des délégués syndicaux par G. Durry (note n° 7).

quelles chacun conserve sa liberté de participation et d'action. La complexité de cette situation justifie pleinement la preuve d'une faute lourde personnelle.

Les faits doivent donner lieu à une discussion serrée, soit pour remettre en cause ceux qui ne sont pas établis, soit pour redonner aux autres leur véritable caractère de gravité, soit pour mettre en évidence les circonstances qui les ont rendus possibles ou les excusent.

C'est d'autant plus important que la Cour de cassation a tendance, dans ce domaine, à se replier derrière les solutions données par les juges du fond, aux motifs qu'ils sont souverains dans la constatation des faits.

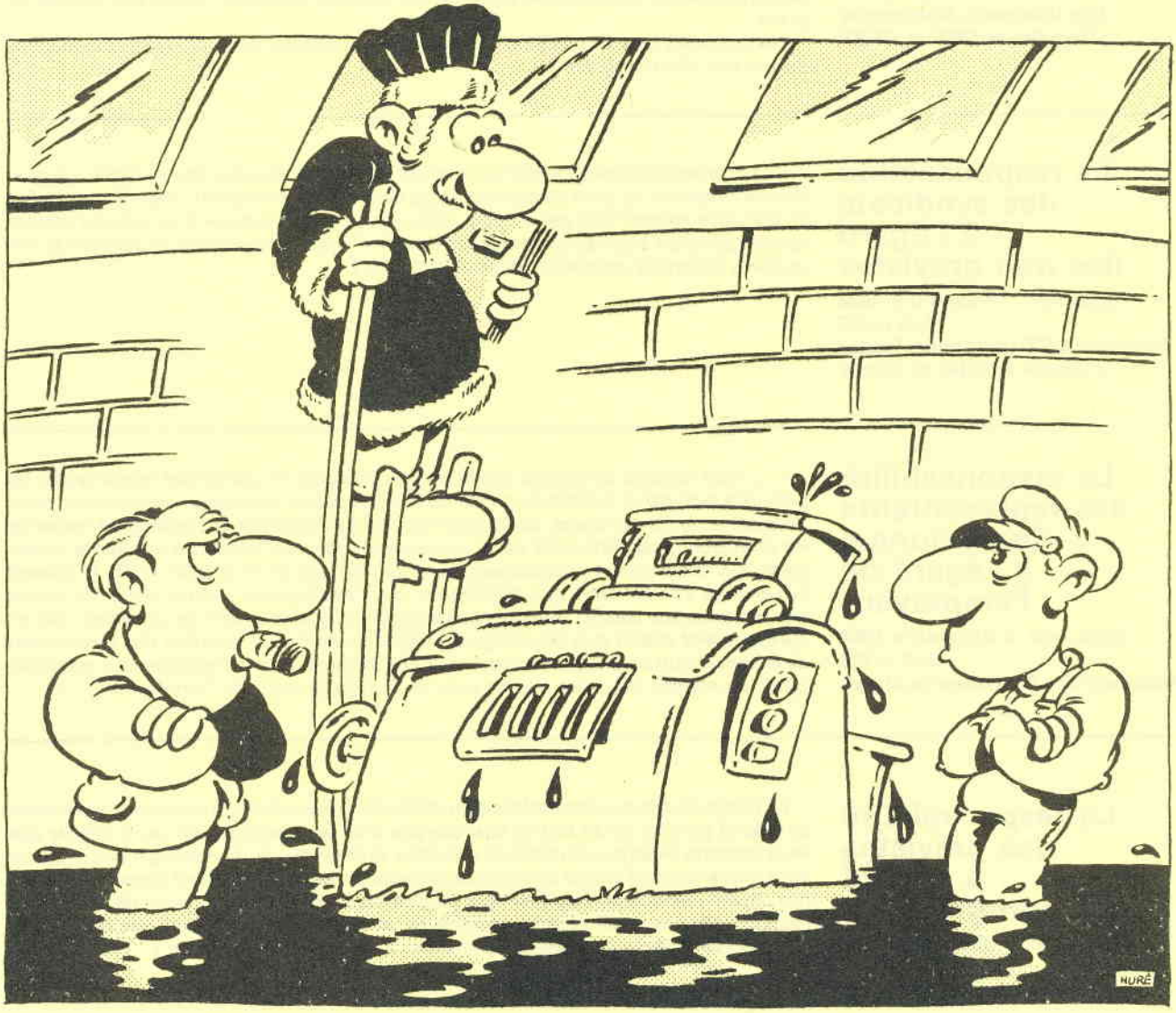
• Le lien de causalité entre la faute et le dommage

C'est un autre terrain important. Il ne faut pas oublier en effet que la grève – même licite – cause un préjudice à l'entreprise. C'est même sa raison d'être. Ce préjudice n'a pas à être réparé par les grévistes: il est inhérent à la grève elle-même. En cas d'actes illicites, c'est le préjudice en découlant directement qui doit être réparé. L'employeur doit donc établir le lien de causalité entre la faute lourde commise et le préjudice anormal qui en est résulté pour l'entreprise. Preuve souvent difficile à apporter par l'employeur, en particulier lorsque le syndicat est poursuivi, mais qu'aucune incitation à la violence ne peut lui être matériellement attribuée. Les mêmes remarques peuvent être faites en ce qui concerne le lien de causalité entre le blocage des portes d'une usine et le salaire dû à des non-grévistes (9).

• Le dossier

On ne dira jamais assez l'importance du dossier et de son suivi, s'agissant d'affaires qui s'étalent le plus souvent sur plusieurs années. Y introduire toutes les pièces utiles: les tracts, les coupures de presse, les notes de service, les lettres adressées par l'employeur au personnel, – reconstituer les raisons du conflit; – expliquer le climat qui l'a rendu possible; – montrer les motifs qui ont guidé le choix des personnes poursuivies, tout cela est indispensable.

Mais le temps qui va s'écouler doit aussi être utilisé par le syndicat à la recherche d'un abandon des procédures engagées par l'employeur et les non grévistes. Les procédures engagées peuvent leur apparaître pesantes et finalement contraires au rétablissement de relations professionnelles normales. Les contacts, la discussion et la négociation peuvent alors trouver à s'employer en vue d'un arrêt des procédures finalement accepté par les deux parties.



Sommaires de jurisprudence

La décision du Conseil constitutionnel du 22 octobre 1982

(JO du 23 octobre, p.3210)

(...) S'il appartient au législateur, dans le respect du droit de grève et du droit syndical ainsi que des autres droits et libertés ayant également valeur constitutionnelle, de définir les conditions d'exercice du droit de grève et du droit syndical et, ainsi, de tracer avec précision la limite séparant les actes et comportements licites des actes et comportements fautifs, de telle sorte que l'exercice de ces droits ne puisse être entravé par des actions en justice abusives, s'il lui appartient également, le cas échéant, d'aménager un régime spécial de réparation approprié conciliant les intérêts en présence, il ne peut en revanche, même pour réaliser les objectifs qui sont les siens, dénier dans son principe même le droit des victimes d'actes fautifs, qui peuvent d'ailleurs être des salariés, des représentants du personnel ou des organisations syndicales, à l'égalité devant la loi et devant les charges publiques. (...)

La responsabilité des syndicats à l'égard de l'employeur

Cass. soc. 9 novembre 1982
Bull. p.454
Ste Dubigeon Normandie c/Syndicats CGT et CFDT

(...) Les syndicats et les délégués syndicaux ne peuvent du seul fait de leur participation à l'organisation d'une grève licite être déclarés responsables de plein droit de toutes les conséquences dommageables d'abus commis au cours de celle-ci.

Bien que les syndicats se soient présentés comme animateurs de la grève, leur responsabilité ne peut être engagée lorsqu'on n'y relève aucune faute en relation avec les dommages allégués, telle que incitations à des dégradations ou appropriations de matériels, à des violences ou à des entraves à la liberté du travail et que les noms des délégués syndicaux n'apparaissent pas dans les constats relatifs à l'action des piquets de grève.

Les syndicats ne sont pas les commettants des grévistes; ceux-ci exercent individuellement leur droit de grève (...).

La responsabilité des syndicats à l'égard des non grévistes

Cass. soc. 9 novembre 1982
Bull p.453
Syndicat CGT de l'Usine Trailor c/Dame Abadie et autres

(...) Si la responsabilité civile d'un syndicat ne peut en principe être engagée à l'occasion de l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu, notamment du fait du préjudice indirect subi par les tiers, il en est autrement lorsque le syndicat a effectivement participé à des agissements constitutifs d'infractions pénales ne pouvant se rattacher à l'exercice normal du droit de grève (..).

La responsabilité des représentants du personnel à l'égard de l'employeur

Cass. soc. 8 décembre 1983
Bull p.432
Gaillais c/Sté Tanneries de Sireuil

(...) Pour déclarer le délégué syndical et les délégués du personnel responsables du préjudice subi par la société en raison de la dégradation des peaux survenue au cours de la grève, la Cour d'appel, après avoir rappelé qu'ils avaient l'obligation de respecter les dispositions de l'article 32 de la convention collective tendant à assurer la sauvegarde des marchandises périssables, avait énoncé que le 11 octobre 1976, ils avaient eux-mêmes donné l'ordre aux écharneurs, qui s'employaient à cette tâche, de quitter leur poste et que ceux-ci avaient obtempéré pour aller rejoindre les grévistes. Elle en a exactement déduit que les délégués avaient commis une violation des dispositions de la convention collective, constitutive d'une faute de nature à engager leur responsabilité, en relation de cause à effet avec le dommage subi par l'employeur (...).

La responsabilité des grévistes à l'égard des non grévistes

Cass. Soc. 8 décembre 1983
Bull p.428
Fontaine c/Démery et autres

(...) Chacun des co-responsables d'un même dommage doit être condamné à le réparer en totalité sans qu'il y ait lieu de tenir compte d'un partage entre eux qui n'affecte que leurs rapports réciproques et non le caractère et l'étendue de leurs obligations à l'égard de la partie lésée; il en est ainsi même si certains responsables sont demeurés inconnus. Ayant relevé la participation des six grévistes en cause aux piquets de grève dont l'action collective avait causé le dommage, la Cour d'appel a donné une base légale à sa décision de les condamner in solidum à son entière réparation (...).

Prud'hommes

V Organisation judiciaire et procédure

La comparution, l'assistance et la représentation devant les conseils de prud'hommes

L'une des caractéristiques de la procédure prud'homale est sa simplicité, son absence de formalisme. Une règle affirme néanmoins la nécessité de la présence personnelle des parties devant le conseil de prud'hommes à tous les stades de la procédure: «Les parties sont tenues de comparaître en personne sauf à se faire représenter en cas de motif légitime. Elles peuvent se faire assister.» (art. R.516-4).

C'est au commentaire de ce texte qu'est consacrée la présente rubrique. On examinera successivement les finalités de la présence personnelle, la notion de motif légitime d'absence, les personnes habilitées à représenter les usagers devant les prud'hommes. On tracera enfin quelques pistes d'action.

I - Les finalités de la présence personnelle

L'exigence d'une comparution effective des parties à tous les moments de la procédure est indiquée dans l'article R.516-4 du code du travail. Mais il faut essayer de préciser le vocabulaire:

- **comparaître,** signifie se présenter en personne;
- **être assisté,** c'est comparaître avec une personne qui apporte son aide;
- **être représenté,** c'est la possibilité de ne pas comparaître tout en envoyant un représentant sur place, un mandataire.

Un principe essentiel d'ordre public

Alors que devant les autres juridictions la présence personnelle n'est qu'une faculté (1), devant le conseil de prud'hommes c'est une obligation.

Cette obligation n'est pas nouvelle (2) même si dans la pratique on peut relever un certain laxisme de la part des conseils et des plaideurs. Quoiqu'il en soit, la nécessité de comparaître personnellement à toutes les étapes de la procédure s'impose aux deux parties, notamment depuis le décret n° 74-703 du 12 septembre 1974 duquel résulte la rédaction de l'article R.516-4 du code du travail. Déjà en 1907 la loi imposait cette obligation.

L'article R.516-4 ne vise pas seulement la conciliation comme certains voudraient le faire croire. Sa place dans le code l'indique de façon claire: il est situé dans la section II,

(1) NCPC, art. 18: «Les parties peuvent se défendre elles-mêmes, sous réserve des cas dans lesquels la représentation est obligatoire».
Art. 20: «Le juge peut toujours entendre les parties elles-mêmes».
(2) En 1809 les textes prévoient que les parties sont tenues «de s'y rendre en personne et sans pouvoir se faire remplacer, hors le cas d'absence ou de maladie».

intitulée «assistance et représentation des parties» alors que les règles particulières à la conciliation sont inscrites dans la section IV (3).

La spécificité prud'homale

Le contrat de travail a un caractère personnel puisqu'il a pour effet de placer le salarié sous la subordination de l'employeur. Il est donc normal que les parties soient entendues. La comparution personnelle permet de mettre en présence les protagonistes, ceux qui ont une connaissance directe des frais puisqu'ils en sont les acteurs.

Le salarié est à même, mieux que quiconque, d'expliquer les conditions de travail, les circonstances du litige, les usages, l'ambiance des relations de travail.

A l'égard de l'employeur la présence personnelle se justifie d'autant plus que c'est lui qui bien souvent détient les éléments de preuve indispensables à la solution du litige (5). C'est la décision qu'il a prise qui fait l'objet de la contestation du salarié. Il est donc normal qu'il vienne en expliquer les fondements devant le conseil de prud'hommes.

La comparution personnelle a aussi pour objet d'éviter que les mandataires professionnels dénaturent le procès prud'homal.

L'efficacité de l'institution

La présence effective devant la formation de référé, en conciliation, lors d'une mesure d'instruction ou à l'audience du bureau de jugement rend possible à tout moment une issue négociée qui reçoit l'accord des deux parties. Un accord, même partiel, entre les intéressés vaut mieux qu'une solution imposée.

Au cours du débat oral, chaque partie présente sera mieux éclairée sur ses droits, les chances de succès de ses prétentions ou de ses moyens de défense.

Ni archaïsme, ni modernité: la présence personnelle des parties est un des fondements du procès prud'homal aujourd'hui comme hier.

II - Le motif légitime d'absence

Les dispositions des articles 411 et 420 du NCPC fixant les conditions générales de la représentation en justice ne s'appliquent que sous réserve des dispositions particulières à chaque juridiction (6).

Devant le conseil de prud'hommes, on l'a dit, la comparution personnelle est la règle. La représentation est un assouplissement qui n'est admis que lorsqu'existe un motif légitime d'absence. Le plaideur qui veut se faire représenter a donc l'obligation d'invoquer un motif et ce motif doit être reconnu légitime par le conseil.

L'exercice d'une activité professionnelle, par le salarié comme par l'employeur, n'est donc pas en soi une raison suffisante pour ne pas comparaître personnellement. Le motif invoqué doit reposer sur des circonstances particulières que la partie absente doit établir et que le conseil doit vérifier et apprécier.

Au début de chaque audience, celui qui souhaite se faire représenter doit faire indiquer les raisons de sa non comparution en personne et le conseil a l'obligation d'apprécier la validité du motif allégué pour justifier l'absence. En outre, la comparution personnelle peut toujours être ordonnée (7) à l'initiative du conseil ou d'un conseiller rapporteur.

Le motif invoqué et la reconnaissance de son caractère légitime ou non doivent être enregistrés par le greffier. Cette indication sera utile pour la rédaction du procès-verbal ou des décisions que le conseil sera amené à prendre au cours de l'audience ou ultérieurement.

La discussion sur la validité du motif d'absence invoqué ne concerne pas seulement le mandataire et le bureau d'audience mais aussi la partie adverse. Celle-ci peut apporter des éléments dans le débat pour contester la réalité du motif invoqué ou faire déclarer cette raison injustifiée.

Quelques exemples:

Primitivement, les possibilités de représentation étaient plus limitées: seul, le cas d'absence ou de maladie était admis en 1809.

En 1943, la formule a évolué: «en cas de maladie ou d'empêchement». Cette ouverture était le marchepied à l'introduction du «motif légitime» par la loi de 1949.

Pour le salarié, le fait d'avoir changé de région après la rupture de son contrat peut être considéré comme un motif légitime d'absence de participation aux audiences. L'absence à l'audience d'un salarié qui vient de retrouver du travail chez un nouvel employeur pourrait également être reconnue comme légitime. L'éloignement du salarié le jour de l'audience, son impossibilité de se déplacer pour raison médicale constituent un obstacle à sa participation au débat et peut être reconnu comme motif légitime d'absence.

Une grève des transports en commun peut également être un fait justificatif. Par contre, il ne semble pas que la seule perte de salaire soit susceptible de légitimer l'absence à l'audience (il est toujours possible en effet de demander le bénéfice de l'article 700 du NCPC).

S'agissant de l'employeur, il est évident que le PDG d'une entreprise de 5 000 personnes pourra faire admettre la légitimité d'un motif d'absence à l'audience, mais il doit l'invoquer et le conseil l'apprécier en fonction de la nature de l'affaire. Il n'y a pas d'automaticité dans ce domaine. L'emploi du temps du chef d'entreprise ne constitue pas toujours et partout un motif légitime d'absence.

---

(3) Les articles R.516-16 et R.516-17 examinent les conséquences de l'absence du demandeur ou du défendeur à la conciliation selon qu'ils auront justifié ou non d'un motif légitime. Mais ces dispositions ne remettent pas en cause l'obligation de la présence personnelle des parties à tous les stades de la procédure.

(4) La présence personnelle du salarié, ou de l'employeur lorsqu'il est une personne physique, n'appelle pas de remarque particulière. Lorsque l'employeur est une personne morale il faut savoir que le représentant légal d'une société n'a pas à justifier d'un pouvoir spécial mais seulement de son identité et des pouvoirs qu'il tient des statuts. Il en est de même pour le gérant d'une SARL ou le président d'une association.

(5) Voir Action Juridique CFDT n° 38 V La charge de la preuve dans le procès prud'homal.

(6) Art. 749 du NCPC et R.516-0 du code du travail.

(7) Art. 20 du NCPC cité note 1 et articles 184 et suivants du NCPC.

L'appréciation par le conseil et ses conséquences

La légitimité du motif d'absence est appréciée par le conseil sous le contrôle des juges d'appel ou de cassation. Si la légitimité de l'absence d'une partie n'est pas reconnue, son mandataire ne pourra donc pas être entendu et le plaideur sera considéré comme absent.

Si le caractère valable de l'absence d'une partie est admis, son porte-parole sera entendu s'il remplit les conditions que nous allons examiner par la suite.

Il n'existe pas de recours immédiat contre la décision du bureau d'audience d'accorder ou de refuser le caractère légitime à l'absence, mais cette décision peut être contestée à une audience ultérieure ou devant la cour d'appel et même devant la Cour de cassation. La partie adverse peut elle-même, en cas d'inertie du conseil, soulever l'exception de nullité de procédure (8). Il s'agit d'une irrégularité de fond (9) de la procédure qui a pour objet de faire reconnaître la nullité de la représention. En outre, lorsque l'existence d'un motif légitime n'est pas établie, le conseil peut tirer toute conséquence de droit de l'absence des parties et en faire état comme équivalant à un commencement de preuve par écrit (10).

III - Les personnes aptes à la représentation

Une fois que le motif d'absence allégué a été reconnu légitime, il est nécessaire de vérifier si le représentant est habilité à représenter la partie absente, s'il n'existe pas d'empêchement prévu par la loi et s'il est régulièrement mandaté.

L'article 19 du NCPC stipule que «les parties choisissent librement leur défenseur soit pour se faire représenter soit pour se faire assister suivant ce que la loi permet ou ordonne». Il y a donc lieu d'examiner les dispositions de l'article R.516-5 qui fixent la liste des personnes habilitées à représenter les parties en matière prud'homale (11).

1 - Les personnes habilitées

Il s'agit d'une énumération limitative. Il n'est donc pas possible d'y ajouter d'autres catégories. Ainsi, les huissiers ou les délégués du personnel (12) pris en cette qualité ne peuvent représenter les parties dans la procédure prud'homale. La liste a évolué au cours des années. Le texte actuel date de 1974.

• Les salariés ou employeurs appartenant à la même branche d'activité.

En 1979 l'identité de branche d'activité s'est substituée à celle d'identité de profession.

Ce qui motive ce choix, c'est la connaissance des usages, des réalités qui n'est pas réservée aux seuls membres de la profession. Il faut être salarié ou employeur de la même branche professionnelle. Le conseil a intérêt à apprécier cette notion de façon large. On peut facilement admettre que la branche d'activité correspond au champ d'application de la convention collective.

En fait, cette catégorie de mandataires est peu présente dans les conseils.

• Les délégués permanents ou non permanents des organisations syndicales, ouvrières ou patronales.

Cette rédaction a été adoptée en 1958, mais la possibilité pour l'organisation syndicale de défendre aux prud'hommes a été introduite par la loi de 1949, encore qu'à cette époque cela ne profitait qu'aux seuls syndiqués.

Il s'agit de délégués désignés par le syndicat parmi ses membres. Cela exclut un retraité non membre du syndicat (13) ou un quelconque mandataire qui n'est pas adhérent. La loi du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel permet d'ailleurs à une personne ayant cessé l'exercice de sa profession d'adhérer au syndicat professionnel de son choix, si elle a exercé son activité pendant au moins un an (14).

Du côté employeur, ce sont les entreprises qui sont affiliées au syndicat. De ce fait, le secrétaire salarié du syndicat patronal, même permanent, n'est pas adhérent au syndicat (15). Il ne peut représenter un employeur.

• Le conjoint

Cette disposition ne soulève pas de difficulté. Elle a été introduite en 1974. Certains pourraient regretter de ne pas pouvoir comme à l'origine, en 1809, se faire assister par un parent (16). Cela ne concerne que peu de monde.

• Les avocats

Aujourd'hui cela ne fait pas de problème. Il convient seulement de noter que cet auxiliaire de justice n'est pas nécessairement inscrit dans le barreau du ressort du conseil. Il n'en a pas toujours été ainsi. Les avocats n'ont été légalement admis à plaider devant les conseils qu'en 1905.

Il a été jugé que la remise d'un pouvoir écrit à un avocat n'implique pas à elle seule l'existence d'un motif légitime de représentation (17).

L'employeur peut également se faire assister ou représenter par un membre de l'entreprise ou de l'établissement. Cette facilité reconnue à l'entreprise en cas d'indisponibilité de son représentant légal peut aider à mettre en présence les véritables protagonistes, susceptibles d'apporter le plus directement possible au conseil, les circonstances de fait du litige.

---

(8) Art. R.516-39.
(9) Art. 73, 74, 117 et suivants du NCPC.
(10) Art. 198 du NCPC.
(11) L'article R.516-5 évoque aussi l'assistance. Ce sont les mêmes personnes qui peuvent accompagner les parties à tous les stades de la procédure, même à la phase de conciliation.
(12) Cass. soc. 1.08.50 B. III n° 734 p.493.
(13) Cass. soc. 9.12.70 B. V n° 702 p. 574.
(14) L.411-7.
(15) Cass. soc. 11.07.58 B. V n° 913 p.686; Cass. soc. 9.12.70 B. V n° 702 p. 574; Cass. soc. 15.12.83 B. V n° 627 p. 449.
(16) L'article 828 du NCPC permet aux parents, en plus du conjoint, d'assister ou de représenter les parties devant le tribunal d'instance.
(17) Cass. soc. 6.07.78 B. V n° 577 p.431

2 - Les incompatibilités

L'article L.512-3 introduit par la loi n° 82-372 du 6 mai 1982 a édicté une incompatibilité entre les fonctions de conseiller prud'homme et un mandat d'assistance ou de représentation en matière prud'homale.

Cette incompatibilité de représentation concerne aussi bien les élus employeurs que les salariés. Cela n'empêche pas la défense personnelle d'un élu dans un procès le concernant. Elle ne s'applique que dans le conseil où l'élu exerce son mandat. L'incompatibilité est totale en ce qui concerne le président et le vice-président du conseil; elle n'est que partielle pour les membres des sections ou ceux qui siègent en référé (18).

Cette disposition clarifie les rôles. Ou bien on est juge et l'on s'interdit la défense devant ses pairs; ou bien on choisit la défense et on renonce à juger.

3 - Le statut du défenseur syndical

La loi du 6 mai 1982 a attribué aux salariés qui exercent la fonction d'assistance ou de représentation devant la juridiction prud'homale et qui sont désignés par les organisations syndicales les plus représentatives, le droit de disposer du temps nécessaire à l'exercice de leur mandat dans la limite d'une durée de dix heures par mois. C'est l'aboutissement d'une revendication de la CFDT qui a été prise en compte par le Sénat. Cette disposition s'applique légalement dans tous les établissements de plus de dix salariés. Elle peut faire l'objet de dispositions conventionnelles plus avantageuses. Il est souhaitable que par la négociation collective, une certaine protection contre les représailles et le licenciement soit instituée au bénéfice de ces défenseurs (19) et que le maintien de leur rémunération soit assuré.

4 - Les conditions de validité du mandat

Le mandataire doit selon l'article 416 du NCPC pouvoir justifier de sa mission. Il doit donc être porteur d'une procuration spéciale, appelée mandat ou pouvoir, l'habilitant à représenter telle personne dans telle affaire. Ce document doit être daté et signé; il est établi sur papier libre (20). L'avocat en est dispensé (21).

L'assistant est celui qui est à côté du plaideur pour l'aider. Il n'a donc pas besoin du pouvoir établi par celui qui le mandate. Néanmoins, le défenseur syndical doit pouvoir, le cas échéant, apporter la preuve qu'il a été désigné par une organisation syndicale représentative.

IV - Quelles pratiques prud'homales ?

Faire appliquer la règle

On a souligné l'importance de la présence personnelle des parties pour une meilleure appréhension des faits par le conseil et la recherche de points d'accord susceptibles de mettre un terme au conflit. Les élus doivent donc faire énoncer les causes de l'absence. Le conseil doit vérifier avec fermeté la réalité du motif d'absence allégué et apprécier la légitimité du motif de représentation avec souplesse. L'objectif est que du côté employeur, le véritable responsable, celui qui a pouvoir de décision puisse être présent et entendu. Il convient donc de n'accepter la substitution que de façon limitée et seulement en cas de motif légitime établi. Celui qui l'invoque doit supporter la charge de la preuve de l'existence de ce motif.

La ténacité paie. Les conseils ou les sections qui agissent pour limiter le nombre des renvois le savent bien. La volonté clairement affirmée des élus salariés et patrons doit pouvoir imposer le respect des garanties procédurales. Il y a sans doute lieu d'annoncer la nouvelle pratique et d'aviser les défenseurs syndicaux à l'avance.

De leur côté les défenseurs syndicaux doivent, le cas échéant, préciser le motif d'absence du salarié et expliciter sa légitimité. Ils peuvent aussi contester la validité de la représentation de l'employeur et soulever l'exception de nullité.

L'assistance

Lorsque les parties sont accompagnées par un assistant, le conseil les entend par l'intermédiaire de ce dernier. Néanmoins, il peut toujours consulter directement les intéressés. Il n'est pas question de «piéger» le justiciable mais d'obtenir une connaissance directe des faits, des circonstances, des usages, des habitudes et du climat de travail. Il faut sans doute qu'un consensus s'instaure dans le bureau d'audience, mais chacun peut poser des questions. En outre, il y a peut être lieu d'indiquer aux assistants les raisons de cette attitude qui n'est pas dirigée contre eux mais qui a pour objet une clarification du comportement, une meilleure appréhension des réalités. Il ne s'agit pas d'une mesure de défiance à l'égard de l'assistant, mais d'une exigence d'authenticité, d'objectivité pour la recherche du vrai (22).

---

(18) Art. L.516-3: «Les personnes habilitées à assister ou à représenter les parties en matière prud'homale, si elles sont par ailleurs conseillers prud'hommes, ne peuvent pas exercer une mission d'assistance ou un mandat de représentation devant la section ou, lorsque celle-ci est divisée en chambres, devant la chambre à laquelle elles appartiennent.
Ces mêmes personnes ne peuvent assister ou représenter les parties devant la formation de référé du conseil de prud'hommes si elles ont été désignées par l'assemblée générale de ce conseil pour tenir les audiences de référé.
Le président et le vice-président du conseil de prud'hommes ne peuvent pas assister ou représenter les parties devant les formations de ce conseil».

(19) L'article L.122-45 affirme la nullité de plein droit des sanctions ou du licenciement prononcé en raison des activités syndicales. Action Juridique CFDT n° 30 J p.24; n° 32 B p.5

(20) Voir modèle de pouvoir dans le guide pratique de l'agenda CFDT 1984 p.196 ou dans le guide pratique des prud'hommes édition 1983 p.70.

(21) Article 416 du NCPC.

(22) Article 442 du NCPC: «Le président et les juges peuvent inviter les parties à fournir les explications de droit ou de fait qu'ils estiment nécessaires ou à préciser ce qui paraît obscur».

Faire acter les déclarations des parties et motiver la décision

L'article R.516-17 précise que les prétentions des parties où la référence qu'elles y font sont consignées par écrit. Cette disposition, comme celle consacrant le caractère oral de la procédure (R.516-6) s'applique aussi bien en référé que devant le bureau de jugement. En outre, en conciliation, il y a obligation pour le greffier d'enregistrer la déclaration des parties (R.516-15).

Les élus doivent vérifier l'enregistrement conforme de ce qui a été déclaré ou décidé. Rien n'interdit aux conseillers et à l'une des parties de solliciter la lecture de ce qui a été consigné.

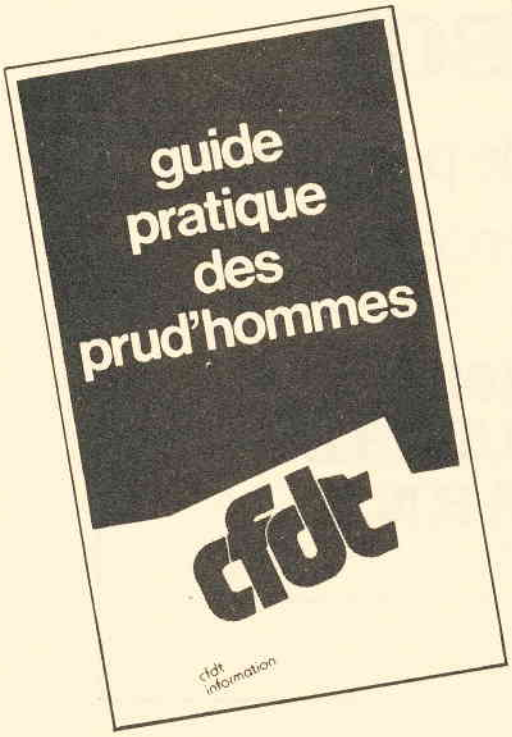
Au moment de la rédaction du jugement il convient de motiver soigneusement et de préciser la présence ou non des parties lors des différentes phases de la procédure, le cas échéant, leur assistance ou leur représentation en cas de motif légitime reconnu. Les usagers du conseil de prud'hommes ont droit à ces explications. Les notes du greffier lors des audiences de conciliation ou de jugement peuvent alors être utilisées avec profit.

Apprécier la mise en œuvre de la règle

Les conseillers comme les défenseurs ne peuvent limiter leur rôle au traitement des affaires individuelles. Ils doivent s'intéresser aux conditions de fonctionnement du conseil et s'efforcer d'en faire un bilan sur une période déterminée.

La mise en œuvre de la règle de la comparution personnelle devra donc être appréciée aussi bien à l'intérieur du conseil lui-même, par les conseillers en liaison avec le greffier, qu'à l'extérieur au sein de la commission juridique.

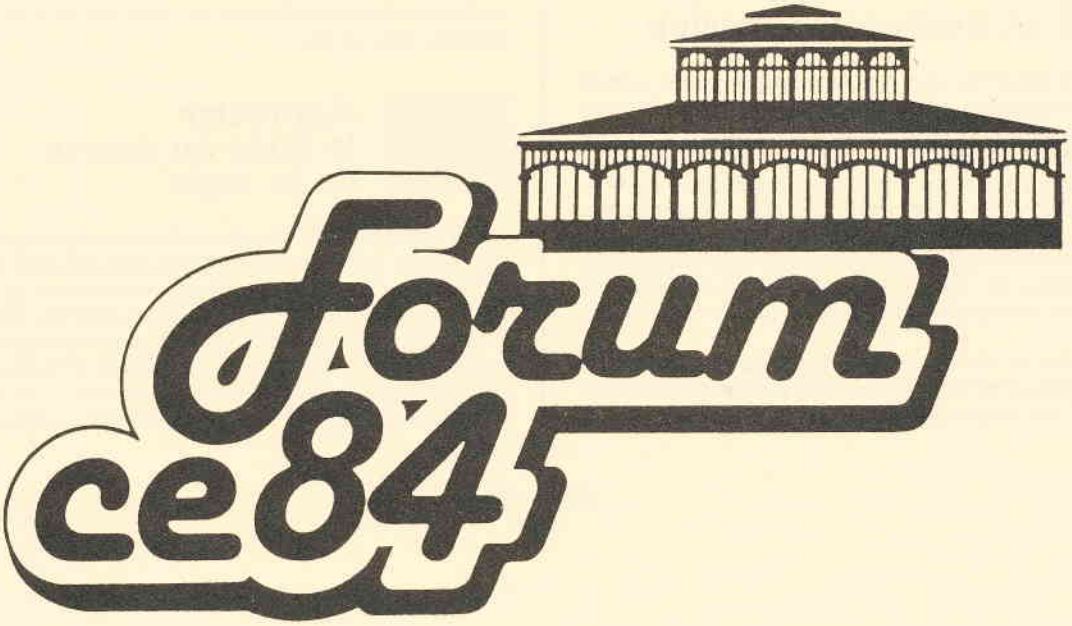
* * *



GUIDE PRATIQUE DES PRUD'HOMMES

Conseiller prud'homme ou salarié en conflit avec votre employeur, cette brochure vous est utile. Elle vous renseigne sur vos droits et contient les références essentielles au code du travail et au code de procédure civile. Un livre indispensable.
248 p. Prix franco 36,00 F

A commander à Montholon-Services 26, rue de Montholon 75009 Paris



FORUM DES COMITES D'ENTREPRISE ET DES CHSCT

Un grand rassemblement de personnes, d'idées et d'expériences

16-17-18 octobre 1984
AU PAVILLON BALTARD
NOGENT SUR MARNE
(15 minutes du centre de Paris par le RER)

Quelques modifications récentes apportées au code du travail

Le JO du 10 juillet publie la loi du 9 juillet 1984 portant «différentes dispositions d'ordre social» (en abrégé DDOS). Nous signalons ci-dessous les modifications les plus importantes intervenues dans le domaine du droit du travail.

1 - Calcul de l'indemnité de licenciement

Comme annoncé dans la fiche pratique publiée dans le numéro précédent, le calcul de l'indemnité de licenciement doit désormais se faire sur la base de la rémunération brute et non de la rémunération nette comme l'avait décidé la Cour de cassation (art. L. 122-9).

Ce principe doit s'appliquer aux indemnités conventionnelles de licenciement, dont les conditions d'attribution devraient, désormais, faire référence à la notion de rémunération brute.

2 - Indemnité de départ en retraite

L'indemnité légale de départ en retraite est attribuée aux salariés quittant volontairement l'entreprise à partir de 60 ans.

Là encore les négociateurs auront à en tenir compte lors de la révision des dispositions des conventions collectives relatives aux indemnités de départ en retraite (Loi du 19 janvier 1978).

3 - Fusion des mandats

La fusion des mandats de délégué syndical et de représentant syndical au comité d'entreprise n'est plus imposée que dans les entreprises de moins de 300 salariés.

Dans les entreprises de taille plus importante, un délégué syndical supplémentaire peut donc être désigné, si le mandat de délégué syndical était cumulé jusqu'ici avec celui de représentant syndical au comité d'entreprise (art. L.412-17)

4 - Elections professionnelles. Nombre de collèges

Une convention collective **même étendue** ne peut modifier le nombre et la composition des collèges électoraux en matière d'élections professionnelles que si elle a été conclue par toutes les organisations syndicales existant dans l'entreprise (art. L.423-3 et L.433-2), ce que contestait jusqu'ici la Cour de cassation.

5 - Composition du CHSCT

Les textes sur le CHSCT ne font pas obstacle aux accords collectifs et usages plus favorables concernant sa composition (art. L.236-13). Cette disposition a pour objet de permettre le maintien de la participation du représentant syndical au CHSCT lorsque cette participation existait dans les anciens CHS.

Rédaction: 4, bd de la Villette 75955 Paris cedex 19 - tél.(1) 203 80 00
Directeur de la publication: Jean-Paul Jacquier - Rédacteur en chef: Francis Naudé
Administration: M. Jeanclaude, 4 bd de la Villette 75955 Paris cedex 19 - tél.(1) 203 81 35
Abonnement 1 an (8 numéros): 153 F (TVA 4 % comprise) - le numéro: 25,00 F
Numéro de commission paritaire: 1404 D 73 - ISSN 0191 28 74
Photocomposition, maquette et impression:
Atelier Montholon-Services 26 rue de Montholon 75439 Paris cedex 09 (numéro fab. 2337)