



HAL
open science

Le pouvoir hiérarchique dans l'entreprise privée et dans l'administration

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Le pouvoir hiérarchique dans l'entreprise privée et dans l'administration. Droit Social, 1982, p. 22-40. hal-01918391

HAL Id: hal-01918391

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01918391>

Submitted on 10 Nov 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le pouvoir hiérarchique dans l'entreprise privée et dans l'administration*

par Danièle LOSCHAK

Professeur à l'université d'Amiens

Tenter, à l'occasion d'une réflexion collective sur le pouvoir patronal, de confronter la façon dont s'exerce l'autorité dans l'entreprise privée et dans l'administration est une idée opportune et séduisante. Idée opportune, si l'on se rappelle que les agents publics représentent entre le quart et le cinquième de la population active salariée (1), autrement dit de l'ensemble de ceux qui, dans leur travail, se trouvent dans une situation de subordination à l'égard de l'organisme ou de la personne qui les emploie. Idée séduisante, également, dans la mesure où elle invite à s'affranchir des frontières artificielles des disciplines constituées qui ont en l'occurrence pour effet d'interdire toute comparaison raisonnée entre les conditions respectives du fonctionnaire et du salarié, simplement parce qu'elles relèvent de deux champs distincts du savoir juridique (2). Idée d'autant plus séduisante, ajoutons-nous, que l'enjeu théorique d'une confrontation de ce type n'est pas insignifiant : les différences de statut constatées ici ou là ne sont que

la manifestation superficielle, immédiatement visible, d'une coupure bien plus essentielle ; elles renvoient en dernière analyse à une opposition public/privé qui, en France au moins, apparaît non seulement comme un principe d'organisation de la société mais comme un élément structurant des représentations collectives dominantes.

Importante par ses implications pratiques, stimulante par sa dimension théorique, l'entreprise (si l'on ose dire) n'est pas aussi aisée qu'elle paraît. Au-delà de l'évidence intuitive qu'il y a la matière à comparaison, on bute immédiatement sur un double obstacle : la difficulté d'isoler des termes pertinents de comparaison au sein de ces réalités foncièrement disparates que sont l'entreprise et l'administration, d'une part ; l'hétérogénéité des concepts juridiques utilisés par le droit du travail et le droit administratif, reflet d'une divergence plus fondamentale entre leurs problématiques respectives, d'autre part.

On s'aperçoit ainsi que la formulation de la question posée fait déjà problème : évoquer le pouvoir hiérarchique à l'appui d'une réflexion sur le pouvoir patronal, n'est-ce pas mêler deux réalités distinctes, réunir deux concepts antinomiques ? Et d'abord : dans la réalité, pouvoir patronal et pouvoir hiérarchique n'apparaissent-ils pas comme exclusifs l'un de l'autre ? Le pouvoir patronal s'incarne dans une personne (3) et s'exerce sur d'autres personnes ; il met en présence un employeur face à un ou des salariés, c'est tout. Le pouvoir hiérarchique, lui, ne se conçoit guère en dehors d'une organisation sociale structurée (4) dans laquelle l'agencement pyramidal des fonctions préexiste aux individus appelés à les occuper ; contrairement au pouvoir patronal, il apparaît comme relativement désincarné et institutionnalisé. En première analyse, donc, et sous réserve des

* Pour respecter les termes de la question posée et pour limiter l'ampleur de développements déjà longs, nous n'avons pas envisagé le cas des entreprises publiques, sauf de façon allusive. Il s'agit là d'une lacune importante, surtout dans les circonstances actuelles où le secteur public est appelé à s'étoffer sensiblement, qui mériterait d'être ultérieurement comblée. Nos regrets sont toutefois atténués dans la mesure où la situation de ces entreprises combine des éléments empruntés aux deux situations extrêmes représentées par l'entreprise privée et l'administration : ce sont en quelque sorte deux « idéaltypes » que nous allons décrire.

De même, nous n'avons pas pu évoquer le cas des agents publics non titulaires — contractuels, et surtout auxiliaires, ou vacataires — qui ne jouissent en général ni des garanties du statut de la fonction publique, ni des avantages conférés par le droit du travail.

(1) Il y avait en 1976 (date du dernier recensement dépeuplé de l'INSEE) près de 2 millions et demi de fonctionnaires civils de l'Etat, auxquels il faut ajouter 300 000 personnels militaires, ainsi que les agents non titulaires. On arrive au chiffre de 3 372 000 agents civils et militaires de l'Etat et des collectivités locales, et de 4 616 000 agents du secteur public et parapublic (S.S. et entreprises publiques incluses à l'exception de Renault).

(2) Une des rares tentatives de dépassement transdisciplinaire est celle de D. RUZÉ, *Les agents des personnes publiques et les salariés en droit français*, L.G.D.J., 1960.

(3) Le patron, d'après la définition qu'en donne le *Robert*, est la « personne qui commande à des employés » ou encore « tout employeur par rapport à ses subordonnés ».

(4) Toujours selon le *Robert*, la hiérarchie se définit comme une « organisation sociale dans laquelle chacun se trouve dans une série ascendante de pouvoirs ou de situation ». Le choix de l'exemple est significatif : « la hiérarchie, c'est-à-dire la subordination des fonctionnaires les uns aux autres ».

nuances qu'on apportera par la suite, un patron n'est pas assimilable à un supérieur hiérarchique, non plus que le pouvoir patronal au pouvoir hiérarchique.

Cette première impression est corroborée par la constatation que la notion de pouvoir hiérarchique est à peu près inconnue du droit du travail, alors qu'elle occupe une place centrale en droit administratif. Les théoriciens du droit public se sont en effet attachés à cerner les contours de cette notion dans laquelle ils voyaient non seulement l'expression d'un principe d'organisation et de fonctionnement de l'administration, mais, au-delà, la clef-de-voûte de l'édifice étatique. A l'inverse, la problématique du pouvoir hiérarchique est demeurée étrangère aux spécialistes du droit du travail, la raison essentielle de cet état de chose étant sans doute que la fiction contractuelle et individualiste sur laquelle repose la conception juridique dominante des relations de travail aboutit à dissoudre la notion de pouvoir hiérarchique, laquelle implique, on l'a dit, un minimum d'institutionnalisation : le pouvoir dans l'entreprise éclate en une multiplicité de rapports de pouvoir fractionnés, il se résoud en une addition de liens individuels de subordination noués par le biais du contrat de travail entre l'employeur et le salarié. Au demeurant, pour la doctrine dominante qui réfute la théorie institutionnelle de l'entreprise, le pouvoir patronal n'existe pas plus que le pouvoir hiérarchique. La pudeur, autant sans doute que la rigueur juridique, incitent les juristes (privatistes, s'entend, car les publicistes n'ont pas de ces délicatesses) à évacuer le pouvoir du champ de leurs analyses et à en abandonner l'étude aux sociologues ou aux spécialistes du management ; eux-mêmes préfèrent s'attacher à inventorier les pouvoirs du chef d'entreprise.

Pour comparer utilement l'exercice du pouvoir dans l'entreprise et dans l'administration, il faut donc essayer de retrouver, par-delà l'hétérogénéité des catégories juridiques, les éléments donnant prise à une comparaison. On remarquera alors qu'au cœur de toutes ces formes de pouvoir — pouvoir hiérarchique, pouvoir patronal, pouvoirs du chef d'entreprise... — il y a une même notion de subordination, et l'on désignera ici par « pouvoir hiérarchique », dans une acception large, les diverses formes d'exercice de l'autorité dans l'entreprise et dans l'administration, en tant qu'elles impliquent la subordination de ceux qui y sont soumis. Cette intervention partielle des termes de la question posée, qui conduit à mettre l'accent sur la subordination du fonctionnaire et du salarié, conduit aussi à élargir le champ d'investigation pour y inclure non seulement les manifestations de cette subordination découlant de l'exercice strictement entendu des prérogatives hiérarchiques, mais aussi d'autres facteurs qui ont pour effet de transformer les subordination fonctionnelle dans le travail en un assujettissement souvent plus aliénant, tels que : la faculté discrétionnaire d'embaucher et de licencier reconnue à l'employeur au nom de la liberté d'entreprendre, d'un côté ; les contraintes imposées au fonctionnaire dans sa vie privée au nom des intérêts supérieurs de la collectivité et de l'Etat, de l'autre. Mais à l'inverse, comment évaluer exactement la portée de l'emprise hiérarchique, sans tenir compte d'éventuels contrepoids qui peuvent en compenser partiellement les effets ? On pense d'abord au juge, appelé à contrôler l'exercice du pouvoir hiérarchique, ou encore aux syndicats, ainsi qu'aux diverses modalités de contestation ou de participation permettant aux travailleurs de faire entendre leur voix.

Enfin, si l'on veut dépasser le cadre toujours un peu stérile d'un positivisme étriqué, on ne peut se borner à faire le compte des similitudes et des différences constatées ici et là ; il faut essayer d'en saisir les causes profondes, si tant est qu'elles ne sont pas le produit d'une pure contingence mais s'enracinent dans les structures sociales ou dans les représentations qui s'y attachent, mettre à jour la signification du pouvoir hiérarchique qui n'est pas nécessairement la même dans l'entreprise privée et dans l'administration.

Une autre interrogation, plus prosaïque, mais dont les implications pratiques et l'enjeu politique sont évidents, est sous-jacente à la question posée : sur qui, du fonctionnaire ou du salarié, pèsent les contraintes hiérarchiques les plus lourdes ? Le problème ne sera pas éludé, mais il faut rappeler, pour éviter tout malentendu, que le juriste n'est pas le mieux outillé pour fournir une réponse valable à ce type de question, dans la mesure où le droit n'offre qu'une vision schématique, incomplète et déformée d'une réalité complexe et multiforme : le fonctionnement de l'administration et moins encore le fonctionnement de l'entreprise ne coïncident jamais exactement avec la description qu'en donnent les textes, et des disparités considérables affectent en particulier l'exercice du pouvoir patronal d'une entreprise à l'autre.

Si l'approche juridique ne peut prétendre restituer fidèlement la pratique effective du pouvoir hiérarchique dans son infinie diversité, elle peut en revanche contribuer à en éclairer la signification et la fonction, à dégager ses éléments constitutifs et mettre en évidence ses implications ultimes qui ne sont pas toujours exactement perçues, à évaluer et comparer, enfin, à la lumière des textes et des solutions jurisprudentielles, la portée et les limites de l'emprise hiérarchique dans l'administration et dans l'entreprise.

I. — LA SIGNIFICATION DU POUVOIR HIÉRARCHIQUE

Si l'on fait l'hypothèse que le pouvoir hiérarchique ne se résoud pas en juxtaposition aléatoire de prérogatives singulières et ponctuelles, et qu'il est possible au contraire de déceler une cohérence dans l'agencement et le contenu de ces prérogatives au regard de la logique d'ensemble qui sous-tend le fonctionnement de l'entreprise ou de l'administration, on ne peut comprendre la signification réelle du pouvoir hiérarchique ni les formes qu'il revêt sans les rapporter à la structuration spécifique du champ social dans lequel il s'exerce.

A vrai dire, il n'y a pas *une* signification, uniforme et universelle, du pouvoir hiérarchique, mais *des* significations qui ne se recouvrent que partiellement puisque résultant de l'entrecroisement de logiques sociales elles-mêmes pour partie antagonistes et pour partie convergentes : l'antagonisme des logiques naît de l'appartenance de l'entreprise privée et de l'administration publique à deux sphères de la société dont les finalités comme les principes de fonctionnement apparaissent à beaucoup d'égards opposés, de sorte que l'existence du pouvoir hiérarchique n'y répond pas aux mêmes exigences non plus qu'elle ne se justifie par les mêmes considérations théoriques ; la convergence des logiques tient à ce que l'une et l'autre, par-delà ce qui les différencie, constituent des formes sociales instituées et organisées à l'intérieur desquelles le pouvoir hiérarchique remplit un certain nombre de fonctions analogues.

A — L'ANTAGONISME DES LOGIQUES

Entre l'univers de l'entreprise et l'univers administratif le contraste reste frappant, malgré le travail du temps qui en a quelque peu atténué l'intensité initiale. Opérant dans des environnements structurés par des logiques différentes, sinon opposées, le pouvoir hiérarchique ne revêt pas la même signification ici et là : ni sa fonction, ni son fondement, ni ses modalités d'exercice ne se retrouvent identiques de part et d'autre de la barrière tant matérielle que symbolique qui isole la sphère publique de la sphère privée.

1. Deux univers contrastés

La spécificité des tâches administratives et les conditions concrètes de leur exercice ne suffisent pas à expliquer la profondeur du fossé qui semble séparer les fonctionnaires du reste du monde du travail : car si les agents publics sont dans leur écrasante majorité cantonnés dans des activités dites tertiaires, tous les salariés du secteur privé, tant s'en faut, ne travaillent pas en usine, et beaucoup sont occupés à des tâches qui diffèrent assez peu de celles auxquelles se livrent leurs homologues dans l'administration. Il faut donc chercher ailleurs les raisons profondes du contraste entre le monde de l'administration et celui de l'entreprise, et d'abord dans la position particulière qu'occupe l'appareil d'Etat dans la société, en raison de la primauté des fins qui lui sont assignées et qui justifient un statut exorbitant. Mais l'opposition public/privé, si elle correspond à des données objectives, revêt aussi une dimension mythique ; et la vision idéologisée d'un clivage dichotomique entre une sphère privée à laquelle appartient l'entreprise et une sphère publique confondue avec l'administration rejaille immanquablement sur la situation respective des salariés et des agents de l'Etat. Ainsi, par exemple, invoquer ici les nécessités de la libre entreprise, là les exigences de l'intérêt général, c'est simultanément et indistinctement : réactiver le dogme intouchable auquel se réfèrent les agents économiques privés d'un côté, le credo qui cimenterait l'unité de l'appareil d'Etat de l'autre, rappeler toute l'ampleur du fossé qui sépare l'administration du secteur privé (et réciproquement), synthétiser et justifier, enfin, d'un seul et même coup, l'ensemble des contraintes spécifiques et nécessaires qui en résultent pour les salariés de l'entreprise ou les agents de l'Etat.

— Vu côté public, on opposera à la société civile, caractérisée par l'affrontement des intérêts particuliers contradictoires, l'Etat, situé en dehors et au-dessus des groupes en lutte, promoteur de l'intérêt général et garant de l'unité du corps social ; face à un monde extérieur mu par la recherche du profit l'administration et ses fonctionnaires s'érigent en serviteurs désintéressés de la collectivité toute entière et revendiquent le monopole de la défense du bien commun. Cette vision très hégélienne de l'Etat flatte sans doute l'amour propre des fonctionnaires ; mais elle a aussi des conséquences moins attrayantes, car la grandeur de la tâche impose en contrepartie des servitudes. Le fonctionnaire, en effet, n'est pas un travailleur comme les autres ; il n'exerce pas à proprement un métier : il est au service de la nation et de l'Etat. Serviteur de l'intérêt général, il n'a pas d'intérêts professionnels propres, distincts de ceux de l'administration, à défendre. Les rapports entre l'Etat et ses agents ne sont donc pas de la même nature que ceux qu'un patron entretient avec ses salariés, et c'est pourquoi ils échappent au droit commun édicté pour régir les relations du capital et du travail. Le sta-

tut légal et réglementaire auquel est soumis le fonctionnaire exprime son appartenance à une « corporation sans employeurs ni employés » (5) au sein de laquelle les relations contractuelles n'ont pas cours, et manifeste la prééminence de l'Etat qui peut à tout moment en modifier les règles, en fonction des exigences de l'intérêt général. Certes, le temps a fait son œuvre, et le discours proféré aujourd'hui n'est plus que l'écho assourdi de celui que l'on tenait hier (6) ; néanmoins, ce sont bien des considérations de cet ordre qui expliquent les obligations spécifiques auxquelles restent astreints les fonctionnaires, même si le contenu et la portée de ces obligations ont évolué.

— Vu du côté de l'entreprise, le tableau change du tout au tout. A la différence de l'administration, assurée d'un monopole sur les activités qu'elle gère, l'entreprise privée offre ses produits ou ses services sur un marché où elle se trouve en concurrence avec d'autres firmes : elle doit donc mettre dans son jeu le maximum d'atouts afin d'affronter cette concurrence dans les meilleures conditions possibles. Rentabilité, productivité, et surtout compétitivité : ces exigences dictent, directement ou indirectement, les principaux traits de la condition des salariés. Le dynamisme de l'entreprise suppose une relative plasticité de la main-d'œuvre, dont les effectifs comme les qualifications doivent pouvoir être modifiés au gré des nécessités de la production ou du marché : à la stabilité de l'emploi qui caractérise une fonction publique dans laquelle on fait carrière s'oppose la mobilité de principe des salariés liés à l'employeur par un contrat de travail résiliable unilatéralement. D'une façon générale, on justifiera par les difficiles conditions de la concurrence — plus encore que par les prérogatives liées à la propriété économique — l'étendue des pouvoirs du chef d'entreprise qui, pour diriger efficacement celle-ci, doit disposer du maximum de liberté dans les choix qu'il est amené à faire tant en ce qui concerne la stratégie de la firme que son organisation et son fonctionnement internes.

Telles sont, schématiquement résumées, les caractéristiques essentielles du discours dominant qui a cours de part et d'autre de la frontière séparant le monde des entreprises du monde de l'administration, et qui reflète deux logiques fondamentalement antagoniques apparemment inconciliables, déterminant ici et là des modèles d'organisation et des dispositifs de pouvoir sensiblement différents.

2. Des dispositifs de pouvoir différents.

Les dispositifs de pouvoir apparaissent comme plus élaborés, plus perfectionnés dans l'administration que dans l'entreprise privée. Pour des raisons pratiques, d'abord, dans la mesure où les dimensions de l'institution interdisent l'improvisation et rendent particulièrement impérieuse une organisation méthodique des fonctions, une répartition précise des pouvoirs ; pour des

(5) HAURIU, note sous C.E. 13 janvier 1922, Buisson, (S. 1922.3.1). Dans l'arrêt annoté, le Conseil d'Etat refuse de reconnaître aux fonctionnaires le bénéfice de la loi de 1884 sur les syndicats, car, dit-il, le législateur « n'a eu en vue que les représentants d'intérêts particuliers, libres de discuter ensemble les relations du capital et du travail, et non les fonctionnaires, représentants des intérêts généraux ».

(6) Sur ce discours et son évolution, voir D. LOSCHAK, « Principe hiérarchique et participation dans la fonction publique », *Bull. de l'I.L.A.P.* n° 37/1976, p. 119-203.

raisons historiques, également, car les règles régissant le fonctionnement de l'appareil administratif, forgées au cours des siècles, ont acquis une stabilité et atteint un degré de développement inconnus ailleurs ; pour des raisons socio-politiques, enfin et surtout, qui renvoient à la place de l'administration dans l'Etat et dans la société. Au point de départ de toute analyse comparative portant sur la dévolution et l'exercice du pouvoir dans l'entreprise et l'administration il faut avoir présente à l'esprit cette idée-clé que l'administration n'est pas une institution comme les autres, et qu'on ne peut comprendre la signification spécifique que revêt en son sein le principe hiérarchique sans référence à des notions politiques — à forte connotations idéologiques — qui ont nom : autorité et unité de l'Etat, intérêt général, suprématie de la loi... Autant de données qui n'interfèrent pas avec le fonctionnement des entreprises.

— La logique de l'entreprise est en effet avant tout une logique économique, et le pouvoir patronal se justifie essentiellement par la responsabilité économique qu'assume l'employeur. Celui-ci dispose de deux séries de prérogatives : les unes, qui portent sur l'utilisation du capital, ont trait aux choix économiques proprement dits, à la stratégie de la firme ; les autres, logiquement dérivées des premières, ont trait au fonctionnement interne de l'entreprise, et en particulier à l'organisation du travail, à la gestion et à la direction du personnel. La fonction du pouvoir de direction du chef d'entreprise est donc clairement rapportée à la finalité économique de l'entreprise.

Les choses se compliquent un peu lorsqu'on essaie de saisir le fondement de ce pouvoir : non plus sa justification téléologique mais son assise juridique. La doctrine invoque en effet un double fondement. D'abord, la propriété : dans la mesure où l'entreprise capitaliste repose par définition sur l'appropriation privée des moyens de production, c'est de son droit de propriété sur les biens de l'entreprise que le patron tire son autorité. Le pouvoir discrétionnaire qui lui est reconnu de gérer l'entreprise comme il l'entend — ainsi que l'exprime la thèse de « l'employeur, seul juge » — apparaît bien comme le corollaire de ce droit de propriété, soit que le chef d'entreprise se confonde avec le détenteur du capital, soit qu'il le représente ; inversement, la subordination juridique des salariés est la contrepartie logique de l'absence de risque économique assumé par eux. Mais les prérogatives du chef d'entreprise à l'égard de son personnel trouvent aussi leur source dans le contrat de travail qui lie le salarié à l'employeur et fonde la subordination du premier au second : en même temps qu'il a accepté cette subordination, le salarié est censé avoir consenti à l'ensemble des prérogatives qui en découlent au profit du chef d'entreprise, y compris celle d'édicter le règlement intérieur dont les dispositions seront ainsi réputées tirer leur force obligatoire du contrat de travail lui-même (7).

(7) Que le consentement du travailleur à ces règles édictées en général unilatéralement par l'employeur soit largement fictif rend cette construction théorique quelque peu artificielle ; pour une série de raisons dont il ne nous appartient pas de traiter ici, elle demeure néanmoins au centre de la conception dominante des relations de travail dans l'entreprise. La dualité du fondement attribué au pouvoir patronal n'est du reste guère plus satisfaisante : sur un plan théorique, on ne sait pas comment ces deux fondements s'articulent — et cette incertitude est significative des contradictions du droit du travail. Sur un plan pratique, surtout, cette dualité joue presque systématiquement au détriment du salarié puisque la justification alternative du pouvoir patronal en étend les implications possibles et légitimes.

Notons enfin que la structure contractuelle des relations de travail et leur soubassement patrimonial conditionnent certaines caractéristiques fondamentales du pouvoir dans l'entreprise. L'exercice du pouvoir s'y analyse essentiellement en un rapport bilatéral et autonome entre l'employeur et les salariés : contractuel dans son fondement et relativement libre dans son contenu, puisque le chef d'entreprise n'est, en tant que patron, subordonné à personne et qu'il ne subit qu'un minimum de contraintes externes provenant par exemple des lois et règlements en vigueur.

— Si l'exercice du pouvoir est mieux codifié, plus encadré dans l'administration, ses implications ne sont pas pour autant moins contraignantes pour le fonctionnaire. Le principe hiérarchique est en effet particulièrement prégnant dans l'administration étatique : il revêt d'abord un aspect organique, se traduisant par une construction pyramidale des emplois et des services ; il revêt ensuite un aspect fonctionnel, qui s'exprime par le couple autorité/obéissance ; mais la hiérarchie est avant tout un principe d'ordre répondant à une exigence politique. Au-delà des considérations pratiques qu'on met en avant, c'est la suprématie du pouvoir politique et l'unité de l'appareil d'Etat qui sont réellement en jeu. Dans un régime démocratique, en effet, le pouvoir doit résider en dernière instance dans une autorité politiquement responsable : grâce au principe hiérarchique, l'administration étant « toute entière dans la main de ses dirigeants » (8), tout acte d'un fonctionnaire peut être imputé au ministre ou au gouvernement dans son ensemble, qui en endosse la responsabilité (9), et la stricte application des ordres reçus d'un bout à l'autre de la hiérarchie administrative garantit que les mesures prises seront conformes aux vœux des représentants élus de la nation. La subordination du fonctionnaire découle aussi, de façon plus générale, de ce que l'Etat dont il est le serviteur doit être toujours en mesure, en tant que promoteur de l'intérêt général, de faire prévaloir sa volonté : les intérêts des fonctionnaires, organes de l'Etat chargés de mettre en œuvre des prérogatives de puissance publique, sont par définition subordonnés à l'intérêt du service, au point qu'ils deviennent de véritables « sujets de l'administration » (10) auxquels on impose des obligations qui dépassent le cadre strict de leurs fonctions. De façon moins avouée mais non moins réelle, le principe hiérarchique permet aussi, en interdisant ou en jugulant l'expression des contradictions et des conflits qui traversent l'appareil d'Etat, d'assurer la cohésion de l'ensemble administratif et de donner l'image d'un bloc homogène et soudé, fonctionnant d'un seul tenant au service de l'intérêt général, face à une société civile déchirée par les antagonismes de classes et les conflits d'intérêts.

Dans ces conditions, le fondement du pouvoir exercé par le supérieur hiérarchique apparaît bien différent du fondement patrimonial et contractuel des prérogatives

(8) HUGOT-DERVILLE, *Le pouvoir hiérarchique dans l'administration française*, Thèse Paris, 1913. Voir aussi, dans le même sens, BOUGRAT, *L'obéissance hiérarchique*, Thèse Paris, 1934.

(9) De même que l'autorité du chef d'entreprise se justifie par la responsabilité économique qu'il assume, de même l'autorité du ministre, dans un régime parlementaire, est la contrepartie de sa responsabilité politique devant les chambres.

(10) R. ALIBERT, *Les syndicats, associations et coalitions de fonctionnaires*, Thèse Paris, 1909.

patronales. Dans une administration construite sur le modèle bureaucratique au sens où l'entend Max Weber, l'autorité hiérarchique ne tire sa source ni de la propriété, ni du contrat ; elle découle d'une investiture légale. Historiquement, l'Etat moderne se caractérise d'une part par la dissociation du pouvoir et de la propriété, d'autre part par le passage d'une autorité de type traditionnel ou charismatique à une autorité de type « légal-rationnel » (11) ; il a corrélativement donné naissance à une administration où, la direction administrative étant coupée de la propriété des moyens de gestion, le pouvoir de commandement se fonde non plus sur la propriété, mais sur la reconnaissance statutaire d'une compétence fonctionnelle au sein d'une organisation caractérisée par une hiérarchie des fonctions et des niveaux d'autorité.

Dans un tel système, l'exercice du pouvoir revêt une signification et des formes spécifiques. Celui qui obéit n'obéit pas à la personne du détenteur du pouvoir en tant que tel, mais en tant que les règlements l'ont désigné comme son supérieur et dans la limite des compétences qu'ils lui ont assignée : l'autorité hiérarchique exclut donc, dans son principe, toute dépendance personnelle ; elle repose sur un système de règles abstraites, impersonnelles et objectives, en sorte que le subordonné, lorsqu'il exécute les instructions de son supérieur, ne fait qu'appliquer les règles impersonnelles qui définissent en détail les fonctions des agents aux différents niveaux de la hiérarchie. Cette construction théorique n'offre sans doute qu'une vision déformée et passablement idéologisée du fonctionnement de l'administration, où les liens de dépendance personnelle n'ont pas entièrement disparu et où l'obéissance hiérarchique ne se laisse pas ramener à l'obéissance à la loi ; mais l'essentiel de l'analyse demeure, à savoir l'irréductibilité du pouvoir exercé par le supérieur hiérarchique au pouvoir d'un chef d'entreprise.

B — LA CONVERGENCE DES LOGIQUES

Malgré ces dissemblances très réelles et très profondes, le fonctionnement de l'administration et celui d'une entreprise présentent des traits communs, y compris dans les modalités d'exercice du pouvoir, et ceci pour une série de raisons simples, extra-juridiques. D'abord, l'administration et l'entreprise remplissent leurs missions respectives au sein et en direction d'un même environnement sociétal ; elles sont donc soumises à des déterminations politiques et économiques, à des pesanteurs sociologiques, à des contraintes idéologiques pour partie identiques qui leur impriment nécessairement des caractéristiques communes. Ensuite, l'une et l'autre constituent des groupements humains organisés, confrontés par là-même à des problèmes de fonctionnement semblables, pour lesquels le nombre de solutions n'est pas infini, d'où certaines homologues repérables dans leur structure et dans les principes qui commandent la répartition et l'exercice du pouvoir en leur sein. En bref, l'entreprise et l'administration relèvent simultanément de la catégorie des institutions et de celle des organisations — deux notions empruntées à la terminologie des sciences sociales qui permettent d'éclairer les raisons d'être des convergences constatées ici et là.

(11) Dans la terminologie webérienne, l'autorité légale-rationnelle est celle qui s'impose « en vertu de la croyance en la validité d'un statut légal et d'une « compétence » positive fondée sur des règles établies rationnellement » (*Economie et société*, Plon, 1971, p. 219 s.)

1. La logique de l'institution

Il est évidemment tentant, sinon même inévitable, d'évoquer l'institution dans une étude comparée du pouvoir hiérarchique dans l'administration et dans l'entreprise, puisque le droit administratif avec Hauriou, le droit du travail avec Paul Durand possèdent deux des représentants les plus illustres et des promoteurs les plus convaincus de la théorie de l'institution, construction élaborée à partir d'une notion empruntée à la sociologie et transposée au domaine juridique afin d'éclairer le fonctionnement du droit.

On sait que pour Hauriou l'institution est à la fois un fait social — le groupe organisé en tant qu'entité distincte de la somme de ses composantes — et une figure juridique — l'assise de règles spécifiques et objectives, c'est-à-dire non contractuelles, s'imposant à l'ensemble de ses membres —, dont l'existence suppose la réunion de quatre éléments : un groupement, une mission, une structure impliquant une distinction entre dirigeants et dirigés, un ordre juridique propre destiné à régir les rapports internes à l'institution (12). L'analyse de l'entreprise proposée par P. Durand conduit de même à l'appréhender en tant que groupement organisé en vue d'une fin commune — en tant qu'institution : l'entreprise apparaît alors comme une « société hiérarchique » dans laquelle le patron, en tant que chef d'entreprise, dispose de prérogatives étendues justifiées par la nature de la mission qui lui est dévolue : assurer le bien commun des membres de l'entreprise, aux intérêts solidaires. Pour régir cette collectivité organisée et hiérarchisée, il faut des règles : le chef d'entreprise fait figure de « législateur naturel », chargé d'édicter le droit interne à l'institution qui s'impose par conséquent à ses membres indépendamment de tout contrat, par le seul fait qu'en y entrant ils ont adhéré à ses règles (13).

La théorie de l'institution, dans ses différentes variantes, a été très critiquée : on lui a reproché une élaboration insuffisante, son incapacité à rendre compte du droit positif, ou encore ses présupposés idéologiques — et il faut bien reconnaître que la plupart des ces critiques sont justifiées. Mais les défauts évidents et les risques indéniés que comporte cette théorie n'en suppriment pas les mérites, non plus qu'ils n'en invalident la notion centrale. Epurée de ses scories normatives et idéologiques, la notion d'institution peut redevenir opératoire et éclairante (14). Car au-delà — ou plutôt en-deça — de l'entreprise de légitimation à laquelle elle fournit un support, elle recouvre aussi des rapports sociaux bien réels. Une chose est d'affirmer sans la démontrer la communauté d'intérêts qui lie le patron et

(12) Nous empruntons ici à l'analyse de J. MOURGEON in *La répression administrative*, L.G.D.J. 1967, p. 24 s. Voir aussi L. SFEZ, *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, L.G.D.J. 1966, pp. 86-97.

(13) *Traité de droit du travail*, T. I, 1947, pp. 409 s. Rappelons aussi l'ouvrage précurseur de LEGAL et BRETHER de la GRESSAYE, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, 1938.

(14) A condition de ne pas demander à cette notion sociologique ce qu'elle est incapable de fournir : une explication satisfaisante du fondement juridique du pouvoir hiérarchique. Car l'affirmation selon laquelle le pouvoir disciplinaire est « inhérent à la qualité de chef d'entreprise », si elle correspond à la réalité empiriquement observable, n'est évidemment pas une analyse juridique et laisse le juriste tout autant sur sa faim que la thèse contractuelle.

ses salariés ou l'Etat est ses agents ; autre chose de constater que l'entreprise comme l'administration sont effectivement construites et fonctionnent sur la base d'un tel postulat. Une chose est de justifier les prérogatives hiérarchiques par la poursuite du bien commun des membres de l'entreprise ou de l'intérêt général de la collectivité, et de conférer à l'autorité hiérarchique un caractère nécessaire et naturel ; autre chose est de prendre acte de ce que dans toute institution on trouve ces trois éléments, qui sont : une structure d'autorité, un ordre juridique, et un pouvoir de contrainte visant à garantir l'obéissance aux commandements de l'autorité et la soumission aux normes institutionnelles.

On comprend mieux, dès lors, au regard de cette logique de l'institution, pourquoi, en dépit d'une justification théorique et d'un fondement juridique différents, l'autorité hiérarchique comporte des attributs comparables dans l'administration et dans l'entreprise (15). On retrouve en effet dans tous les cas un petit nombre de prérogatives analogues qui sont : le pouvoir de donner des ordres et d'en contrôler l'exécution, le pouvoir d'organiser le travail et de réglementer l'accomplissement des tâches, le pouvoir de sanctionner les fautes commises par les subordonnés. Ces deux dernières prérogatives, en particulier, le pouvoir réglementaire ou pouvoir de poser des normes et le pouvoir disciplinaire ou pouvoir de réprimer les infractions à la règle ou aux ordres reçus, apparaissent sous un jour nouveau lorsqu'on les rapporte à la théorie de l'institution. L'apport essentiel et incontestable de cette théorie est en effet d'avoir mis en évidence l'inhérence à l'institution du droit d'une part, de la discipline d'autre part : toute institution secrète ses règles spécifiques et en impose le respect à ses membres à l'aide de moyens de coercition qui lui sont propres (16), de sorte que la discipline, souvent présentée comme une exigence vitale pour l'institution, en est en réalité, plus exactement, un élément constitutif (17).

2. La logique de l'organisation

La notion d'organisation se trouve au confluent d'un certain nombre de réflexions relevant de différentes disciplines. Elle a plus particulièrement retenu l'attention des sociologues qui, s'engageant dans la voie ouverte par Max Weber, ont entrepris d'étudier le fonctionnement des bureaucraties publiques ou privées ; mais elle occupe aussi une place centrale dans les analyses des théoriciens du management qui, sur les traces de Taylor

et de Fayol cette fois, entendent contribuer à rationaliser la gestion des entreprises et, plus récemment, de l'administration. Ces recherches ont en commun de mettre l'accent sur les homologies de structures ou de fonctionnement existant entre toutes les organisations, quelle que soit leur sphère de compétence ou leur nature, publique ou privée, les organisations étant définies de façon compréhensive comme « des unités sociales ou groupements humains délibérément construits... pour poursuivre des buts spécifiques » (18).

Là où le droit, ou plutôt les juristes, accentuent la coupure entre les entreprises et l'administration et insistent sur l'irréductibilité de la condition juridique des fonctionnaires à celle des salariés du secteur privé, la problématique organisationnelle nous rappelle opportunément que l'administration comme l'entreprise, en tant qu'ensembles organisés institués pour la réalisation de certains objectifs, ont à résoudre des problèmes de fonctionnement similaires, et qu'en particulier, les choix relatifs à la répartition et aux modalités d'exercice du pouvoir dans les grandes organisations dépendent de nombreux facteurs parmi lesquels le statut public ou privé de l'organisation n'est pas toujours déterminant. Il l'est d'autant moins qu'on assiste depuis un certain nombre d'années à un rapprochement notable des modalités d'organisation et des méthodes de gestion en vigueur dans les entreprises privées et les administrations publiques.

Ce rapprochement résulte pour une part de la bureaucratisation des organisations privées, déjà pronostiquée en son temps par Max Weber auquel l'évolution ultérieure a donné raison. Les grandes firmes capitalistes (non capitalistes aussi, au demeurant) ont adopté des modalités d'organisation proches à beaucoup d'égards du modèle bureaucratique idéal-typique décrit par le sociologue allemand : division du travail avec attribution à chaque service ou agent de compétences fixes officialisées par des règlements, structure hiérarchique avec concentration du pouvoir au sommet, et surtout institutionnalisation de l'autorité, dépersonnalisation des relations de pouvoir. Parallèlement, on assiste à une dissociation entre les dirigeants de l'entreprise et les détenteurs du capital : la direction de l'entreprise est ainsi coupée de la propriété des moyens de production à l'instar de la direction administrative coupée de la propriété des moyens de gestion. Cette évolution est de nature à transformer les conditions objectives comme le vécu subjectif de l'exercice du pouvoir dans l'entreprise : dans les grandes entreprises en tous cas, la subordination, sans être nécessairement moins pesante, prend une coloration plus impersonnelle ; et faute d'un face à face entre l'employeur et ses employés, le pouvoir patronal, sans rien perdre de ses prérogatives, se mue en quelque chose d'abstrait et de lointain.

Le mouvement qui tend à rapprocher organisations publiques et privées n'est pas à sens unique : tandis que les entreprises privées se bureaucratisent, les administrations, de leur côté, découvrent le « management » ; sou-

(15) D. RUZIE, dans sa thèse précitée, adopte précisément, pour mener à bien la comparaison entre le statut des agents publics et celui des salariés, une problématique institutionnelle.

(16) Pour HAURIU, le droit disciplinaire représente une partie importante du droit institutionnel, à côté du droit statutaire, essentiellement organisateur. Le droit disciplinaire, par lequel est assurée « la coercition nécessaire », est le garant et l'expression de l'ordre institutionnel.

(17) La logique de l'institution éclaire encore d'autres aspects de la subordination hiérarchique, et notamment l'existence, au sein de l'entreprise comme de l'administration, de règles impliquant une sujétion accrue par rapport aux contraintes imposées aux membres de la société globale, et des garanties juridiques moindres. Toute institution, en effet, pour souder sa cohésion, a tendance à la fois à accroître la rigueur de sa discipline interne et à étendre son emprise sur ses ressortissants, au-delà de ce qu'exigerait normalement l'accomplissement de ses missions. En ce sens, toute institution comporte des virtualités autocratiques et totalitaires.

(18) Toutes les organisations se caractérisent par : une division du travail, une répartition formelle du pouvoir et des responsabilités, l'existence d'un ou plusieurs centres de décisions qui orientent les efforts de l'organisation vers des objectifs déterminés, le renouvellement et le déplacement toujours possibles du personnel. Voir A. ETZIONI, *Les organisations modernes*, Duculot, 1971, p. 14.

cieuses désormais d'efficacité, elles entreprennent d'importer dans le secteur public les méthodes de gestion qui ont fait leurs preuves dans le secteur productif. Cette tendance, qui ne touche plus seulement les entreprises publiques soumises aux lois du marché, mais aussi les services administratifs traditionnels investis d'un monopole, témoigne de la pénétration dans l'appareil d'Etat d'une rationalité de type économique centrée sur l'efficacité, voire la rentabilité, se substituant à une rationalité juridique jusque là dominante. Elle atteste que, confrontées à des problèmes de fonctionnement identiques, l'administration et l'entreprise se tournent vers les mêmes solutions.

Rapprochement ne signifie pas alignement : les évolutions que l'on vient d'indiquer ne sont que des tendances, qui montrent simplement qu'il y a une logique de l'organisation, des contraintes communes à toutes les organisations, qui induisent parfois des modes d'exercice du pouvoir assez proches. Mais ces convergences ont des limites, et face au pouvoir hiérarchique l'agent de l'administration et le salarié du secteur privé ne se trouvent pas dans des situations équivalentes.

II. — LES IMPLICATIONS DU POUVOIR HIÉRARCHIQUE

Pour cerner avec le moins d'arbitraire possible les implications du pouvoir hiérarchique dans l'entreprise et dans l'administration, on recourra successivement à deux démarches complémentaires, l'une essentiellement analytique, l'autre plus synthétique. Dans un premier temps, on dégagera les éléments constitutifs du pouvoir hiérarchique, en inventoriant les prérogatives qu'il comporte et en confrontant leur contenu respectif dans les deux secteurs public et privé. Dans un second temps, on essaiera d'évaluer plus globalement, dans chaque cas, l'étendue et le degré de l'emprise hiérarchique, en entendant par là l'ensemble des contraintes plus ou moins accusées qui résultent pour le salarié ou le fonctionnaire de la situation de subordination dans laquelle il se trouve : on constate en effet que la subordination hiérarchique ne se laisse pas ramener à une simple subordination fonctionnelle dans l'exécution des tâches et que l'emprise réelle du pouvoir hiérarchique dépasse la stricte addition des prérogatives conférées à son détenteur.

A — LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU POUVOIR HIÉRARCHIQUE

Le pouvoir patronal et le pouvoir du supérieur hiérarchique dans l'administration ont en commun d'impliquer par définition et par essence la subordination de celui qui leur est soumis : à la racine de la condition de salarié comme de fonctionnaire on trouve un même principe de subordination que viennent concrétiser les prérogatives hiérarchiques.

1. Le principe de la subordination

On ne reviendra pas ici sur la fonction et le fondement du pouvoir hiérarchique qui ont été analysés plus haut ; on montrera simplement comment les considérations que l'on a évoquées conduisent à ériger la subordination en principe juridique tant dans le cadre de l'entreprise que dans l'administration publique.

— S'agissant des travailleurs du secteur privé, il suffit de rappeler que la notion de contrat de travail est indissociable de la notion de subordination, au point que doctrine et jurisprudence s'accordent pour faire de celle-ci le critère de celui-là. Toutes les définitions et explications doctrinales convergent sur ce point : par le contrat de travail le salarié s'engage à mettre son activité à la disposition de l'employeur qui, de son côté, acquiert un droit de direction sur cette activité, pour l'utiliser au mieux des intérêts de l'entreprise. En ce sens, il n'est pas faux de dire que le salarié s'engage moins à fournir un travail qu'à servir celui qui le rémunère et à lui obéir (19) : entre l'employeur et l'employé il n'existe pas seulement une relation d'ordre économique : il y a aussi un rapport de pouvoir (20).

— Le principe de la subordination hiérarchique n'est pas moins fermement stipulé dans la fonction publique où, pour les raisons que l'on a indiquées plus haut, il apparaît comme un élément constitutif de la condition de fonctionnaire (21). La relation de pouvoir impliquée par le couple autorité/obéissance hiérarchique opère ici dans un environnement débarrassé des contingences économiques : la dépendance et l'inégalité sont en principe purement fonctionnelles, non pas générées par une situation différente au regard des moyens de production mais commandées par la structure hiérarchique de l'administration. La subordination du fonctionnaire peut au demeurant être d'autant plus totale qu'elle apparaît comme moins contestable ou impure dans son fondement et dans sa finalité : le supérieur hiérarchique n'exerce pas ses prérogatives dans son intérêt propre ; son autorité, comme l'obéissance de ses subordonnés, se justifient par leur commune subordination à l'intérêt général. L'obligation d'obéissance fait partie des devoirs de la fonction à tous les niveaux de la hiérarchie administrative, comme l'implique le « système de domination et de subordination » caractéristique, selon Max Weber, d'une organisation bureaucratique.

Le devoir d'obéissance impose d'abord aux agents d'appliquer les règles régissant le fonctionnement des services telles qu'elles ont été définies par le supérieur et de se conformer aux ordres reçus, sous peine de sanctions disciplinaires. Mais le devoir d'obéissance comporte aussi une obligation plus large et plus générale de respecter les dispositions constitutionnelles, législatives ou réglementaires en vigueur, conformément aux exigences d'un Etat de droit et à l'idée que l'agent de l'administration n'est pas à proprement parler au service de son supérieur hiérarchique mais qu'ils sont l'un et l'autre au service de la collectivité entière. Cette commune soumission au droit allège le poids de l'autorité hiérarchique en mettant des bornes au pouvoir qu'exerce le chef de service sur ses subordonnés ; à cette réserve

(19) Cf. A. SAPIOT, *Le juge et le droit du travail*, thèse Nantes 1979 (dactyl.), p. 103 s.

(20) Dans le cas le plus simple, relation économique et rapport de pouvoir se superposent au point de se confondre ; mais lorsque le chef d'entreprise, c'est-à-dire la personne investie de la plénitude du pouvoir de direction, se dissocie de l'employeur, détenteur du capital, le rapport de pouvoir tend d'une certaine façon à s'autonomiser. La situation, en apparence au moins, présente alors beaucoup de traits communs avec celle qui prévaut dans l'administration.

(21) Le fonctionnaire n'est-il pas défini comme la personne qui a été titularisée « dans un grade de la hiérarchie administrative » ?

près que, dans la pratique, le désir de se conformer à ce que le supérieur attend d'eux prime souvent, chez les subordonnés, le souci de la légalité — attitude aisément explicable compte tenu des prérogatives conférées au supérieur hiérarchique en matière d'avancement et de discipline, qui maintiennent les subordonnés dans une situation de nette dépendance à son égard (22). L'idée d'une subordination globale du fonctionnaire à l'Etat et à la société produit enfin un autre effet : elle justifie un ensemble de sujétions qui dépassent le cadre strict du service et dont on ne retrouve pas — en principe — l'équivalent dans le secteur privé.

2. Les prérogatives hiérarchiques

A la tête de chaque service, de chaque entreprise, il y a toujours une autorité suprême investie de la plénitude du pouvoir de direction, à laquelle sont conférées différentes prérogatives lui permettant d'imposer ses conceptions et de faire prévaloir sa volonté. Certes, ni le chef d'entreprise, ni le ministre, chef hiérarchique des services placés sous son autorité (23), n'exercent toujours par eux-mêmes l'intégralité des prérogatives attachées à leur qualité, dont ils délèguent certaines à des subordonnés ; mais ces délégations, si elles peuvent modifier les conditions concrètes d'exercice de l'autorité hiérarchique, n'altèrent pas le principe de l'unité de direction, dans la mesure où le délégataire se trouve lui-même vis-à-vis du délégant dans une situation de subordination hiérarchique (24). Or ce qui donne au pouvoir hiérarchique sa vigueur et son efficacité, c'est précisément la réunion entre les mêmes mains d'un ensemble de pouvoirs dont les effets se renforcent mutuellement. Sous des appellations variables et à quelques nuances près, ces pouvoirs se retrouvent en gros semblables dans l'entreprise et dans l'administration : le pouvoir d'organisation, le pouvoir de commandement, le pouvoir disciplinaire, dont la combinaison donne à leur titulaire une influence déterminante sur le sort professionnel de ses subordonnés.

(22) Voir en ce sens C. WIENER, *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres*, L.G.D.J. 1970, pp. 97 s.

(23) Cette règle ne vaut plus lorsque les services sont érigés en établissements publics autonomes, l'autorité hiérarchique étant alors dévolue aux organes de direction desdits établissements. De même, dans les services dépendant des collectivités territoriales, l'autorité hiérarchique est exercée par l'organe exécutif : maire ou préfet (à l'avenir, président du conseil général).

(24) Claires dans leur principe, les choses le sont moins en pratique. Si le ministre est le chef de son administration et détient à ce titre de plein droit un pouvoir général d'organisation du service, on remarquera qu'il n'exerce le pouvoir de nomination et les prérogatives qui lui sont liées — avancement et discipline notamment — qu'en vertu de dispositions particulières dérogeant au principe général posé par la Constitution en son article 13, qui confie ce pouvoir au président de la République. Investi néanmoins du pouvoir de nomination dans la généralité des cas par l'effet de ces dispositions, il peut s'en dessaisir au profit de subordonnés par le biais de délégations de pouvoir ; à moins que des mesures de déconcentration ou de simplification n'attribuent directement à d'autres autorités — recteurs, chefs de services extérieurs... — les compétences normalement dévolues au ministre.

On n'évoquera d'autre part que pour mémoire les problèmes que pose la détermination du titulaire du pouvoir hiérarchique dans l'entreprise, auxquels sont consacrés d'autres rapports du présent colloque sur le pouvoir patronal. Le fait même qu'ils puissent se poser témoigne de cette « bureaucratisme » des entreprises privées à laquelle il a été fait allusion plus haut.

a) *Le pouvoir d'organisation* du service, de l'entreprise, ou simplement du travail, est un pouvoir général et multiforme, affirmé avec la même force dans l'administration et dans le secteur privé. On connaît la vigueur avec laquelle sont défendues les prérogatives patronales en ce domaine. On sait moins que dans l'administration l'organisation de chaque ministère est considérée de la même façon comme l'affaire exclusive du ministre (25) : chef du département dont il a la charge, il exerce sur ses services une autorité « sans intermédiaire ni partage » (B. Chenot). C'est en somme la transposition à l'administration de la théorie de « l'employeur seul juge », qui signifie en l'occurrence deux choses : d'abord que nul, pas même le Premier Ministre, ne peut s'immiscer dans l'exercice par le ministre des prérogatives découlant de son pouvoir d'organisation, qu'il s'agit là d'un domaine réservé ; ensuite que les subordonnés ne peuvent avoir aucune part dans la définition des mesures d'organisation du service qui reste « le propre, la chose du supérieur hiérarchique » (26) et demeure à ce titre hors du champ de la participation. Notons qu'à l'instar des prérogatives par lesquelles se concrétise le pouvoir de direction du chef d'entreprise, les prérogatives ministérielles en matière d'organisation du service s'exercent même sans texte : la jurisprudence a très tôt ratifié l'existence au profit du ministre de pouvoirs implicites inhérents à sa qualité de chef de service (27).

Il ne saurait être question de détailler ici le contenu de ces prérogatives, qui soulèvent des problèmes juridiques spécifiques, parfois complexes, que les spécialistes du droit du travail et de la fonction publique connaissent bien dans leur domaine respectif ; on s'attachera plutôt à dégager leur structure générale et à confronter sur cette base les pouvoirs du chef d'entreprise avec ceux du supérieur hiérarchique.

— L'employeur dispose d'abord d'un pouvoir général sur l'entreprise, dont il lui revient de déterminer les structures juridiques et techniques, ainsi que les conditions d'exploitation — avec les conséquences qui en découlent pour les salariés (28). Il est parallèlement habilité à réglementer le travail dans l'entreprise : telle est la fonction du règlement intérieur — et accessoirement des notes de service — qui contient, outre des dispositions relatives à la discipline et selon les cas, au gré de l'employeur, des clauses relatives à l'embauche, au licenciement, à l'avancement, aux salaires, etc..., un cer-

(25) Dans le développements qui suivent, nous empruntons beaucoup à l'analyse de C. WIENER, dans l'ouvrage précité, pp. 231-257.

(26) Conclusions MOSSET sur C.E. 26 octobre 1956, *Ass. g.le. des adm. civils.*, R.D.P. 1956. 1309. L'arrêt en déduit l'impossibilité pour les fonctionnaires de contester au contentieux le bien-fondé de telles mesures, cette règle ne cédant que lorsque la mesure litigieuse porte atteinte à un droit que le fonctionnaire tient de son statut.

(27) C.E. 7 février 1936, Jamart.

(28) Il décide de l'aménagement et de l'agencement des locaux, choisit les techniques et les matériels, répartit et organise les tâches, fixe les horaires de travail, les périodes de congé, peut imposer des heures supplémentaires... ; il peut embaucher ou licencier en fonction des besoins qualitatifs ou quantitatifs de l'entreprise qu'il apprécie lui-même (sous réserve des restrictions importantes apportées par la législation récente aux pouvoirs du chef d'entreprise en matière de licenciements économiques), décider la suspension temporaire de l'exploitation si des raisons économiques ou techniques l'exigent...

tain nombre de prescriptions imposées aux salariés dans l'accomplissement de leurs tâches (29). Dans l'exercice de ces différentes prérogatives, le chef d'entreprise jouit d'une très grande liberté : sa marge d'action n'est limitée que par l'obligation qui lui est faite dans certaines hypothèses de consulter le comité d'entreprise, et par les dispositions impératives des lois et règlements, peu nombreuses en fait en dehors du domaine de l'hygiène, de la sécurité et des horaires (sur ces différents points, voir *infra*, III, A).

Ce pouvoir général d'organisation se double d'une série de prérogatives visant cette fois les salariés pris individuellement : l'employeur recrute qui il juge bon, sur la base de critères qu'il fixe librement (sous réserve de ne pas procéder à des discriminations illégales et de respecter certaines priorités d'embauche). Il décide de l'affectation du salarié, lui assigne une tâche et en arrête les modalités d'exécution ; il peut aussi par la suite le muter d'un poste à l'autre ou modifier le contenu des tâches à effectuer, à la seule condition de ne pas porter atteinte à des éléments substantiels du contrat (essentiellement : rémunération, lieu de travail, qualification). La promotion dans l'entreprise, et dans une mesure à peine moindre la rétrogradation, sont laissées à la discrétion de l'employeur — sauf dispositions contraires du règlement intérieur ou des conventions collectives. Enfin, l'employeur a le droit de licencier le salarié qui ne lui donne pas satisfaction ou dont il n'a plus besoin, sous la seule réserve de pouvoir invoquer un « motif réel et sérieux ».

— Le chef de service, dans l'administration, n'a pas de pouvoirs aussi étendus dans la mesure où l'unité qu'il dirige n'est qu'un rouage d'un ensemble plus vaste auquel elle reste subordonnée. Mais à l'intérieur de ces limites, ses prérogatives apparaissent néanmoins considérables et ressemblent sur beaucoup de points aux prérogatives d'un employeur privé. Le ministre est d'abord compétent pour tout ce qui touche aux structures internes de son département : c'est lui qui détermine l'affectation et les conditions d'utilisation des locaux et qui, surtout, fixe l'organigramme du ministère. S'il ne peut de son propre chef élargir ou restreindre la sphère de ses attributions, il a le droit de créer des services annexes à l'activité principale de son administration, et corollairement de mettre fin à leur fonctionnement (30). Le ministre dispose encore de prérogatives importantes en ce qui concerne l'organisation du travail et les conditions d'emploi des agents. Il dispose en effet d'un pouvoir de réglementation étendu, qu'il utilise notamment pour répartir les effectifs entre ses services, fixer la durée et les horaires de travail, délimiter la sphère de compétence respective des différents services et agents, déterminer les tâches que comporte l'occupation de telle ou telle fonction... Ce pouvoir de réglementation inclut même, selon une jurisprudence constante, le droit de

réglementer l'exercice du droit de grève dans les services dépendant du ministère. Echappent en revanche à ce pouvoir de réglementation autonome, partiellement ou totalement, une série de questions qui, dans l'entreprise, figurent éventuellement dans le règlement intérieur : les conditions de recrutement et d'avancement, la discipline, les traitements — tous ces points sont réglés par les statuts applicables aux différentes catégories de fonctionnaires, et le chef de service n'a pas directement prise sur eux, même s'il conserve une marge d'appréciation plus ou moins importante dans la mise en œuvre de la réglementation statutaire (31). Si on ne retrouve donc pas dans l'administration l'équivalent des prérogatives patronales par excellence que sont le libre choix et le licenciement quasi-discrétionnaire des subordonnés, la latitude du supérieur hiérarchique redevient très grande en ce qui concerne l'affectation des agents, la seule contrainte étant de respecter la correspondance établie par les statuts entre le grade et l'emploi. Quant aux mutations dites « dans l'intérêt du service » (par opposition aux mutations disciplinaires), elles sont la règle dans la fonction publique : l'agent est par définition à la disposition de son administration, qui peut modifier unilatéralement non seulement le contenu des fonctions, mais aussi leur lieu d'exercice, sans que l'intéressé puisse invoquer les dispositions d'un quelconque contrat (dans la pratique, on s'efforce néanmoins de recueillir son consentement, éventuellement en jumelant mutation et avancement). En matière de promotion et d'avancement, le ministre apprécie librement la qualité des services rendus par les fonctionnaires placés sous son autorité et détient donc une influence importante sur le déroulement de leur carrière ; sa marge de décision est toutefois limitée par obligation d'établir un tableau d'avancement selon une procédure qui fait intervenir, à titre consultatif, un organisme paritaire. Le licenciement, enfin, intervient à l'initiative du supérieur hiérarchique, qu'il soit prononcé pour insuffisance professionnelle ou qu'il s'analyse en une révocation disciplinaire ; mais il apparaît comme une mesure suffisamment exceptionnelle et, au sens propre, a-normale, il est entouré au surplus de suffisamment de garanties pour qu'on ne puisse l'assimiler au droit quasi-discrétionnaire de l'employeur de résilier unilatéralement le contrat de travail.

b) *Le pouvoir de commandement* se fonde partiellement dans le pouvoir d'organisation, dans la mesure où celui-ci est mis en œuvre par des directives générales ou des ordres individuels auxquels les subordonnés doivent se conformer. Il conserve cependant une spécificité suffisante pour mériter un développement séparé.

— Dans l'entreprise, ce pouvoir de commandement est essentiel, car c'est grâce à lui que l'employeur peut diriger le travail de ses salariés et donner un contenu concret aux obligations qui leur incombent : le contrat de travail, en effet, laisse relativement indéterminé le contenu des tâches à accomplir, et stipule essentiellement

(29) Sur le règlement intérieur en tant que manifestation du pouvoir patronal, on se reportera à la contribution de J. PELISSIER au présent colloque.

(30) On notera toutefois que ces différentes mesures ne produisent jamais pour les agents — titulaires du moins — des effets aussi radicaux que dans le secteur privé, puisque les licenciements collectifs pour motif économique sont inconnus dans la fonction publique (les mesures de dégageant des cadres sont exceptionnelles et supposent une intervention du législateur). Le ministre n'est du reste libre de fixer les effectifs de son ministère que dans la limite des postes budgétaires existants.

(31) Le ministre peut, par exemple, dans le respect des règles statutaires, déterminer au regard des nécessités du service qu'il apprécie librement les qualités requises des agents pour occuper tel ou tel emploi et fixer en conséquence les conditions d'aptitude physique, de capacité professionnelle, d'âge... que doivent remplir les candidats ; mais le principe de l'égal accès aux fonctions publiques impose de recourir à des procédures de recrutement objectives comme le concours, et fait obstacle à ce qu'il choisisse librement ses collaborateurs (sauf, éventuellement, par le jeu des mutations ultérieures).

l'engagement du salarié, moyennant rémunération, d'obéir aux ordres de l'employeur sous l'autorité duquel il s'est placé. Celui-ci, qui doit pouvoir disposer librement du travail des salariés qu'il rémunère, doit par conséquent aussi pouvoir compter sur leur obéissance : non seulement la désobéissance constitue une faute disciplinaire, dont la sanction peut aller jusqu'au licenciement, mais le refus du salarié d'accepter une modification des conditions de travail ou des tâches à accomplir vaut rupture du contrat de travail dont le salarié porte la responsabilité si la modification envisagée ne portait pas atteinte aux éléments substantiels du contrat.

— Dans l'administration, de même, l'obligation d'obéissance est une règle essentielle de la fonction, et une règle juridiquement sanctionnée : les manquements à cette obligation constituent une faute disciplinaire qu'il appartient au supérieur hiérarchique de réprimer ; mais celui-ci peut aussi annuler ou réformer les actes faits par ses subordonnés en méconnaissance de ses directives (32). L'exercice de ces prérogatives doit toutefois se concilier avec le respect des règles de compétence et de fond qui régissent l'accomplissement des fonctions administratives. En vertu de ce principe, le devoir d'obéissance devrait normalement céder lorsque l'ordre donné est illégal ; mais une jurisprudence très favorable au pouvoir hiérarchique décide qu'un ordre doit toujours être obéi s'il n'est pas manifestement illégal et de nature à compromettre gravement le fonctionnement du service public : en fin de compte, en cas de doute, l'obéissance primera, car le risque d'être condamné pour avoir enfreint la légalité est moins grand que celui d'être sanctionné pour désobéissance.

c) *Le pouvoir disciplinaire* complète les deux précédents en permettant de sanctionner, notamment, les manquements aux règles édictées par l'autorité hiérarchique ou la non exécution des ordres reçus. Ce droit de punir, prérogative hiérarchique par excellence, représente la mise en œuvre du pouvoir de contrainte dont les institutionnalistes ont montré qu'il était inhérent à toute institution.

— Dans l'administration, le pouvoir disciplinaire est à la fois non contesté dans son fondement (le statut général des fonctionnaires dispose en effet que « toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire ») et largement codifié en ce qui concerne ses conditions d'exercice, le statut énumérant d'une part la liste limitative des sanctions qui peuvent être infligées et indiquant d'autre part les garanties de procédure qui doivent entourer l'exercice de ce pouvoir. Toutes ces règles sont impératives : leur respect s'impose à peine de nullité de la sanction prononcée. Cette codification conserve toutefois au supérieur hiérarchique un large pouvoir d'appréciation : en l'absence d'une définition préalable des infractions sanctionnables, il lui revient de décider (sous le contrôle éventuel, mais *a pos-*

teriori, du juge) qu'un comportement est ou non fautif, puis de choisir la sanction qu'il estime appropriée ; et l'existence de solides garanties de procédures (voir *infra*, III, A) n'entame pas son pouvoir discrétionnaire, puisqu'il n'est pas lié par l'avis du conseil de discipline.

— La situation dans l'entreprise est bien différente. Il faut d'abord rappeler l'incertitude qui s'attache au fondement des prérogatives patronales en matière disciplinaire, incertitude qui n'a pas seulement pour effet d'alimenter les controverses doctrinales mais qui renforce aussi, en pratique les prérogatives de l'employeur, jouant sur sa double qualité de co-contractant et de chef d'entreprise. D'où la difficulté de construire un droit disciplinaire digne de ce nom, c'est-à-dire non dépourvu d'obligation et de sanction, l'employeur pouvant toujours se placer sur le terrain des relations contractuelles et user de son droit de résiliation unilatérale lorsqu'il est empêché de prononcer un licenciement pour motif disciplinaire (32 bis). Si, comparées à celles d'un supérieur hiérarchique dans l'administration, les prérogatives patronales paraissent exorbitantes, c'est moins en raison de leur contenu même que des conditions dans lesquelles elles s'exercent : l'employeur est maître de l'incrimination des faits répréhensibles ; il est libre de prononcer n'importe quelle sanction sans être tenu ni par une liste préexistante (sous réserve de l'interdiction des amendes), ni par l'obligation de respecter une certaine proportion entre la gravité de la sanction et celle de la faute ; enfin, aucune disposition législative ni réglementaire ne l'oblige à respecter les droits de la défense, et il peut simplement prévoir lui-même, dans le règlement intérieur, des garanties, qui représenteront une sorte d'autolimitation de sa part. Ce qui, on le voit, différencie le plus fondamentalement l'exercice du pouvoir disciplinaire dans l'entreprise et dans l'administration, c'est l'absence de garanties de procédure, ainsi que la faiblesse du contrôle juridictionnel, sur laquelle on reviendra plus loin. C'est aussi, bien évidemment, la facilité avec laquelle sont prononcés des congédiements, conjuguée avec l'existence d'un substitut (ou complément) très efficace du congédiement disciplinaire : le droit de résiliation unilatérale du contrat de travail indépendamment de toute faute.

B — L'EMPRISE DU POUVOIR HIÉRARCHIQUE

L'inventaire que l'on vient de dresser des prérogatives hiérarchiques ne donne qu'une vision partielle et approximative de la situation de dépendance dans laquelle se trouvent placés le salarié et le fonctionnaire. Les contraintes qui pèsent sur eux sont en effet plus intenses et plus étendues que ce qu'impliquerait normalement le principe d'une subordination purement fonctionnelle trouvant sa finalité et sa limite dans la nécessité d'assurer la cohérence et l'efficacité du travail en commun. On essaiera d'éclairer ici les mécanismes par lesquels l'exercice des prérogatives hiérarchiques peut aboutir à transformer des subordonnés en sujets et de mesurer la portée de cette emprise hiérarchique dont les effets ne se font pas sentir seulement sur le lieu de travail mais débordent souvent le cadre de l'entreprise ou du service.

(32) Ce droit de réformation est toutefois soumis à certaines restrictions qui tiennent à ce que l'attribution des compétences étant ici d'ordre public, le supérieur hiérarchique ne peut, dans l'exercice de son pouvoir de correction, empiéter sur la compétence propre du subordonné. Sur ce problème complexe et confus, qui mobilise une bonne part de l'attention que les publicistes consacrent au pouvoir hiérarchique, voir par exemple J.C. GROSHENS, « A propos du pouvoir hiérarchique dans l'administration - Le pouvoir des supérieurs hiérarchiques sur les actes de leurs subordonnés », *A.J.D.A.* 1966, I, 150.

(32) bis Cette analyse est notamment développée par M. DESPAX et J. PÉLISSIER in *La gestion du personnel*, T. II, Cujas, 1974, p. 17 s.

1. L'intensité de l'emprise hiérarchique.

L'intensité de l'emprise hiérarchique dépend sans doute de l'étendue des prérogatives reconnues à l'autorité hiérarchique, mais tout autant de l'existence de mécanismes plus indirects par lesquels sont garantie l'obéissance, entretenue la soumission, et finalement niée l'autonomie des subordonnés. Le chef d'entreprise dispose à cet égard de deux moyens privilégiés, et sans équivalent véritable dans l'administration, pour affirmer la toute-puissance de son autorité : — d'abord une latitude presque illimitée pour insérer dans le règlement intérieur des clauses restreignant gravement la liberté des travailleurs ; — ensuite la faculté quasi-discrétionnaire d'embaucher et, surtout, de licencier, manifestation par excellence de la dépendance du salarié et clef-de-voute de l'absolutisme patronal.

Il peut déjà paraître exorbitant qu'un particulier dispose du pouvoir d'imposer unilatéralement des sujétions à d'autres personnes, en dehors de toute habilitation législative expresse (33). Ce pouvoir serait moins remarquable — et moins choquant — si son objet se limitait à l'organisation du travail au sens le plus strict ; or on sait que les règlements intérieurs contiennent souvent des prescriptions qui, sous couvert d'assurer l'hygiène, la sécurité, ou tout simplement la discipline, débordent de beaucoup cet objet et ensèrent dans un réseau dense d'obligations et d'interdits tous les aspects de l'activité des travailleurs au sein de l'entreprise. L'inspiration rigoureuse de la plupart des règlements intérieurs a été suffisamment soulignée pour que l'ont n'ait pas à y revenir (34). Leurs dispositions font peser sur le personnel une menace diffuse et permanente qui incite à la soumission plus qu'à la contestation. De cette emprise patronale latente sur les faits et gestes des salariés résulte pour ceux-ci, qui n'ont d'autre choix que de se conformer aux normes édictées par l'employeur au nom d'un hypothétique intérêt de l'entreprise, une perte d'autonomie allant bien au-delà de ce que paraît logiquement impliquer la subordination salariale : maître d'organiser à sa guise l'espace de l'entreprise et d'en dicter les conditions d'utilisation, maître de fixer les modalités d'exécution des tâches, l'employeur peut à la limite codifier intégralement l'ensemble de l'activité déployée par les travailleurs dans l'enceinte de l'entreprise, et pas seulement dans les lieux affectés directement à la production (35).

(33) En ce sens, voir les conclusions d'A. BACQUET sur C.E. 1^{er} février 1980, *M. du Travail c/ Sté « Peintures Corona »*, *Dr. soc.* 1980 p. 310.

(34) Rappelons ce qu'écrivait J. RIVERO après une enquête approfondie et sans *a priori* : « Les obligations strictes que les règlements intérieurs imposent aux travailleurs... sont édictées sous la menace de sanctions sévères ; elles traduisent une défiance profonde à l'égard de la conscience et même de la simple probité du personnel ; elles ne prennent que rarement en considération ses besoins fondamentaux, entièrement sacrifiés à l'intérêt de l'entreprise » (« Note sur le règlement intérieur », *Dr. soc.* 1979, p. 1).

(35) Dans ces lieux, l'intensité des contraintes physiques imposées — mouvements, cadences, vêtements, silence... — est particulièrement astreignante, non seulement dans les ateliers, mais aussi, souvent, dans les bureaux. Mais l'emprise patronale se fait encore fortement sentir dans les locaux annexes par le jeu d'interdictions ou d'obligations régissant les comportements, la tenue, les déplacements, l'affichage, les conversations... Jusqu'aux portes de l'entreprise où s'opèrent encore fouilles et contrôles destinés à prémunir contre le vol, l'introduction de boissons alcoolisées... ou l'introduction de tracts et journaux.

Toutes les entreprises, assurément, ne tissent pas autour de leurs membres un réseau de contraintes aussi denses et intenses, dont l'effet est de transformer des sujets de droit libres et autonomes en sujets-tout-court lorsqu'ils ont franchi l'enceinte de l'usine ou du bureau ; mais rares sont celles où l'exercice de certains droits élémentaires n'est pas entravé par quelque disposition unilatéralement édictée et insérée dans le règlement intérieur. Par contraste, le fonctionnaire, sauf s'il appartient à un corps ou service affecté au maintien de l'ordre — police, armée... — où la discipline est plus rigoureuse, paraît mieux préservé d'atteintes aussi caractérisées à sa liberté physique, voire morale. Pour un ensemble de raisons complexes (36), le principe d'une subordination strictement fonctionnelle est mieux respecté dans l'administration.

On ne rappellera que pour mémoire le pouvoir extrême que confère à l'employeur le droit de résiliation unilatérale du contrat de travail, qui tient ainsi entre ses mains l'emploi et les conditions matérielles d'existence de ses subordonnés. Le pouvoir de licencier, source de la toute-puissance patronale, est le meilleur garant de la sujétion des salariés : le droit de congédier à tout moment, y compris pour une faute peu grave, est un moyen efficace de dissuader les salariés d'enfreindre les dispositions du règlement intérieur, fussent-elles perçues comme inutilement vexatoires ; tandis que la possibilité très large ouverte au chef d'entreprise, en vertu de son pouvoir de direction, de licencier un collaborateur indépendamment de toute faute — pour inaptitude physique ou insuffisance professionnelle, voire pour un désaccord avec la direction ou une mésentente avec les autres membres du personnel — ne peut que les inciter à se soumettre sans discussion ni résistance aux exigences patronales, fussent-elles abusives ou illégales (37). Comparativement, les fonctionnaires, qui n'ont à redouter sérieusement ni un licenciement pour insuffisance professionnelle, ni une révocation disciplinaire, paraissent moins fortement assujettis à l'autorité hiérarchique. Les hypothèses qui, dans l'entreprise, se soldent par un licenciement se régleront dans la fonction publique par une mutation — disciplinaire ou dans l'intérêt du service — ces mutations restant elles-mêmes moins fréquentes que les licenciements dans le secteur privé. Il est vrai que l'exclusion de la fonction publique a des effets plus radicaux qu'un licenciement, lequel laisse entière (en période de plein emploi...) la possibilité par le salarié d'être réembauché dans une autre entreprise.

2. L'étendue de l'emprise hiérarchique

L'emprise du pouvoir hiérarchique s'arrête aux frontières de l'institution : là où cesse l'activité professionnelle cesse aussi la subordination, et une fois sortis de l'entreprise ou du service salariés et fonctionnaires doivent normalement recouvrer l'entière liberté de leurs

(36) Des raisons juridiques, sans doute (l'exercice du pouvoir hiérarchique est mieux encadré dans l'administration, comme on le dira plus loin), mais aussi techniques (souci du rendement et travail à la chaîne y sont inconnus), et sociopolitiques (antagonismes de classes et oppositions d'intérêts sont moins virulents dans l'univers administratif, ce qui rend les rapports hiérarchiques eux-mêmes moins brutaux).

(37) La plupart des auteurs s'accordent pour estimer que la réforme du droit de licenciement intervenue en 1973 n'a pas réellement transformé les conditions d'exercice de cette prérogative patronale. Voir *infra*, III, A.

mouvements. S'il n'en va pas exactement ainsi en pratique, c'est parce qu'il existe une logique institutionnelle telle que l'appartenance à l'institution subsiste alors même qu'est momentanément suspendu l'accomplissement de la mission. Certaines contraintes imposées au nom de l'intérêt de l'institution continuent à peser sur ses membres jusque dans leur vie privée, dans la mesure où ils ne doivent ni déshonorer l'institution par leur comportement, ni lui nuire par des propos ou des actes susceptibles de compromettre l'autorité des ses organes ou l'exécution de leur tâche (38).

Mais la situation est ici inverse de celle qu'on a analysée précédemment : l'agent public subit dans sa vie extra-professionnelle des contraintes plus étendues que le simple salarié d'une entreprise privée. L'appartenance institutionnelle est à l'évidence plus forte, au demeurant dans le cas du fonctionnaire qui entre au service de l'Etat pour y faire carrière et ne le quittera qu'à l'âge de la retraite, est régi par un statut qui le met à part des autres travailleurs, et subit une action de socialisation intense destinée à lui inculquer la conviction et la fierté de servir la collectivité. Corollairement, la solidarité avec l'institution sera plus impérieusement requise de celui qui, représentant l'Etat et exerçant en son nom des prérogatives de puissance publique, est censé avoir accepté les servitudes inhérentes à la fonction. Autant de considérations qui ne peuvent jouer s'agissant de salariés liés à temps, par contrat, à un employeur qui utilise leurs services en vue de satisfaire un intérêt économique privé.

— Le fait que des obligations puissent peser sur le fonctionnaire alors même qu'il n'est pas en service correspond bien à l'idée, sans doute démodée mais non totalement désuète, qu'il est investi d'une sorte de sacerdoce supposant la subordination constante de son intérêt particulier à l'intérêt supérieur du service, de l'administration et de l'Etat. Si sa vie privée n'échappe pas au contrôle de l'autorité hiérarchique, c'est parce qu'il demeure de façon permanente le représentant de la puissance publique, et que l'administration est donc en droit d'exiger de lui un comportement excluant tout acte, attitude ou prise de position susceptible de rejaillir sur la corporation dont il fait partie ou de porter préjudice à l'autorité de l'Etat. Dignité, solidarité, loyalisme : autant d'obligations disciplinairement sanctionnées qui manifestent l'extension de l'emprise hiérarchique hors des limites du service. La jurisprudence admet ainsi qu'un comportement contraire à l'honneur ou à la probité, ou simplement susceptible de causer un scandale, peut légalement motiver une sanction disciplinaire puisqu'il risque de rendre difficile ou impossible l'exercice des fonctions. Et l'on sait par ailleurs que si les agents publics sont libres de leurs opinions (l'emprise hiérarchique ne s'étend pas aux consciences), ils ne doivent les exprimer qu'en observant une certaine réserve (39). On invoque, pour justifier cette contrainte, la nécessité de préserver la croyance du public dans l'impartialité de la fonction publique ; mais il s'agit tout autant d'empêcher des

agissements qui, bien qu'ayant eu lieu hors du temps de service, sont de nature à attenter au principe de l'autorité hiérarchique : soit que la critique émise par l'agent porte sur le fonctionnement du service auquel il appartient et puisse donc être considérée comme visant le supérieur hiérarchique immédiat ; soit que les paroles ou actes incriminés expriment un désaccord avec la politique gouvernementale, le fonctionnaire se voyant ainsi imposer en tant que membre de la hiérarchie administrative un loyalisme qui n'est pas exigé des autres citoyens.

— Dans le secteur privé, en revanche, le principe prévaut que les actes commis par un salarié en dehors du temps et du lieu de travail échappent au contrôle patronal et ne peuvent donner lieu à des sanctions disciplinaires : si le fonctionnaire reste un agent de l'Etat alors même qu'il n'est pas en service, on affirme au contraire traditionnellement qu'une « cloison étanche » doit exister entre la vie professionnelle et la vie extra-professionnelle du salarié (40). Pourtant, un examen même rapide de la jurisprudence montre que ce principe est moins bien respecté qu'il paraît, et que ni la vie privée proprement dite du salarié, ni sa liberté d'expression, ne sont complètement à l'abri d'éventuelles immixtions de son employeur.

La jurisprudence admet en effet que si un licenciement motivé par le comportement extra-professionnel est en règle générale abusif, il n'en va plus de même si ce comportement est de nature à rejaillir fâcheusement sur l'entreprise, de sorte que l'intérêt de l'entreprise peut légitimer un droit de regard de l'employeur sur la vie familiale ou sur les relations et fréquentations des membres du personnel (41). De même, l'employeur ne peut se faire juge de la moralité de son personnel — mais une conduite répréhensible sur le plan moral a dans certaines hypothèses été considéré comme un motif légitime de licenciement parce qu'elle était de nature à discréditer l'entreprise auprès du public : le raisonnement, on le voit, est assez semblable à celui qui, dans la fonction publique, fonde l'obligation de « dignité » imposée à l'agent public. Cette prise en compte de la vie extra-professionnelle est particulièrement développée à l'égard des cadres, dans la mesure où l'on en craint certaines répercussions susceptibles de nuire soit à leur autorité sur le personnel à l'intérieur de l'entreprise, soit à l'image de celle-ci à l'extérieur.

Le schéma est identique s'agissant de la liberté d'expression : théoriquement entière pour les salariés lorsqu'ils sont hors de l'entreprise, elle peut être totalement supprimée ou très fortement restreinte non seulement sur le lieu même du travail, non seulement dans les locaux dépendant de l'entreprise — réfectoires, vestiaires... —, mais aussi aux abords immédiats de l'entreprise, zone qui devrait en toute rigueur échapper à l'emprise patronale. Mais surtout, où qu'il s'exprime, le salarié doit faire preuve de mesure dans les critiques dirigées contre la politique de l'entreprise ou contre ses

(38) Cf. J. MOURGEON, *op. cit.* p.324.

(39) Nulle part définie, l'obligation de réserve est suffisamment floue dans son contenu pour laisser place à l'appréciation subjective du supérieur hiérarchique — sous le contrôle du juge il est vrai. Cette appréciation prendra en compte à la fois la nature des fonctions exercées et la nature des faits litigieux : contenu des opinions exprimées, forme sous laquelle elles l'ont été, publicité qu'elles ont reçue.

(40) Voir l'article classique de M. DESPAX, « La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », *J.C.P.* 1953, I, 1776.

(41) La liberté matrimoniale, par exemple, est sans cesse réaffirmée à l'encontre des clauses de non-convol que les employeurs insèrent encore dans les contrats ; il est néanmoins, selon les termes mêmes de la Cour de cassation, « des cas très exceptionnels où les nécessités des fonctions légitiment une éventuelle atteinte à la liberté du mariage ».

dirigeants, et ne pas tomber dans la « polémique » ou le « dénigrement » ni se livrer à des attaques « tendancieuses » qui revêtraient un caractère outrageant pour l'employeur (42). La liberté d'expression politique des salariés est mieux préservée dans la mesure où l'autorité hiérarchique n'est plus ici en cause — à moins que les opinions exprimées ayant déplu à l'employeur, celui-ci ne profite d'un prétexte quelconque pour mettre fin au contrat de travail ; mais il agit alors en marge de la légalité, le juge censurant, lorsqu'il en a la preuve patente, les atteintes portées à la liberté d'opinion des salariés. Cela étant, qui pourra empêcher un chef d'entreprise, dans l'état actuel des choses... et du droit, de prendre en considération clandestinement et en toute impunité en matière d'embauche ou de licenciement des éléments qui devraient normalement demeurer hors du champ des relations professionnelles ? Preuve que l'absolutisme patronal, s'il se nourrit de l'ampleur des prérogatives reconnues aux patrons, résulte plus encore de l'absence de freins et contrepoids susceptibles d'en contenir les effets.

III. — LES BORNES DU POUVOIR HIÉRARCHIQUE

Il y a deux façons de poser des bornes au pouvoir hiérarchique. On peut d'abord s'efforcer de réduire les risques d'abus et d'arbitraire qu'il comporte en encadrant son exercice par des règles juridiques qui d'un côté en marquent les limites, de l'autre fournissent des garanties individuelles à chacun de ceux sur lesquels il s'exerce. On peut également essayer d'instituer des contrepoids à l'autorité hiérarchique en dotant collectivement les travailleurs ou leurs représentants de prérogatives propres, et éventuellement en leur conférant un droit de regard plus ou moins étendu sur la gestion de l'entreprise ou du service. Sur ce point, toutefois, ni les tentatives en vue de réaliser le mot d'ordre de démocratie économique, ni les concessions faites à la Libération aux revendications syndicales dans la fonction publique n'ont débouché sur la consécration d'une force susceptible de contrebalancer sérieusement l'autorité hiérarchique, que ce soit dans l'entreprise ou dans l'administration.

A — L'ENCADREMENT JURIDIQUE DU POUVOIR HIÉRARCHIQUE

C'est ici que le contraste entre le droit commun du travail et le régime de la fonction publique est peut-être le plus frappant. D'un côté des règles statutaires définissant avec une relative précision les droits et obligations des fonctionnaires enferment dans des limites stables et sûres un pouvoir qui s'exerce sous l'œil vigilant du juge ; de l'autre une législation touffue mais lacunaire, et largement dépourvue de sanction, ne fournit qu'une protection souvent illusoire contre les tendances absolutistes des employeurs. Entre les deux situations il y a toute la distance qui sépare un pouvoir discrétionnaire d'un pouvoir arbitraire. Même si la réalité est sans doute moins manichéenne, l'impression d'ensemble est bien *grosso modo* celle-là.

(42) Et lorsque le juge doit se prononcer sur l'existence d'une faute disciplinaire, il se réfère à des notions très proches de celles qu'utilise la jurisprudence administrative : « outrances de langage », « excès d'expression », « polémique excessive », voire « manque de réserve ».

1. La limitation du pouvoir discrétionnaire dans la fonction publique

L'administration moderne exclut le « bon plaisir », notait Max Weber. Cette règle ne s'applique pas seulement aux administrés mais aussi aux agents, que des normes générales et impersonnelles s'imposant à tous préservent de l'arbitraire des supérieurs. En fait la limitation des prérogatives hiérarchiques n'a pas été acquise d'emblée dans la fonction publique française mais résulte d'une évolution séculaire. Le pouvoir discrétionnaire des chefs de service s'est trouvé progressivement restreint sous l'effet de trois facteurs convergents : le développement des règles statutaires, l'octroi de garanties de procédures, l'extension du contrôle juridictionnel.

— Le *statut* de la fonction publique, au sens large, désigne l'ensemble des règles juridiques qui régissent le conditionnement et l'activité professionnelle des fonctionnaires. Ces règles ont, de par leur seule existence, une valeur protectrice éminente pour les fonctionnaires ; en effet, la notion de statut implique que tous les agents appartenant à une même catégorie se trouvent placés dans la même situation juridique, sans que cette situation puisse être en quoi que ce soit modifiée par le supérieur hiérarchique : si le propre du statut est d'être à tout moment modifiable par l'organe compétent qui l'a édicté (contrairement au contrat dont la modification requiert l'accord des deux parties), aucune autorité administrative n'est habilitée à apporter de son propre chef des aménagements à ce statut, que ce soit pour consentir une faveur ou pour imposer une sujétion particulières. La condition juridique de l'agent dépend par conséquent beaucoup plus fondamentalement du corps auquel il appartient et accessoirement de son grade que de l'emploi auquel il a été affecté sous l'autorité de tel chef de service. Les règles de fond qui s'imposent au supérieur hiérarchique sont en effet nombreuses et contraignantes. Le principe d'égalité admissibilité aux emplois publics qui interdit d'établir des discriminations entre agents, que ce soit au stade du recrutement ou dans le déroulement ultérieur de leur carrière, restreint d'autant la latitude du chef de service en matière de gestion du personnel. La règle du recrutement par concours, en particulier, qui vise à sélectionner les candidats au vu de leur seul mérite, ne laisse qu'une liberté de choix résiduelle à l'autorité investie du pouvoir de nomination. Le supérieur hiérarchique n'a pas prise non plus sur la rémunération de ses subordonnés, dont les traitements sont déterminés en fonction d'une grille indiciaire applicable à l'ensemble des agents publics ; de surcroît, l'avancement d'échelon, dont l'incidence est purement financière, a lieu exclusivement à l'ancienneté, ce qui ici encore exclut l'appréciation discrétionnaire du supérieur. Aussi nombreuses soient elles, ces règles, dont nous n'avons mentionné que quelques unes, ne suppriment pas le pouvoir discrétionnaire du supérieur hiérarchique qui trouve encore un large domaine où s'exercer ; mais l'existence de garanties de procédure d'une part, de voies de recours juridictionnelles d'autre part, l'empêchent de dégénérer en pouvoir arbitraire.

— Des *garanties procédurales* ont été accordées très tôt aux fonctionnaires, notamment par la fameuse loi de 1905 instituant le droit à la communication du dossier au profit des agents sous le coup d'une mesure disciplinaire. Depuis lors, ces garanties se sont tout à la fois perfectionnées et étendues, puisqu'elles s'appliquent désormais à l'ensemble des mesures individuelles touchant à la carrière ou à la discipline. L'existence de ces

garanties n'a ni pour objet, ni pour effet de limiter l'appréciation discrétionnaire du supérieur, qui conserve intact son pouvoir de décision ; mais elle restreint les risques d'arbitraire en l'obligeant à exercer son pouvoir au grand jour et après avoir écouté plusieurs avis. C'est ainsi que les commissions paritaires, composées pour moitié d'agents élus par leurs pairs, reçoivent communication des notes annuelles attribuées aux fonctionnaires ; elles interviennent plus activement encore, bien qu'à titre consultatif, dans la confection du tableau d'avancement qui, une fois établi, lie l'autorité hiérarchique, tenue dans l'exercice de son pouvoir de promotion de respecter l'ordre fixé ; de la même façon les mutations, même prononcées dans l'intérêt du service, doivent être précédées de la consultation de la commission paritaire si elles entraînent une modification dans la situation de l'agent ; enfin, l'exercice du pouvoir disciplinaire est entouré d'un formalisme protecteur dont l'élément central consiste dans la comparution devant un conseil de discipline composé paritairement, précédée de la communication du dossier — ce qui permet à l'agent de présenter sa défense et garantit ainsi le caractère contradictoire de la procédure (43).

— Le dispositif le plus efficace de protection des fonctionnaires contre l'arbitraire réside sans doute dans le *contrôle* que le juge administratif exerce sur les actes des supérieurs hiérarchiques, veillant à ce qu'ils n'enfreignent pas une légalité dont lui-même contribue largement à définir les limites. L'œuvre prétorienne du Conseil d'Etat s'est révélée ici particulièrement importante et bénéfique, et n'est pas étrangère à l'instauration d'un régime de droit à l'intérieur de l'administration. Le juge administratif a d'abord ouvert très largement aux fonctionnaires les portes du prétoire en interprétant de façon extensive la notion d'intérêt pour agir (44), ce qui réduit d'autant le risque de voir des mesures illégales maintenues en vigueur. La liste des mesures attaquables n'a elle-même cessé de s'étendre, jusqu'à inclure non seulement les sanctions disciplinaires et autres mesures faisant à l'évidence grief, mais aussi tout ce qui touche à la notation ou à l'avancement. Demeurant néanmoins hors du champ contentieux, de façon contestable, tous les actes qui tombent sous la qualification de « mesures d'ordre intérieur » : mesures d'organisation du service, y compris l'affectation des agents et l'attribution des tâches, instructions ou circulaires concernant l'exécution du service — aussi longtemps du moins qu'aucune atteinte n'est portée aux droits statutaires des agents. L'idée prévaut ici que le service étant « la chose » du supérieur hiérarchique, les subordonnés n'ont aucun droit à faire valoir ni aucun intérêt à protéger.

Lorsqu'il estime la requête recevable, le juge vérifie non seulement que l'autorité hiérarchique a fait une exacte application des textes et n'a violé aucune règle dont le respect s'imposait à elle, mais aussi, si le con-

tenu des mesures litigieuses relevait d'une appréciation discrétionnaire, qu'elle s'est déterminée au vu de motifs matériellement exacts et juridiquement corrects et n'a commis aucun détournement de pouvoir (45). En matière disciplinaire, le juge contrôle de surcroît la qualification des faits incriminés, c'est-à-dire le point de savoir s'ils constituaient réellement des fautes, tout en refusant de se prononcer sur le bien-fondé de la sanction, tant en ce qui concerne son opportunité que sa sévérité ; depuis 1978, néanmoins, le Conseil d'Etat accepte de rechercher si l'appréciation du supérieur hiérarchique n'est pas entachée d'erreur manifeste, et si la sanction n'est pas manifestement excessive au regard de la faute commise. On notera enfin que la sanction d'une éventuelle censure contentieuse est extrêmement énergique puisqu'elle prive d'effet la mesure annulée et rétablit la situation qui existait antérieurement : l'annulation d'une révocation, en particulier, oblige l'administration à réintégrer l'intéressé dans l'emploi qu'il occupait avant son éviction et à reconstituer l'ensemble de sa carrière.

2. La persistance de l'arbitraire dans l'entreprise

L'administration n'est certes pas un univers édénique, mais c'est un univers relativement sans surprise, régi par des règles connues de tous et s'imposant *grosso modo* à tous. La pénétration du droit dans l'entreprise est loin d'avoir atteint le même degré, et c'est en ce sens que l'on utilise ici le terme d'arbitraire : sans intention polémique, mais pour pointer une situation dans laquelle le sort du salarié dépend plus du bon vouloir de l'employeur que de l'application de règles objectives. L'ensemble des prérogatives patronales, et notamment les trois prérogatives essentielles que sont l'édiction du règlement intérieur, le pouvoir disciplinaire et le droit de licenciement, sont soumises « à des conditions de fond très réduites, à une procédure facile à éluder, et à un contrôle étroitement limité » (J. Rivero, à propos du règlement intérieur).

— La *législation* du travail, pour touffue qu'elle soit, n'entame guère la toute-puissance patronale, dans la mesure où les textes contiennent très peu de dispositions directement relatives au pouvoir de direction du chef d'entreprise. La latitude de l'employeur dans l'édiction du règlement intérieur, notamment, est à peu près totale, le Code du travail ne précisant ni sa finalité exacte, ni son contenu (sauf à interdire certaines clauses et à en rendre d'autres obligatoires). Ce contenu est finalement laissé à l'appréciation du chef d'entreprise, tant en ce qui concerne le choix des matières que le détail des règles édictées. L'employeur ne peut, certes, insérer dans le règlement intérieur des clauses contraires aux lois et règlements, dont l'inspecteur du travail serait fondé à demander le retrait ou la modification ; en fait, les règlements intérieurs semblent bien fourmiller de clauses d'une légalité douteuse, sinon franchement illégales (46), et d'autres encore portent aux libertés publiques

(43) De plus, si l'autorité qui prononce la sanction ne suit pas l'avis du conseil de discipline, il existe une possibilité de recours devant le Conseil Supérieur de la Fonction Publique, qui donnera à son tour un avis avant que le ministre ne statue en dernier ressort. Notons aussi que certaines catégories de fonctionnaires — enseignants et magistrats essentiellement — bénéficient d'un régime plus protecteur encore, la procédure disciplinaire étant juridictionnalisée.

(44) Non seulement un fonctionnaire est recevable à attaquer une mesure prise à son encontre, mais il peut aussi intenter un recours contre une mesure concernant un autre fonctionnaire qui pourrait avoir une incidence sur sa propre carrière.

(45) Il ne faut pas sous-estimer, toutefois, les difficultés que rencontre le requérant (et le juge) en matière de preuve : il n'est pas toujours facile de faire apparaître le véritable motif ou le mobile caché d'une décision, qui peut ainsi échapper à la censure du juge.

(46) Voir les exemples cités par J. RIVERO (article précité), ainsi que par M. COHEN, « Le règlement intérieur et le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise », *Droit social* 1980, p. 105 s.

ses atteintes si graves qu'on peut s'interroger sur la légitimité de ce pouvoir exorbitant que s'arroge ainsi une personne privée agissant pour la sauvegarde de ses intérêts particuliers (47).

Lorsque, par conséquent, l'employeur se réfère au règlement intérieur comme à la loi de l'entreprise, en étant suivi sur ce terrain par le juge, il s'agit là d'une « pseudo-légalité » susceptible de recouvrir parfois l'arbitraire le plus évident. Or c'est sur le règlement intérieur que se fonde l'employeur dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire : il y insère en effet les règles dont il sanctionnera ensuite la violation en infligeant une des sanctions prévues. Mais il ne se lie pas pour autant entièrement les mains puisque rien ne s'oppose à ce qu'il considère comme fautif un comportement non explicitement incriminé par le règlement intérieur, d'une part, et que d'autre part la jurisprudence l'autorise à prononcer d'autres sanctions, admises par l'usage, que celles prévues par le règlement intérieur.

Le licenciement, enfin, manifestation ultime du pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise ou simple exercice de son droit de résiliation unilatérale du contrat de travail, n'était, jusqu'à la loi de 1973, soumis à aucune condition : tout motif était *a priori* légitime sous réserve d'un hypothétique abus de droit, l'idée prévalant que l'employeur est seul à même de décider s'il est ou non opportun de conserver un salarié à son service. Depuis 1973 la situation a, sur le papier au moins, radicalement changé puisque la loi subordonne l'exercice du droit de licenciement à l'existence d'une cause réelle et sérieuse — le « sérieux » s'appréciant au regard de l'intérêt de l'entreprise et excluant logiquement des considérations purement subjectives. En pratique les choses ont moins changé qu'elles auraient dû, car une interprétation minimaliste de la loi n'emportant que des restrictions limitées aux prérogatives des chefs d'entreprise a prévalu. D'une part les motifs de licenciement reconnus en eux-mêmes légitimes par la jurisprudence n'ont pas varié de façon significative par rapport à l'état du droit antérieur ; de l'autre l'employeur ne s'est pas vu contester sérieusement le droit d'apprécier lui-même, dans chaque hypothèse, l'incompatibilité des faits invoqués avec les nécessités du fonctionnement de l'entreprise.

— Le pouvoir du chef d'entreprise, largement inconditionné par conséquent, est des surcroît un *pouvoir solitaire*, dont l'exercice n'est entouré d'aucune procédure protectrice. Si l'on laisse pour l'instant de côté la consultation obligatoire du comité d'entreprise sur certaines questions relatives à l'organisation du travail ou à la gestion économique de l'entreprise, il reste peu de chose. Il reste par exemple la possibilité pour les représentants du personnel de donner leur avis sur le règlement intérieur et de consigner par écrit leurs observations ou critiques, qui seront transmises à l'inspecteur du travail ; celui-ci, à son tour, examine le texte et peut exiger le retrait des clauses contraires aux lois et règlements, mais en pratique, on l'a vu, ce contrôle est exercé avec tant de timidité qu'il perd son efficacité.

En matière d'avancement comme en matière disciplinaire, il n'existe pour l'employeur aucune obligation d'observer une quelconque procédure contradictoire susceptible de préserver les droits de la défense. Certaines conventions collectives, certains règlements intérieurs contiennent des dispositions prévoyant la comparution et l'audition de l'intéressé assisté d'un représentant du personnel, ou plus rarement la convocation d'un véritable conseil de discipline. Mais outre que leur insertion est laissée, dans le second cas, à la discrétion du chef d'entreprise, leur portée reste très limitée puisque le non-respect de la procédure prévue n'emporte pas la nullité de la sanction et se soldera simplement par de très éventuels dommages et intérêts (48).

Seul le licenciement, finalement, a été entouré par la loi de 1973, de certaines garanties de procédure, en imposant un entretien préalable qui représente la timide ébauche d'une tentative de conciliation et un début de consécration des droits de la défense. Encore ces garanties ne s'appliquent-elles pas à tous les salariés, et leur portée est encore réduite par le fait qu'un licenciement entaché d'irrégularité formelle n'est pas nul et peut simplement, le cas échéant, donner lieu au versement d'une indemnité, dont le montant, dit la loi, ne pourra être supérieur à un mois de salaire. La seule véritable atteinte — de taille, il est vrai — aux prérogatives patronales réside dans l'obligation imposée à l'employeur d'obtenir une autorisation administrative préalable pour procéder au licenciement d'un salarié protégé, ou encore à un licenciement pour motif économique.

— La théorie de l'employeur « seul juge », enfin, a inspiré aux *juridictions judiciaires* une jurisprudence très respectueuse des prérogatives patronales. Puisque l'employeur est le mieux — ou le seul — à même d'apprécier les mesures propres à assurer le fonctionnement optimal de l'entreprise, le juge ne saurait opérer qu'un contrôle restreint sur les décisions qu'il prend dans l'exercice de son pouvoir de direction, sauf à s'ingérer indûment dans la gestion des firmes. A l'instar du juge administratif, le juge judiciaire fait le départ entre ce qui relève de la légalité — qu'il contrôle — et ce qui relève de l'opportunité — qu'il ne contrôle pas. A cette différence près, capitale en pratique, que le domaine de la légalité est ici beaucoup plus restreint en raison du caractère très largement inconditionné des pouvoirs du chef d'entreprise ; et le juge judiciaire est d'autant moins enclin à s'avancer sur le terrain de l'opportunité qu'il n'a pas avec le monde de l'entreprise la familiarité qu'entretient le juge administratif avec l'administration (n'a-t-on pas dit de lui qu'il était « l'administration qui-se-juge » ?). Sans compter que le salarié s'est lui-même placé, en contractant, dans une situation de subordination et a accepté de se soumettre aux prescriptions du règlement intérieur ainsi qu'aux injonctions du chef d'entreprise. Ainsi le juge, sous couvert de respecter la commune volonté des parties, s'estime-t-il lié par les dispositions du règlement intérieur, fussent-elles sévères ou iniques, aussi longtemps qu'elles ne contreviennent pas formellement aux textes législatifs et réglementaires. L'exercice du pouvoir disci-

(47) Le Conseil d'Etat a opportunément rappelé que le chef d'entreprise, dans l'exercice de son pouvoir réglementaire, ne pouvait s'affranchir du respect des principes généraux du droit qui, après tout, s'imposent au gouvernement lui-même... Mais son intervention est trop exceptionnelle dans ce domaine pour être efficace, aussi longtemps que les principes qu'il énonce ne se seront pas répercutés dans la pratique. Voir C.E. 1^{er} février 1980, *M. du Travail c/ Sté « Peintures Corona »*, précité.

(48) Il n'y a guère que dans le secteur « mixte » — celui des banques et des assurances essentiellement —, et ceci est évidemment significatif, que les conventions collectives accordent aux salariés des garanties substantielles, analogues à celles dont disposent les agents publics et les agents du secteur nationalisé.

plinaire ne peut faire l'objet, dans ces conditions, que d'un contrôle superficiel : le juge vérifie la matérialité des faits reprochés au travailleur ; il vérifie également leur caractère fautif, à cette réserve près qu'il estime être tenu par la définition des fautes que donne le règlement intérieur ; en revanche, il ne contrôle pas l'opportunité de la sanction au regard de la gravité de la faute puisque une faute même bénigne reste une faute passible de sanction — sauf dans l'hypothèse d'un licenciement ; le juge s'assure seulement que l'employeur n'a pas commis un abus ou un détournement de son pouvoir disciplinaire, par exemple en sanctionnant un fait non punissable (correspondant à l'exercice d'un droit ou relevant de la vie privée du salarié) ou en se laissant guider par des mobiles illégitimes (49).

Dès avant 1973 le licenciement faisait l'objet d'un contrôle plus poussé que les autres sanctions disciplinaires lorsqu'il était prononcé pour faute grave ou pour faute lourde ; en revanche, saisi d'un licenciement ordinaire et frappant un salarié non protégé, le juge se bornait à vérifier que le motif allégué par l'employeur n'était pas contraire aux dispositions d'ordre public et ne contrôlait ni sa matérialité, ni *a fortiori* l'appréciation par l'employeur des conséquences qu'il entendait en tirer. Désormais le juge doit normalement rechercher si la cause alléguée — qu'elle soit ou non d'ordre disciplinaire — est réelle, et si elle est sérieuse, c'est-à-dire de nature à justifier la mesure prise : s'il s'agit d'une faute, ceci implique d'en contrôler la gravité, une faute légère ne suffisant plus à motiver légalement un licenciement (50). L'efficacité de ce contrôle risque toutefois d'être entravée par un régime de la preuve qui, malgré les apparences, reste défavorable au salarié, ainsi que par la réticence du juge à substituer sa propre appréciation à celle de l'employeur lorsqu'est en cause la capacité d'un salarié ou le fonctionnement de l'entreprise (51). Enfin, pas plus après qu'avant la loi de 1973 l'irrégularité du licenciement n'emporte la réintégration du salarié illégalement congédié — ce qui contraste avec la situation dans la fonction publique et constitue une des lacunes les plus évidentes du système mis en place pour protéger les salariés dans leur emploi.

B — LES CONTREPOIDS AU POUVOIR HIÉRARCHIQUE

Le juge, dont on vient d'examiner longuement le rôle, peut représenter un contrepois non négligeable au pou-

voir hiérarchique, comme l'atteste la place occupée par le Conseil d'Etat dans le dispositif de protection des fonctionnaires contre l'arbitraire. Mais il existe d'autres instances que juridictionnelles et d'autres armes que de procédure capables, à des degrés variables, de desserrer l'emprise hiérarchique en ouvrant aux travailleurs des voies légales de contestation ou de participation.

1. La contestation

Le champ ouvert à la contestation est assez étroitement cantonné. D'abord — c'est là un simple rappel — la contestation licite, reconnue légitime, est nécessairement collective : le travailleur isolé est et demeure sous l'entière autorité de son employeur ou de son supérieur ; toute manifestation individuelle de contestation, toute réclamation même parfois, sera interprétée comme un acte de désobéissance, d'insubordination, ouvrant la voie à des sanctions disciplinaires. D'où le rôle important des syndicats, et d'une façon générale des représentants des travailleurs habilités à parler en leur nom. Même collective, pourtant, l'action revendicative, la contestation restent perçues comme une menace pour l'autorité hiérarchique, qui ne saurait donc les laisser se déployer librement (52).

La plupart des patrons n'acceptent qu'avec réticence une activité syndicale à laquelle ils s'efforcent au maximum d'interdire le territoire de l'entreprise : de fait, jusqu'en 1968 les syndicats n'avaient pas d'existence juridique officielle à l'intérieur de l'entreprise ; seuls les délégués du personnel étaient habilités à exercer sur les lieux de travail des fonctions de représentation, assez limitées au demeurant, et seuls ils bénéficiaient de facilités particulières les soustrayant momentanément et partiellement à l'autorité patronale. Il a fallu l'intervention de la loi du 27 décembre 1968 pour que soit officiellement entérinée la présence syndicale dans l'entreprise — même si les facilités qu'elle accorde au délégué syndical d'une part (liberté de circulation, crédit d'heures...), à la section syndicale d'autre part (collecte des cotisations, affichage, diffusion de tracts et de publications, réunions, local...) ne concernent que les entreprises employant plus de 50, voire plus de 200 salariés. On notera toutefois que l'exercice de ces nouvelles franchises syndicales est organisé de façon à ne pas empiéter sérieusement sur les prérogatives patronales, l'activité syndicale devant se dérouler en dehors des heures et des locaux de travail, c'est-à-dire en un temps et en des lieux qui étaient déjà partiellement soustraits à l'emprise patronale (53).

Dans la fonction publique, l'action syndicale n'a pas été considérée seulement comme une atteinte désagréable mais inévitable à l'autorité hiérarchique ; jugée radicalement incompatible avec le principe hiérarchique qui sous-tend l'édifice administratif, elle est restée en consé-

(49) En fait, même alors, ce contrôle se confond le plus souvent avec celui de l'existence de la faute : l'absence de faute établit assurément l'abus de droit de la part de l'employeur ; mais dès lors qu'il y a eu faute le juge n'accepte que très exceptionnellement de reconnaître le détournement de pouvoir, même si la sanction paraît disproportionnée.

(50) Le contrôle du juge — du juge administratif cette fois — est plus étendu lorsque le licenciement vise un salarié protégé. Il contrôle en effet l'appréciation faite initialement par l'inspecteur du travail, dont l'autorisation doit être sollicitée, et vérifie que les faits reprochés sont, en raison de leur gravité, de nature à justifier un licenciement, compte tenu des exigences propres au mandat dont il est investi (C.E. 5 mai 1976, *SAFER d'Auvergne*).

(51) Il en va différemment pour les licenciements économiques. Dans cette hypothèse, au premier contrôle effectué par l'inspecteur du travail (qui doit vérifier la réalité des motifs invoqués mais aussi leur « sérieux », c'est-à-dire s'ils sont de nature à justifier les licenciements envisagés), se superpose le contrôle du juge administratif qui, même qualifié de « restreint », reste plus étendu que le contrôle exercé dans la généralité des cas par le juge judiciaire.

(52) « Avec le syndicat, le seigneur ne se sent plus tout à fait maître de son fief. Ses sujets lui échappent. C'est une sorte de jacquerie. Le patronat, dans sa généralité, ressent cette présence comme le viol du droit de propriété et comme un coup porté à sa souveraineté médiévale » (G. COURTIEU, *L'entreprise, société féodale*, Seuil, 1975, p. 102).

(53) Et si l'employeur ne peut plus exercer de censure sur le contenu des informations affichées par le syndicat, il doit néanmoins en recevoir communication ; ce droit de regard n'est pas purement formel si l'on en juge par les innombrables litiges auxquels a donné lieu l'appréciation du caractère « syndical » ou « politique » des dites informations.

quence interdite aux fonctionnaires jusqu'à une date récente. Si ouvriers et employeurs ont des intérêts professionnels particuliers à défendre, opposait-on à ceux qui réclamaient le bénéfice du droit syndical, les fonctionnaires, représentants et serveurs de l'intérêt général, n'ont pas d'intérêts distincts de ceux de l'Etat qui les emploie ; et surtout, « la forme syndicale est par elle-même une organisation de lutte », impliquant « une attitude d'hostilité envers la hiérarchie » (Hauriou), elle est donc impensable dans l'administration. Il faut attendre la Libération pour qu'intervienne la consécration officielle des syndicats de fonctionnaires. Tardive, cette consécration peut sembler en revanche complète, puisque les syndicats sont appelés à jouer un rôle officiel au sein des instances consultatives mises en place à la même époque (voir *infra*). Ces réformes n'apportent pas en fait de véritable révolution dans le fonctionnement quotidien de l'administration, notamment parce que, comme dans l'entreprise, l'activité syndicale s'arrête pratiquement aux portes du service. Conséquence tardive encore des événements de mai 1968, une instruction du 14 septembre 1970 sur l'exercice des droits syndicaux dans la fonction publique va enfin officialiser la présence des syndicats dans l'administration ailleurs que dans les instances paritaires et généraliser un certain nombre de franchises syndicales dont l'octroi était jusque là discrétionnaire, en s'inspirant des dispositions de la loi de 1968 (54). Relevons cependant que la base juridique de cette instruction est éminemment fragile, et qu'elle ne crée ni droits véritables au profit des fonctionnaires, ni obligations correspondantes à la charge des chefs de service auxquels elle donne de simples directives (55).

Mais la force des syndicats et leur capacité de contestation ne dépendent pas seulement des facilités matérielles accordées à leurs représentants ; elle dépend aussi de la liberté dont les responsables syndicaux disposent pour agir et s'exprimer, et de l'efficacité des garanties instituées pour protéger effectivement en leur personne le droit syndical. Sur le premier point, la situation semble moins favorable dans la fonction publique. Pas plus que dans le secteur privé, certes, l'appartenance ou l'activité syndicales ne sauraient justifier une quelconque discrimination, non plus que motiver une sanction disciplinaire et *a fortiori* un licenciement. Mais l'activité syndicale des fonctionnaires se heurte à des obstacles spécifiques qui tiennent à la primauté reconnue au principe hiérarchique en cas de conflit entre les prérogatives hiérarchiques et le droit syndical. Le juge, en posant en principe que « l'exercice du droit syndical doit se concilier avec le respect de la discipline », a virtuellement rétréci le champ de l'activité syndicale licite et considérablement minoré la portée d'un autre principe selon lequel un responsable syndical, lorsqu'il remplit son mandat, doit

échapper dans une large mesure aux obligations auxquelles il est tenu en tant que fonctionnaire. En fait, la jurisprudence, fluctuante et sans contours nets, n'est pas systématiquement défavorable au syndicaliste ; mais celui-ci ne sait jamais par avance où finit l'action licite et où commence la faute disciplinaire (56). Il ne sait pas non plus, d'ailleurs, jusqu'où va sa liberté d'expression : car l'obligation de réserve qui pèse sur tous les fonctionnaires pèse aussi sur les responsables syndicaux, la jurisprudence estimant seulement qu'elle s'impose moins strictement dans ce cas ; or l'obligation de réserve « atténuée » n'étant évidemment pas mieux définie que l'obligation de réserve tout court, et aucun critère sûr ne permettant de discerner par avance ce qui entre dans la mission normale d'un syndicaliste de ce qui constitue un manquement à la réserve, celui-ci ne trouve dans cette jurisprudence qu'une garantie illusoire. D'autant que toute initiative syndicale implique une critique de — ou une opposition à — la hiérarchie et tire souvent son efficacité de la publicité donnée aux positions du syndicat — autant d'éléments constitutifs de la violation de l'obligation de réserve.

Si le fonctionnaire syndicaliste jouit en principe, pour accomplir sa mission, d'une liberté moindre que son homologue du secteur privé, dans la pratique on constate pourtant que les violations directes du droit syndical, les discriminations, sont plus rares ici que dans l'entreprise. Les raisons de cet état de choses sont multiples : le taux élevé de syndicalisation dans la fonction publique n'y est évidemment pas indifférent, mais on retrouve surtout ici le problème général que soulève l'absence d'un contrôle véritable sur l'exercice du pouvoir patronal. Certes, les salariés les plus exposés se sont vu accorder par le législateur une protection efficace contre les licenciements abusifs par le biais d'une procédure qui se déroule sous le contrôle étroit de l'administration ; mais cette protection exceptionnelle fait d'autant mieux ressortir l'extrême vulnérabilité des salariés « ordinaires ». Non seulement il est très difficile d'apporter la preuve qu'un licenciement est motivé par l'activité syndicale de l'intéressé, mais même lorsque ce motif est explicitement allégué le juge en reconnaît parfois la licéité en invoquant un prétendu abus du droit syndical : ce qui revient en somme à accorder la primauté aux prérogatives hiérarchiques, comme dans la fonction publique.

On retrouve une situation analogue à propos de la grève, qui a acquis tardivement et non sans restrictions droit de cité dans la fonction publique mais expose finalement ses participants à moins de risques que dans le secteur privé. Longtemps analysé comme une véritable déclaration de guerre contre la hiérarchie et à ce titre interdit aux fonctionnaires, le droit de grève a été progressivement admis comme une sorte de fait accompli sans recevoir la consécration officielle accordée au droit syndical. Son exercice reste aujourd'hui encore enserré dans des limites plus ou moins strictes selon les services et les corps concernés, justifiées par la nécessaire continuité du service public. Mais s'ils respectent ces limites — et, parfois, même s'ils ne les respectent pas... — les fonctionnaires n'ont aucune conséquence fâcheuse à redouter de l'exercice du droit de grève, ce qui n'est pas

(54) L'instruction réglemente l'attribution de locaux aux syndicats, l'usage des locaux administratifs pour tenir des réunions d'information ou des assemblées statutaires, l'affichage, la distribution des publications syndicales, la collecte des cotisations. Elle prévoit l'octroi de facilités particulières aux représentants syndicaux sous forme d'autorisations spéciales d'absence ou de dispenses de service.

(55) Le Conseil d'Etat a récemment confirmé qu'on ne pouvait invoquer la méconnaissance de cette instruction, qui n'a pas un caractère réglementaire, à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir contre une décision restreignant l'affichage syndical (C.E. 15 février 1980, S.G.E.N., A.J.D.A. 1980, p. 368). On sait toutefois que le gouvernement de M. Pierre Mauroy prépare un projet de loi relatif à l'exercice des droits syndicaux dans la fonction publique.

(56) Pour un résumé de cette jurisprudence, voir D. LOSCHAK, « La liberté syndicale dans la fonction publique », *Droit ouvrier*, 1978, pp. 85-93.

le cas des grévistes du secteur privé. S'il est clairement affirmé que la grève licite ne saurait entraîner aucune sanction, ce principe est doublement battu en brèche dans les faits : d'abord la frontière entre la grève et les actions exorbitantes du droit de grève d'une part, entre la grève licite et la grève illicite d'autre part, n'est pas suffisamment claire pour mettre sûrement à l'abri le salarié qui croit exercer normalement son droit de grève ; ensuite, le licenciement motivé par des faits de grève peut bien être déclaré abusif, il ne se soldera jamais par la réintégration du salarié, malgré l'atteinte portée à un droit constitutionnellement reconnu. Sans parler des primes anti-grèves dont le juge ne se décide pas à proclamer l'illégalité pour peu que leur objet soit très légèrement camouflé (57).

2. La participation (58)

Au point de départ du développement de la participation dans l'administration comme dans l'entreprise, il y a la disposition du Préambule de 1946 qui reconnaît à tout travailleur le droit de participer « par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ». En fait, entre toutes les modalités possibles de participation, on a systématiquement retenu les moins attentatoires au principe hiérarchique, en privilégiant les formules de consultation au détriment d'une association véritable à la prise des décisions ; dans aucun des domaines où elle s'exerce on n'a atteint ni même approché le stade de la cogestion (sauf dans les entreprises publiques issues des nationalisations, où une certaine forme de cogestion — non paritaire au demeurant — a été réalisée).

Dans la fonction publique, les prescriptions du constituant se sont traduites par la création ou, parfois la simple institutionnalisation d'organismes paritaires dotés de compétences consultatives : les commissions administratives paritaires, d'un côté, compétentes pour tout ce qui touche aux mesures individuelles concernant les fonctionnaires (notation, avancement, discipline...) ; les comités techniques paritaires de l'autre, dont le rôle est de donner des avis sur l'organisation et le fonctionnement des services ainsi que sur les modifications générales du statut du personnel ; et, coiffant le tout, le Conseil supérieur de la fonction publique, instance de coordination et d'appel. Malgré les craintes émises à l'époque par ceux qui annonçaient le « déclin de l'autorité hiérarchique » et évoquaient le spectre du pouvoir syndical, l'introduction sous cette forme de la participation dans l'administration n'a pas fondamentalement modifié les rapports hiérarchiques traditionnels. Les commissions administratives paritaires fonctionnent certes de façon satisfaisante, les deux parties jouant le jeu de la consultation, et contribuent effectivement, comme on l'a mon-

tré plus haut, à une utilisation raisonnable des prérogatives hiérarchiques. Mais les C.T.P., dont la compétence rejoignait sur certains points celle des comités d'entreprise, ont mal fonctionné, certains n'ayant même pas été constitués. Au demeurant, la reconnaissance aux syndicats représentatifs d'un droit de regard à titre consultatif sur l'organisation et le fonctionnement des services n'a à aucun moment été interprétée comme entamant le pouvoir du chef de service d'organiser à sa guise le travail de ses subordonnés (59). Quant aux timides tentatives de décentralisation du pouvoir de décision, sur le modèle de la « direction participative par objectifs » en vogue dans le secteur privé, elles ne touchent à l'évidence qu'un petit nombre d'agents situés à des niveaux relativement élevés de la hiérarchie ; et elles se heurtent de surcroît à la conception instrumentale traditionnelle de l'action administrative pour laquelle toute l'impulsion doit être concentrée au sommet, là où réside la responsabilité politique.

S'il n'existe pas dans le secteur privé, sauf occasionnellement, d'instances comparables aux C.A.P., les comités d'entreprise, en revanche, ont été investis à la Libération de pouvoirs apparemment très larges — plus larges et diversifiés en tous cas que ceux reconnus aux C.T.P. Pourtant, et sans revenir ici sur le détail de leurs attributions, force est de constater qu'ils n'ont reçu dans aucun domaine de prérogatives propres sinon même à instaurer un véritable régime de cogestion, au moins à faire efficacement contrepoids à l'autorité patronale. Il ne disposent de pouvoirs de décisions réels que pour la gestion des œuvres sociales, domaine par essence marginal au regard de la fonction économique de l'entreprise. Dans le domaine de l'emploi et de l'organisation du travail, qui concerne le plus directement les salariés, ils sont dépourvus d'un véritable droit de contrôle et sont cantonnés dans un rôle de consultation et d'information. Les attributions économiques du comité, enfin, ne remettent d'aucune façon en cause l'exclusivité des prérogatives de la direction pour tout ce qui concerne la gestion de l'entreprise, malgré l'impact que les décisions prises dans ce domaine peut avoir sur le sort collectif du personnel. Dotées par la loi de pouvoirs plus illusoire que réels, les comités d'entreprise ont de surcroît rencontré des difficultés de fonctionnement dues pour partie à la mauvaise volonté de beaucoup de patrons, pour partie aussi à l'indifférence des travailleurs et aux réticences, voire à l'hostilité des syndicats. Indépendamment des considérations idéologiques qui conduisent à récuser la participation comme incompatible avec la lutte de classes, il n'est guère douteux que le fonctionnement autocratique de l'entreprise constitue en lui-même un obstacle à une participation accrue des travailleurs : dans la mesure où la participation tronquée qu'on leur propose n'est pas de nature à entamer sensiblement l'absolutisme patronal là où il est le plus durement ressenti, c'est-à-dire dans le domaine de l'emploi — embauche et licenciement — et de l'organisation du travail, ils sont portés à s'en désintéresser.

(57) Voir J.J. DUPEYROUX, « Le droit de grève protège-t-il les grévistes ? », *Le Monde* du 28 juin 1977, et « Le droit de grève en Pologne... mais en France ? », *Le Monde* du 17 septembre 1980.

(58) On envisage ici uniquement les procédures de participation qui ont pour siège l'entreprise et le service : la négociation des conventions collectives entre syndicats patronaux et ouvriers, ou la concertation au plus haut niveau entre les syndicats de fonctionnaires et le gouvernement ont certes un impact sur les relations de travail ; mais elles n'interfèrent pas directement avec l'exercice du pouvoir hiérarchique et ne constituent pas à proprement parler un contrepoids à ce pouvoir.

(59) Dans la mesure où le système laissait une grande latitude au supérieur hiérarchique pour sa mise en œuvre (saisine facultative dans certains cas, avis strictement consultatifs, voix prépondérante du président choisi parmi les représentants de l'administration...) son bon fonctionnement aurait supposé une volonté de dialogue de la part de l'administration qui n'a existé que pendant un laps de temps très court après 1946 avant de connaître un éphémère renouveau en 1968.

Là réside sans doute une des pierres d'achoppement de toutes les réformes de l'entreprise successivement proposées mais jamais sérieusement tentées : mal reçues par un patronat jaloux de ses prérogatives (bien qu'aucune d'elles ne semble avoir jamais eu pour objet d'y porter atteinte), elles n'ont pas non plus emporté l'adhésion des syndicats. La crise aidant, on s'est donc empressé de les reléguer aux oubliettes, en attendant des jours meilleurs. Et il n'est pas sûr que le changement politique intervenu récemment se traduise dans l'immédiat par une modification sensible de la situation des travailleurs dans l'entreprise : la lutte pour l'emploi ayant été déclarée prioritaire, ce n'est pas le moment d'indisposer les employeurs par des mesures radicales (60). Les efforts vont donc, selon toute vraisemblance, se concentrer sur les entreprises nouvellement nationalisées, qu'on envisage de doter de conseils d'administration tripartites, et plus généralement sur le secteur public, c'est-à-dire là où l'octroi de nouveaux droits et garanties au personnel ne risque pas de rencontrer de résistance ni de provo-

quer d'effets pervers. La volonté politique suffit ici à provoquer des réformes, tandis qu'elle doit ailleurs composer avec les contraintes d'une économie capitaliste, de surcroît en crise. Preuve supplémentaire, s'il en était besoin, que la logique de l'entreprise n'est pas du même ordre que celle qui sous-tend le fonctionnement de l'administration étatique.

*
* *

Si l'on a tant insisté, tout au long de ces développements, sur le licenciement, clef-de-voute des pouvoirs du chef d'entreprise, c'est peut-être parce que la réalité obsédante du chômage donne à l'usage de cette prérogative un caractère dramatique qu'elle ne devrait pas normalement revêtir en période de plein emploi : la crise, à cet égard, ne modifie pas seulement les relations de travail objectives ; elle agit aussi comme un prisme déformant sur la perception qu'on en a. Il reste que cette faculté de licenciement si largement utilisée est en elle-même symptomatique de la dimension économique des rapports de travail comme de la rationalité économique sous-jacente au fonctionnement de l'entreprise ; elle témoigne en effet tant de l'opposition irréductible des intérêts des employeurs et des salariés que de la primauté accordée aux valeurs de rentabilité et d'efficacité sur toute autre préoccupation. Et c'est sans doute la moindre acuité des oppositions d'intérêts, un rapport de forces plus favorable aux travailleurs, également, ainsi que l'absence quasi-totale de contraintes économiques qui ont permis le desserrement relatif de l'emprise hiérarchique dans la fonction publique, où le pouvoir hiérarchique semblait au départ correspondre à une exigence plus impérieuse encore que dans l'entreprise.

(60) A l'heure où ces lignes sont écrites, on ne connaît encore, des projets gouvernementaux, que le rapport AUROUX, dont les propositions semblent nettement en retrait par rapport à celles qui figuraient dans le projet socialiste. Là où celui-ci prévoyait la suppression du règlement intérieur unilatéral, ou un droit de veto suspensif du comité d'entreprise sur les licenciements économiques, le premier préconise simplement, entre autres mesures, un contrôle plus poussé de l'inspection du travail sur le contenu du règlement intérieur, la possibilité pour le salarié de demander un entretien lorsqu'il est sous le coup d'une mesure disciplinaire, ou encore quelques réformes de portée limitée pour « renforcer les institutions représentatives ».