

Statut et contrat : deux modes de construction de la relation de travail

*Nicole MAGGI-GERMAIN **

Introduction

Les agents de l'Administration, qu'il s'agisse des fonctionnaires ou des agents publics non-titulaires, sont des personnels de droit public : ils relèvent, pour les conflits les opposant à leur administration, des juridictions administratives (Tribunaux administratifs (TA), Cours administratives d'appel (CAA), Conseil d'Etat (CE)). Il en résulte un certain type de relations de travail construites autour de l'acte administratif, et en particulier du statut du personnel, acte unilatéral arrêté par la puissance publique. Cet ordre juridique obéit à une logique propre, distincte de celle qui prévaut dans un ordre juridique marqué par l'acte contractuel¹.

Or, on constate que depuis quelques années les relations de travail dans la fonction publique connaissent un certain nombre d'évolutions, telles que la contractualisation des relations de travail, qui comportent un grand nombre de similitudes avec les entreprises publiques à statut (EDF GDF, RATP, SNCF). Un parallèle peut donc être fait entre les services publics industriels et commerciaux (SPIC) et les services publics administratifs (SPA), tant au niveau de l'analyse de l'articulation entre acte unilatéral et acte négocié, statut du personnel et conventions collectives notamment, qu'au niveau du sens porté par ces transformations et de l'impact sur les relations socio-

* Maître de conférences de droit social à l'Institut des sciences sociales du travail (Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne), membre de l'équipe de recherche Droit et changement social (UMR CNRS 6028) / MSH Ange Guépin, Nantes

1. Ce texte s'inspire de plusieurs travaux : Maggi-Germain N., (1996) ; Maggi-Germain N. et Garbar Ch. (2003).

professionnelles. Notre analyse portera donc sur le secteur public, entendu au sens large, afin d'essayer de mieux cerner la spécificité des relations de travail (I) pour comprendre quels sont les effets produits sur la règle de droit (II).

La spécificité de la relation de travail

Au sein du secteur public, la spécificité de la relation de travail tient à la dimension service public, partie intégrante de la relation de travail. Il a permis, dans les entreprises publiques à statut, de ne pas faire de l'économique un composant hypertrophié de l'entreprise : objectifs sociaux et objectifs économiques (recherche d'une rentabilité) sont en constante tension. Dans les SPA, l'intervention se fait *a priori* en dehors du secteur marchand : le but des administrations n'est pas la recherche du profit (ce qui ne veut pas dire qu'elles ne doivent pas être efficaces). La dimension service public s'incarne dans le statut du personnel (A). Il en résulte des relations de travail qui obéissent à une logique particulière (B).

Le statut du personnel

Le statut du personnel, acte réglementaire de droit public, se présente comme la contrepartie de l'existence d'un service public dont l'effet premier fut de sortir les relations de travail du champ d'application de la législation sur les conventions collectives. Ainsi on retrouve, dans les statuts, l'idée que l'existence d'un service public justifie une adaptation du temps de travail permettant de garantir la continuité du service ¹ (c'est ce qui explique que le droit de grève dans les services publics soit encadré ou interdit). Il devait permettre à l'Etat-puissance publique de s'assujettir des travailleurs qui devenaient de véritables serviteurs de la chose publique. L'idée sous-jacente était que l'intérêt public l'emportant forcément sur les intérêts individuels des fonctionnaires, on ne pouvait leur appliquer les règles du droit commun. Le principe même d'un statut apparut comme un moyen de développer une réglementation restrictive à l'égard des agents de l'Etat : c'était une redou-

1. Toute activité de service public obéit à un régime propre, dominé par les principes de l'égalité de traitement des usagers ou des agents (principe général du droit tiré du principe d'égalité entre les citoyens de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789), de continuité (principe à valeur constitutionnelle ; Conseil constitutionnel 25 juillet 1979, *RDP* 1979, 1705) et de mutabilité (« il n'existe aucun droit au maintien d'un service » en faveur de l'usager (CE sect. 27 janv. 1961, Vannier, *Rec.* p. 60, concl. Kahn). Ces règles forment ce que l'on appelle les « lois » de Rolland, du nom de celui à qui l'on doit la formulation (*Cours de droit administratif*, D.E.S. de droit public, Paris, Les cours du droit, 1943-1944, p. 178).

table arme contre l'organisation syndicale des fonctionnaires ¹ en même temps qu'un moyen de leur refuser le droit de grève ². Ainsi que l'explique B. Laurent, la situation est en tous points ambiguë : « le statut, voilà la protection suprême qui délimitera les droits du fonctionnaire, protégera son travail et son avenir, rendant ainsi superflue et même criminelle la grève, inutiles l'association ou le syndicat » (Laurent B., 1913).

Pour les agents de l'Etat, si le statut représentait un moindre mal comparé à la pléthore de textes d'origines diverses qui les régissaient, ils rejetaient cependant une bonne partie des contenus proposés par les divers projets. Beaucoup voyaient dans le statut un moyen de lutter contre le « fonctionnarisme », cette gangrène qui touche les services publics dans leur gestion. Certaines affaires célèbres, comme celle des fiches ³, avaient révélé un système qui s'abreuvait d'arbitraire et entretenait l'incompétence et la malhonnêteté. Il suffit de lire les pages écrites par Balzac sur le sujet pour s'en convaincre : le regard attentif et acerbe qu'il pose sur les employés de l'Etat révèle, au travers de maux comme le favoritisme, la multiplication des emplois et son corollaire, l'insuffisance des traitements, l'inexorable développement de la bureaucratie, « pouvoir gigantesque mis en mouvement par des nains » (Balzac H., 1836). Présent lors des admissions aux emplois publics, dans l'avancement et les nominations, le favoritisme nuit au bon fonctionnement des administrations. Selon A. Lefas, « ç'a toujours été la tendance des gouvernants que de considérer les fonctionnaires comme des hommes à eux, des représentants, qui doivent en tout point correspondre à leur pensée. C'est une conception d'ailleurs assez logique en soi, puisque les fonctionnaires, d'une part, sont les agents de l'Etat et puisque l'Etat, d'autre part, est représenté en acte par le gouvernement » (Lefas A., 1913). Un statut du personnel devait permettre, en réglementant les nominations, l'avancement, les conditions

-
1. Les premiers syndicats ou associations professionnelles de fonctionnaires apparaissent au milieu du 19^e siècle, chez les postiers, les instituteurs et agents des ponts et chaussées. Les gouvernements de la troisième République refusent la capacité syndicale aux agents de l'Etat, mais tolèrent les associations ou amicales ainsi que les quelques syndicats existant qui légitiment leur présence en s'appuyant soit sur la loi de 1884, sur la liberté syndicale, soit sur celle de 1901, sur les associations. Quant aux gouvernements, ils justifient leurs refus par la situation même des fonctionnaires, détenteurs d'une portion de la puissance publique, autrement dit de la souveraineté de l'Etat, une et indivisible. Mais le 17 juin 1924, E. Herriot, président du Conseil, annonce la reconnaissance du droit syndical pour les agents de l'Etat (confirmée par une circulaire du ministre de l'Intérieur Chautemps, le 27 septembre 1924).
 2. Le Conseil d'Etat, dans son arrêt Winkel du 7 août 1909, refuse de reconnaître le droit de grève aux fonctionnaires.
 3. Développée durant la période 1902-1904, et qui mit au jour un système de délation organisé par le ministre de la Guerre, le général André, en vue de répertorier les officiers mal-pensants, considérés comme de mauvais républicains parce que se rendant à la messe, par exemple. Ces derniers étaient bloqués dans leur avancement et ne pouvaient espérer une affectation intéressante. L'affaire provoqua la chute du ministère Combes et l'adoption de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 sur le droit à la communication du dossier avant toute mesure disciplinaire ou déplacement d'office.

générales d'organisation, c'est-à-dire en imposant des règles d'organisation sociale générales et impersonnelles, d'instaurer une certaine stabilité, sans place pour l'arbitraire. L'idée de dépendre d'un statut était acceptée parce qu'il offrait une situation plus protectrice que ne l'était le droit commun. Les agents de l'Etat ont en effet rapidement associé statut du personnel et octroi de garanties ¹ destinées à compenser l'application d'un régime dérogatoire au droit commun.

Il fallait, pour cela, remplacer la multitude de statuts législatifs réglementant des corps particuliers ², et le plus souvent, de façon laconique ³. De nombreuses propositions allant dans le sens d'un statut unique furent énoncées ⁴. Un projet de 1912 ⁵, très critiqué, prévoyait que seuls les fonctionnaires appartenant à une même administration, un même service, pouvaient former des associations (art. 33, § 3). Il s'agissait là d'une mesure visant à briser les fédérations et unions. Au travers des différents textes, l'idée transparaissait d'encadrer une population au sein d'un statut carcan et de barrer la route au syndicalisme. Les syndicats ne furent pas dupes : ils refusèrent une telle conception du statut, assimilé à un diktat générant l'arbitraire. Face aux projets parlementaires, bon nombre de fonctionnaires commençaient à penser que le droit commun leur offrirait plus de garanties qu'un statut qui fai-

-
1. Avancement régulier et hiérarchique, stabilité, sécurité de la retraite, selon les propres termes de Labbé Lemire, Chambre des députés, 20 fév. 1902, Ann., J. O., 1902, p. 1049.
 2. Ainsi, la loi du 19 mai 1834, sur l'état des officiers des armées de terre et de mer, restée en vigueur jusqu'en 1972, a posé un principe fondamental du droit de la fonction publique : la distinction entre le grade et l'emploi. On peut également citer la loi du 30 août 1883, relative à l'organisation judiciaire.
 3. Une loi de 1851 détermine les conditions d'accès des conducteurs des ponts et chaussées au grade d'ingénieur ; une autre de 1879 règle la proportion dans laquelle les emplois de receveurs particuliers doivent être répartis entre les candidats, selon leur provenance.
 4. Dès la monarchie de Juillet (propositions Saint-Marc Girardin du 30 mars 1844, *Le Moniteur*, 1844, p. 792, de M. de Gasparin, le 28 février 1846, *Le Moniteur* 1846, p. 513). D'autres programmes suivirent, nombreux et tendant tous à imposer à la majorité des agents de l'Etat certaines conditions de travail. En 1873, un projet de statut général élaboré par une commission présidée par Lamy Turquet échoua, repoussé par le Conseil d'Etat ; la loi de Finances du 14 janvier 1884 prévoyait quant à elle qu'un décret réglerait l'organisation de l'administration centrale de chaque ministère. Brisant les pratiques traditionnelles suivies au sein de chaque service, dont tout le monde s'accommodait, et créant de nouvelles inégalités, le projet échoua. Un rapport Chaigne, de mars 1909, proposa la mise en place de conseils d'administration où étaient représentés les fonctionnaires. Ils intervenaient dans les nominations et révocations. Le recrutement se faisait sur titre de capacité (concours, diplôme) et stage probatoire. L'avancement comportait des grades (tableau d'avancement) et des classes (périodique). Les peines disciplinaires étaient définies. Quelques mois plus tard, un autre rapport voyait le jour, du nom de son auteur, M. Briand. Il offrait de supprimer les conseils d'administration. Au projet du ministère Clemenceau, déposé en 1909 (*RDP* 1909, p. 313 et 595) succéda celui du ministère Millerand, en 1920 (*RDP* 1920, p. 314) qui disposait, notamment, que les conseils de discipline seraient composés pour un tiers de représentants du personnel élus. L'année 1937 vit une proposition de loi d'inspiration CFTC, tandis que J. Bradoux déposait en 1939 un autre projet.
 5. Qui reprend un projet de loi déposé par le Garde des Sceaux Guyot-Dessaigne, le 11 mars 1907, sur le droit d'association des fonctionnaires. Il leur interdisait le droit de faire grève, le droit syndical et l'accès aux bourses du travail. Le droit d'association était limité aux fonctionnaires d'un même service.

sait d'eux la « chose de l'Etat ». Ils refusaient d'être, selon leurs propres termes, des « citoyens diminués ». La fonction publique statutaire apparaissait, pour beaucoup d'entre eux, comme un ghetto à l'intérieur duquel l'Etat maintiendrait des conditions de travail nettement moins protectrices que celles alors en vigueur dans le droit commun. Ce statut leur semblait finalement être plus celui des gouvernements successifs que le leur : dans les projets, l'exécutif disposait de pouvoirs exorbitants comme la possibilité de passer outre les décisions de la juridiction disciplinaire d'appel ¹ ou encore de vérifier, lors du recrutement, le loyalisme et l'attachement aux institutions républicaines des candidats ². Les différents projets de statut furent perçus comme des régressions sociales.

Si tous ces projets de statut échouèrent dans un consensus quasi général, c'est pour plusieurs raisons. Le Conseil d'Etat tout d'abord, qui voyait d'un assez mauvais œil se développer un statut qui renforcerait les garanties et droits des fonctionnaires et laisserait ainsi se créer les conditions d'une opposition d'intérêts Etat/fonctionnaires. Quant aux gouvernements successifs, ils percevaient les propositions des parlementaires comme autant d'imixtions dans des affaires intérieures qui ne ressortaient que de l'exécutif. On parlait même d'atteinte au principe de séparation des pouvoirs. Il apparaissait utopique de vouloir légiférer uniformément pour tous les fonctionnaires ³. Un statut général et homogène ne semblait pas approprié pour régler des situations aussi diverses que celles que l'on rencontrait d'un corps à l'autre et même d'un service à un autre. Les recours aux décrets, circulaires et autres apparaissaient comme le moyen le plus sûr et efficace de respecter les particularismes et, le cas échéant, de permettre une adaptation aux nouvelles conditions de travail. Il fallut attendre le gouvernement de Vichy et la mise en place d'un Etat autoritaire, pour que vît le jour un statut général des fonctionnaires civils de l'Etat et de ses établissements publics ⁴, tout entier tourné vers la défense des intérêts de l'Etat. Mais ce n'est qu'avec la Libération, lorsque intervient une tentative de re-formulation des rapports de l'Etat à la société civile (l'intervention de l'Etat vise alors la mise en place d'une démocratie économique) qu'est adoptée la loi du 19 octobre 1946, relative au statut général des fonctionnaires. Dans tous les cas de figure, et quel que soit le contexte politique, les tentatives de mise en œuvre d'un statut unique du personnel de l'Etat ont servi à renforcer son intervention.

1. Rapport de M. Thomas, exposé lors du congrès de la fédération des fonctionnaires, en 1919, cité par B. Laurent, *op. cit.*, p. 532.

2. Projet Maginot.

3. Ils étaient plus de 500 000 dans les années 20.

4. Loi du 14 septembre 1941.

Des relations de travail construites sur une logique particulière

Le statut du personnel se présente comme un compromis entre des intérêts divergents. Il institue des rapports d'interdépendance entre avantages/sujétions, droits/devoirs agrégés autour du service public qui en constitue le pivot (le Conseil d'Etat légitime l'application de règles exorbitantes en fonction des exigences particulières du service public exploité ¹). Si l'agent se doit au service public (il existe un devoir d'obéissance de l'agent public qui doit se conformer aux instructions émanant du supérieur hiérarchique, sous peine de sanction disciplinaire ; les statuts interdisent le cumul d'emploi ; l'agent doit faire preuve de discrétion), l'employeur lui en est redevable par la garantie de l'emploi et d'une rémunération, des aides financières spéciales accordées en cas de difficultés dans la vie privée de l'agent... Cette intériorisation d'une certaine contrainte, acceptée par les agents, légitimée par l'existence d'un service public et formalisée par le statut, constitue le point d'ancrage de la relation de travail : elle a permis le développement de relations d'interdépendances de type consensuel et ce, d'autant plus, que les statuts ont fait l'objet, au moment de leur élaboration comme de leur modification, de véritables négociations ².

Il s'agit de composer avec des intérêts non pas antagonistes mais situés sur une échelle des valeurs. À la confrontation des intérêts particuliers immédiats, individuels ou collectifs, qui possèdent, *a priori*, une légitimité propre et qui caractérise la relation de travail égalitaire, se substitue une hiérarchisation des intérêts particuliers et collectifs autour du service public, élément fédérateur. Cela se traduit, au plan des relations socioprofessionnelles, par la mise en place d'un droit statutaire qui témoigne d'une dépersonnalisation de la relation de travail, la dimension service public agissant tel un filtre entre la personne publique-employeur et l'agent.

Les relations de travail se construisent à partir de cet impératif de conciliation d'intérêts hiérarchisés qui est aussi source de désaccord entre les directions et les organisations syndicales. La mise en œuvre du droit de grève au sein des entreprises publiques à statut constitue, à cet égard, un bon exemple : deux logiques s'affrontent, qui possèdent chacune leur propre cohérence. Les dirigeants des entreprises actionnent le « statut-contreparties »,

1. CE 27 mars 1985, Bourhis, Rec., p. 92.

2. La législation sur les assurances sociales s'inspire de la même philosophie. « Le travailleur a donné sa vie et son labeur à la collectivité d'une part, à ses patrons d'autre part, et, s'il doit collaborer à l'œuvre d'assurance, ceux qui ont bénéficié de ses services ne sont pas quittes envers lui avec le paiement du salaire, et l'Etat lui-même, représentant de la communauté, lui doit, avec ses patrons et avec son concours à lui, une certaine sécurité dans la vie, contre le chômage, contre la maladie, contre la vieillesse, la mort » (Mauss M., 1966).

faisant valoir, à la faveur de la nécessaire continuité du service, les nombreuses garanties sociales qu'il contient ¹, tandis que certaines organisations syndicales condamnent une dérive « financière » du service public aux dépens des impératifs de qualité et de fiabilité ².

Les agents entretiennent avec le service public une relation très étroite qui se traduit par une intériorisation de leur mission : chaque agent conçoit sa mission au travers du prisme de sa propre perception du service public. Cela se traduit, au plan de la relation de travail, par une appropriation de la substance même du service public. L'ordre donné est légitime pour autant qu'il apparaît en conformité avec l'impératif de service public. C'est sans doute ce qui explique le dynamisme particulier qui caractérise les relations socioprofessionnelles.

Le secteur public accorde aussi une large place aux instances paritaires dont les missions ont, corrélativement à celles que l'on a accordées à la négociation collective, quelque peu évolué, en particulier dans les entreprises publiques à statut. Elles sont le pendant institutionnel d'un système juridique historiquement construit sur l'acte unilatéral et qui excluait donc, *a priori*, toute négociation des conditions de travail. Ces commissions ont en effet permis d'assurer à la représentation une voie d'expression, en même temps qu'elles s'imposaient comme véritable contre-pouvoir, bien que ne disposant que d'un pouvoir consultatif. Ce faisant, elles participent d'une philosophie d'institutionnalisation du contre-pouvoir et constituent des passages obligés.

Il existe un certain nombre de commissions où les discussions portent sur la gestion individuelle des carrières (CAP), qui ont historiquement constitué une réponse aux pratiques de favoritisme. Mais la critique est parfois faite d'une cogestion des carrières où l'appartenance syndicale est prise en compte (Rapport Fournier, 2002).

Cette architecture très particulière des relations socioprofessionnelles, contribue à inscrire ces statuts dans une certaine permanence. Un statut ne se dénonce pas, à l'inverse d'une convention collective. Chaque modification

-
1. Cette philosophie du social dans l'entreprise est clairement exprimée dans le projet de contrat social de la RATP du 6 novembre 1990 : « Le statut, par la protection sociale qu'il donne, par la sécurité et la tranquillité d'esprit qu'il procure, doit créer des conditions favorables au travail dans l'entreprise. Garant des droits d'agents, il trouve son fondement dans l'exigence faite à toute entreprise d'assurer le service que l'entreprise doit au public » (p. 1).
 2. Selon B. Thibault, alors secrétaire général de la Fédération nationale des travailleurs cadres et techniciens des chemins de fer (CGT) : « Les rapports entre les services sont de type clients-fournisseurs et donc essentiellement axés sur l'aspect financier et non plus sur la qualité et la fiabilité. Ceci a des effets pervers, dans la mesure où ce ne sont plus ni la qualité ni la quantité du travail effectué qui servent de référence, mais le résultat financier » (MM. Cuq H. et Bussereau D., 1994).

ne peut être le fait d'une partie mais implique, au travers d'un certain formalisme, la recherche d'un consensus, d'une adhésion autour d'un projet collectif qui constitue une garantie démocratique dès lors que se trouvent pris en compte les intérêts collectifs, et notamment ceux des agents.

Incidences sur la règle de droit

Dans un tel contexte, l'acte unilatéral constitue le support juridique de la relation de travail (A), les accords et conventions collectives n'ayant qu'une place subsidiaire (B)

Le support juridique de la relation de travail : l'acte unilatéral

Le Code du travail ne s'applique pas aux fonctionnaires qui sont régis par le statut législatif de la fonction publique. Il existe plusieurs statuts généraux, rassemblés au sein du Statut général des fonctionnaires civils¹. Le Statut général comprend quatre titres. Le premier titre s'adresse à l'ensemble des fonctionnaires. Il date d'une loi du 19 octobre 1946 et a été remplacé par une ordonnance du 4 février 1959² puis modifié par une loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires³ et par une loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat⁴. Le titre II s'applique à la fonction publique d'Etat. Le titre III concerne la fonction publique territoriale⁵. Le titre IV vise la fonction publique hospitalière s'agissant des personnels administratifs et paramédicaux⁶. Quant aux statuts des entreprises publiques, il s'agit généralement d'actes réglementaires, c'est-à-dire d'actes administratifs unilatéraux, non-négociables parce qu'édicés par la puissance publique. Formellement du moins. En pratique, les statuts et les modifications statutaires ont été et font l'objet de concertations entre l'Etat et les partenaires sociaux. Les statuts sont mis en œuvre par différents textes réglementaires tels les circulaires Pers d'EDF-GDF. S'agissant de la fonction publique d'Etat, le statut législa-

1. Certains fonctionnaires civils relèvent de statuts spéciaux : les magistrats judiciaires (ordonnance du 22 déc. 1958) ; les fonctionnaires des services des assemblées parlementaires ; les personnels enseignants et hospitaliers des CHU et les praticiens hospitaliers ; les fonctionnaires des chambres consulaires (CCI, chambre d'agriculture). Certains fonctionnaires ne relèvent que pour partie du statut général : les magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ; les magistrats des chambres régionales des comptes.

2. Qui tient compte de la révision constitutionnelle et du fait que désormais, « les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils de l'Etat » relèvent de la loi (art. 34 de la Constitution de 1958).

3. Qui énonce des principes communs aux fonctions publiques d'Etat, territoriales et hospitalières.

4. Modifiée par les lois du 30 juillet 1987, 26 juillet 1991 et 25 juillet 1994.

5. Loi du 26 janvier 1984.

6. Loi du 9 janvier 1986.

tif est essentiellement décliné par deux catégories de textes : les règlements d'application à caractère statutaire et les statuts particuliers des différents corps de fonctionnaires (il en existe 950) ¹.

Les agents publics sont dans une situation légale et réglementaire, c'est-à-dire non négociée et non-négociable. Ils ont été nommés. Il en résulte plusieurs conséquences. Les agents publics sont régis par le principe de mutabilité. Leur situation juridique est fixée par la loi ou le règlement en vigueur : ils ne peuvent prétendre à aucun droit acquis au maintien de leur statut, lequel peut être modifié à tout moment ². L'intérêt général et les besoins du service peuvent justifier une diminution des congés, du traitement sans aucune indemnité compensatrice mais dans le respect du principe de non-rétroactivité des actes administratifs (ils ne peuvent valoir que pour l'avenir). La garantie de l'emploi constitue la contrepartie de sujétions particulières liées au service public. Ils sont titulaires (nomination d'un agent à titre permanent dans un emploi permanent) et ne peuvent être licenciés pour motif économique (leur révocation pour motif disciplinaire est possible). La situation légale et réglementaire qui régit les agents entraîne l'exclusion d'arrangements particuliers, frappés de nullité ³ : l'administration n'est alors pas tenue de respecter ses engagements ⁴. De même, est sans valeur l'engagement prescrit par l'agent de demeurer un certain nombre d'années au service de l'Etat sous peine de devoir rembourser les traitements perçus. À l'inverse, les agents contractuels qui ne se trouvent pas dans une situation légale et réglementaire, peuvent recourir à des arrangements particuliers. Le contrat peut constituer la source de droit principale et régler la situation juridique de l'agent contractuel ⁵. Suivant la jurisprudence du Conseil d'Etat, c'est parce que « les agents contractuels et les fonctionnaires titulaires ne se trouvent pas dans la même situation juridique au regard du service pu-

1. Les différents corps de fonctionnaires sont régis par des statuts particuliers qui viennent soit compléter le statut général, soit y déroger (après avis du Conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat) : ils sont arrêtés par décret pris en Conseil d'Etat. Bénéficiaire de statuts dérogatoires (à certaines dispositions du statut général) les corps dont le particularisme des fonctions impose la mise en place d'un statut spécifique (le corps enseignant ; corps des ingénieurs des ponts et chaussées) : il ne peut être dérogé qu'à celles des dispositions du statut général qui ne correspondraient pas aux besoins propres de ces corps ou aux missions que leurs membres sont destinés à assurer. Le Statut général s'applique, sauf dérogation. Bénéficiaire de statuts spéciaux édictés par décrets en Conseil d'Etat, pouvant déroger à toutes les dispositions du statut général, les personnels chargés de la sécurité aérienne, les personnels de l'administration pénitentiaire... Cela se traduit notamment par une suppression ou un encadrement du droit de grève.

2. CE Ass. 26 sept. 1990, Pillet, *RFDA* 1990, p. 1102.

3. CE 11 janvier 1946, Gérald, Rec. p. 10.

4. CE 9 avril 1999, Rochaix.

5. CE 2 oct. 1974, Perrot, Rec. p. 462.

blic » qu'ils peuvent être soumis à des statuts juridiques différents ¹.

Par conséquent le droit procède, dans le secteur public, d'un ordre juridique d'essence particulière, diamétralement opposé à l'ordre juridique construit sur le droit conventionnel : l'un est hiérarchisé, l'autre articulé (il fonctionne sur le mode de la complémentarité). Au sein de l'ordre administratif, le droit est construit suivant une construction pyramidale : les normes juridiques administratives sont nécessairement dérivées ; elles s'appuient sur des normes antérieures qui en constituent le fondement ; elles sont hiérarchisées et conditionnées en ce qu'elles obéissent à certaines règles constitutives de la légalité de l'acte (règles concernant, par exemple, l'élaboration de l'acte et qui constituent des formalités substantielles qui conditionnent sa validité ²). L'engagement institutionnel ne tire pas sa légitimité du consentement mais d'une adhésion, une souscription à des règles pré-établies et susceptibles d'être modifiées unilatéralement, dans l'intérêt de l'institution. Le pouvoir, tel qu'il est organisé par le statut du personnel, est institutionnalisé et impersonnel ; il ne tire pas sa légitimité et donc sa force contraignante d'un rapport patrimonial ³.

La place subsidiaire accordée à la négociation collective

On observe un développement de la négociation collective, traduction d'une certaine contractualisation des rapports collectifs.

Dans les entreprises publiques à statut, la loi du 13 novembre 1982 ⁴ est intervenue, en son article 9 ⁵ afin d'autoriser, sous certaines conditions, les entreprises publiques à statut à recourir à la négociation collective. Les conventions et accords collectifs ne peuvent intervenir, suivant l'article L. 134-1 ³ alinéa, qu'afin de « [...] compléter les dispositions statutaires ou en déterminer les modalités d'application dans les limites fixées par le statut ». L'articulation statut/convention obéit au principe de primauté du statut. La loi consacre, en même temps qu'elle l'encadre, le recours à la négociation collective au sein des entreprises publiques à statut. Ce faisant, les parlemen-

1. CE 3 avril 1957, Soleil, Rec. p. 236 : CE 11 janvier 1980, Delaunay, Rec. p. 772

2. « Dans l'institution, la légitimation repose sur le fait que les termes réglementaires ont été adoptés selon une procédure établie à cet effet (c'est-à-dire en accord avec le droit statutaire de la partie qui réglemente, – la partie adhérente étant considérée en quelque sorte comme « membre » pour les besoins de la transaction (Broderick J.-A., 1968).

3. Max Weber, analysant les différents types de domination légitime, emploie le terme de « domination statutaire » (*Satzungsmässig*) pour désigner un mode d'obéissance « impersonnel, objectif, légalement arrêté », à l'inverse de la domination traditionnelle où l'on obéit à la personne du détenteur du pouvoir désigné par la tradition et assujéti à celle-ci. La relation personnelle disparaît devant le règne de la norme : Weber M. (1971).

4. JO du 14 nov. 1982, p. 3414.

5. Issu d'un amendement et devenu l'article L. 134-1 du Code du travail.

taires ont moins cherché à réconcilier le droit avec une pratique déjà ancienne, qu'à enclencher un processus global de transformation des rapports socioprofessionnels qui passait par une généralisation de la couverture conventionnelle. Une telle réforme est avant tout le fruit d'une volonté politique. L'immixtion des techniques contractuelles au sein des entreprises publiques à statut devait permettre, pour le Haut conseil du secteur public, d'obtenir la souplesse nécessaire à leur adaptation aux évolutions : « face aux nouvelles exigences économiques, les entreprises ont le souci majeur d'adapter le gestion de leurs ressources humaines aux orientations stratégiques. Dans ce cadre mouvant, le négociation collective est un instrument privilégié entre les partenaires sociaux » (Haut conseil du secteur public, 1990). L'optique générale de la loi est donc bien, si ce n'est d'aligner, du moins de rapprocher les agents des entreprises publiques des salariés du secteur privé en leur offrant un régime juridique comparable.

Quant à la fonction publique, l'orientation a été prise en 1968 ¹ et consacrée par la réforme du statut de la fonction publique ayant notamment abouti à la loi du 13 juillet 1983, dont l'article 8 précise que « 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 ». Le recours aux protocoles d'accord s'est alors répandu, les plus connus demeurant le protocole Oudinot du 2 juin 1968 et le protocole Durafour du 9 février 1990 ². Les domaines de négociation se sont étendus : réduction du temps de travail, formation professionnelle continue, hygiène et sécurité, résorption de l'emploi précaire et réformes statutaires ³. L'ouverture de négociations est laissée à la discrétion de l'Administration. Les accords intervenus le sont en marge du droit : ils rendent compte d'une pratique. Le problème qui se pose alors est de définir la nature juridique de ces accords. Le principe est celui de l'absence de valeur juridique : les accords signés constituent de simples déclarations d'intention qui

1. Protocole Oudinot signé en juin 1968 : il portait sur les rémunérations, la durée du travail et les droits syndicaux dans la fonction publique de l'Etat. La pratique de négociations salariales annuelles s'est instaurée à partir de 1970.

2. Il prévoit la rénovation des grilles de classification et des rémunérations des trois fonctions publiques.

3. Protocoles signés dans les trois fonctions publiques : protocole du 16 juillet 1996 créant le congé de fin d'activité ; protocoles d'accord du 14 mai 1996 et du 10 juillet 2000 sur la résorption de l'emploi précaire. Dans la fonction publique hospitalière : protocole du 14 mars 2000 sur les conditions de travail, la modernisation sociale de l'hôpital et le dialogue social ; protocole du 14 mars 2001 sur la revalorisation des carrières dans les filières professionnelles de la fonction publique hospitalière.

ne produiront leur plein effet juridique qu'à condition d'être ensuite reprises dans un acte administratif unilatéral. Il n'en demeure pas moins que ces actes conservent une portée politique fondamentale. Il convient cependant de noter que ces actes ont pu, exceptionnellement et de par la volonté de la loi¹ ou l'adoption d'arrêts par le Conseil d'Etat², se voir reconnaître une valeur juridique.

Ce mouvement de contractualisation se double d'un mouvement d'individualisation des relations du travail dont témoigne, par exemple, l'émergence de « contrats individuels de performance » qui visent à formaliser, dans un acte dont la nature juridique demeure indéfinie³, des engagements bilatéraux susceptibles de produire certains effets sur le déroulement de carrière du fonctionnaire.

De telles évolutions ne traduisent-elles pas une banalisation des relations de travail applicables au secteur public ?

Conclusion : vers une banalisation des relations de travail applicables au secteur public ?

Le droit communautaire devient, au sein même du secteur public, une source de droit de plus en plus prégnante. Il façonne le droit applicable aux relations de travail. Les différentes directives sociales adoptées par l'Union européenne n'opèrent pas de distinctions, dès lors qu'elles se donnent pour objectifs de fixer un certain nombre de droits fondamentaux au bénéfice des travailleurs, entre les salariés du secteur privé et les agents des services publics. Elles visent en effet les « travailleurs » dans leur ensemble, englobant même parfois les travailleurs indépendants⁴. Les directives sociales commu-

1. Loi du 26 juillet 1996 transformant France Telecom en société. Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques qui prévoit que la Caisse des dépôts et consignations peut négocier les conditions de mise en place d'institutions représentatives du personnel : les accords doivent cependant être « approuvés par arrêté du directeur général de la Caisse des dépôts et consignations ».

2. CE 18 juin 1997, Fédération SUD-PTT.

3. Le fonctionnaire se trouvant dans une situation légale et réglementaire, il ne peut, juridiquement, négocier ses conditions de travail. Tout au plus peut-on, en l'état actuel du droit, reconnaître à de tels actes valeur d'engagement unilatéral de la personne publique-employeur.

4. La directive du 10 février 1975, qui pose le principe de l'égalité des rémunérations, vise les travailleurs masculins et les travailleurs féminins (art. 1er), voire, les hommes et les femmes (art. 3). La directive du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, est, pour sa part, plus précise puisqu'elle détermine précisément son champ d'application. Selon l'article 2, « la présente directive s'applique à tous les secteurs d'activités, privés ou publics (activités industrielles, agricoles, commerciales, administratives, de service, éducatives, culturelles, de loisirs, etc.) ». Tous les travailleurs se trouvent visés, c'est-à-dire, au sens de la directive, « toute personne employée par un employeur... ». La directive du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail qui s'applique « à tous les secteurs d'activités, privés ou publics, au sens de la directive 89/391/CEE... ».

nautaires ont donc un champ d'application très large. Elles ont vocation à s'appliquer aux fonctionnaires et, plus largement, aux agents publics. Le droit communautaire cherche à faire prévaloir certains objectifs sociaux en utilisant la norme juridique. Le raisonnement juridique suivi par le droit communautaire est radicalement opposé au raisonnement juridique français. Il ne cherche pas à procéder par catégorisation mais s'appuie sur une perspective globalisante et téléologique qui lie l'application de la règle de droit aux finalités qui ont été fixées. Or, cette application, élargie au secteur public, des directives communautaires, bien que circonscrite à certains domaines et nécessitant, de plus, une transposition en droit interne, tend à uniformiser les règles de droit applicables aux relations de travail des secteurs public et privé. Ce faisant, elle ne tient guère compte des spécificités liées à l'existence même d'un service public, qui constitue à la fois la source et la justification de l'application d'un régime juridique dérogatoire au droit commun.

On constate, d'autre part, que les lois sociales françaises couvrent parfois salariés du secteur privé et fonctionnaires. La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 intègre, à la fois dans le statut de la fonction publique et dans le Code du travail, les règles relatives au harcèlement moral. Le Code du travail a également parfois vocation à s'appliquer, pour certaines de ses dispositions, aux fonctionnaires dès lors la loi que l'a expressément prévu¹.

Or la banalisation du droit applicable au secteur public pose la question des conditions de réalisation du travail au sein des services publics. La spécificité de l'activité justifie-t-elle la mise hors droit commun de certains travailleurs ? Poser une telle question implique, au préalable, de s'interroger sur le devenir des services publics.

1. CE 12 avril 1995, Alexandre. C'est le cas s'agissant de l'indemnisation des personnes en chômage (art. L. 351-12 du Code du travail : ordonnance du 21 mars 1984) ; le préavis et l'indemnité de licenciement (Art. L. 122-6, 9 et 10), en vertu de l'art L. 122-11 ; l'égalité de rémunération (art. L. 140-2 à 4 en vertu de L. 140-5) ; la formation professionnelle (Titre septième du Livre IX, art. L. 970-1 à L. 970-5) ; la réglementation relative aux syndicats (L. 411-1 et s. : CE 21/01/83, Rec. p. 10) ; le droit de grève dans les services publics (art. L. 521-2 et s.) ; l'hygiène et la sécurité (art. L. 231-1 notamment).

Liste de abréviations

AJDA :	Actualité juridique - Droit administratif
Bull. :	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
CA :	Cour d'appel
CE :	Conseil d'Etat
Civ. 1^{ère} :	1 ^{ère} chambre civile de la Cour de cassation
CJCE :	Cour de justice des Communautés européennes
CT :	Code du travail
D. :	Dalloz
Dr. aff. :	Droit des affaires
Dr. soc. :	Droit social
EPA :	Etablissement public administratif
EPIC :	Etablissement public industriel et commercial
JCP :	Jurisclasseur périodique
JO :	Journal officiel
LGDJ :	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Rec. :	Recueil de jurisprudence administrative Lebon
RFDA :	Revue française de droit administratif
RDP :	Revue de droit public
Sect. :	Section
SPA :	Service public administratif
SPIC :	Service public industriel et commercial
TA :	Tribunal administratif
TC :	Tribunal des conflits
Traité CE :	Traité de la Communauté européenne.

Références bibliographiques :

- Balzac H. (1836), « Scènes de la vie parisienne », « Les employés », in *Œuvres complètes de Balzac*, Calmann-Lévy, Editions du centenaire, t. XXIII, p. 139.
- Broderick J.-A. (1968), « La notion d'"institution" de M. Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français », *Archives de philo. du droit*, T. XIII, p. 143 à 160, p.156.
- Haut Conseil du secteur public (1990), *Le secteur public concurrentiel en 1987-1988*, Rapport 1988, la Doc. fr., Paris, p., p. 63.
- Laurent B. (1913), *Services postaux en 1913*, St. Etienne, Imprimerie de la Loire, 585 p., p. 527.
- Labbé Lemire (1902), Chambre des députés, 20 fév. 1902, Ann., J. O., p. 1049.
- Lefas A. (1913), *L'Etat et le fonctionnaire*, Giard et Brière, Paris, 396 p., p. 73.
- Mauss M. (1966), « Essai sur le don », in *Sociologie et anthropologie*, PUF, 475 p., p. 260-261.
- Maggi-Germain N. (1996), *Négociation et transformations de l'entreprise publique à statut*, LGDJ, Bibliothèque de droit social, 596 p.
- Maggi-Germain N., Garbar Ch. (2003), « L'articulation entre la loi, le statut et la convention collective dans le secteur public », in *Quelle démocratie sociale dans le monde du travail ?*, dir. J. Barreau, Presses Universitaires de Rennes, 218 p., p. 159 à 177.
- MM. Cuq H. et Bussereau D. (1994), *Une nouvelle donne pour la SNCF*, Rapport n° 1381 du 15 juin 1994, JO 16 juin 1994, tome II, p. 344.
- Rapport Fournier (2002), *Le dialogue social dans la fonction publique*, Livre blanc, p. 11.
- Rolland, Les cours du droit (1943-1944), *Cours de droit administratif*, D.E.S. de droit public, Paris, p. 178.
- Weber M. (1971), *Economie et société*, Paris, Plon, Recherches en sciences humaines, 643 p., p. 222.

