

Droit de grève et service minimum en France : la démocratie en péril

Philippe Martin

► **To cite this version:**

Philippe Martin. Droit de grève et service minimum en France : la démocratie en péril. 2009. halshs-00823482

HAL Id: halshs-00823482

<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00823482>

Preprint submitted on 17 May 2013

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.

Droit de grève et service minimum en France. La démocratie en péril

Philippe MARTIN

Chargé de recherche au CNRS – COMPTRESEC/Université Bordeaux IV

Il n'échappe à aucun observateur, aujourd'hui, que le rapport capital travail ou, pour utiliser une autre terminologie, la relation dominants dominés penche nettement du côté des premiers. Au fond, la crise économique – d'origine financière – que nous connaissons aujourd'hui au plan mondial n'a fait que révéler un état de fait que la petite chanson néolibérale, susurrée ou scandée depuis une trentaine d'années, avait fini par faire intégrer aux populations dans leur majorité : l'individu libre doit accepter les lois du marché qui sont meilleures que les autres lois, car plus rationnelles. Elles seules permettent une allocation optimale des emplois et des richesses. Le triomphe du néolibéralisme, au plan idéologique, et son pendant sociétal, à savoir l'avènement de l'individualisme, se sont faits au prix d'un affaiblissement des capacités d'organisation et de lutte collective des travailleurs. Certes, les « mouvements sociaux », les conflits collectifs n'ont pas disparu de nos sociétés post modernes et ils tendent même à prendre une forme radicale et violente, ce qui est un signe d'anomie¹. En même temps, les statistiques indiquent clairement, du moins en Europe, une baisse constante de la conflictualité mesurée en journées de grève². La violence économique tend dangereusement à être intériorisée par les individus et le signe le plus tragique en est le développement du phénomène des pathologies psychiques et des suicides liés au travail.

Sur le terrain du droit, on observe, notamment en Europe, une nette tendance à la remise en cause d'un certain nombre de droits sociaux à caractère fondamental. Le droit de grève et d'action collective fait partie du lot³. Or, qu'est-ce qu'un droit social fondamental ? A défaut de définir ce concept en termes purement techniques, on dira qu'il s'agit d'un droit qui participe de manière *essentielle* de la démocratie et de l'Etat social. Discutant du sens à donner aux décisions rendues par la Cour de justice des Communautés européennes dans les affaires Viking, Laval et Rüffert, Alain Supiot rappelle cette évidence pourtant oubliée : le libre exercice du droit syndical est une dimension essentielle de la démocratie. L'auteur

¹ On pense notamment aux « flambées insurrectionnelles » des banlieues en France, au développement de pratiques de séquestration de chefs d'entreprise par les ouvriers grévistes.

² La France a souvent été présentée comme un pays contestataire où prévaut la « culture du conflit ». Certaines études comparatives montrent que, sur le long terme, ce n'est pas tout à fait exact. Sur la période comprise entre 1900 et 1970, le taux de journées de grève est inférieur à la moyenne des six pays pris en compte dans l'étude (Allemagne, Belgique, France, Italie, Pays-Bas, Royaume-Uni). Dans la période plus récente (1984-1993), la conflictualité a été plus forte en Grèce, en Espagne, en Grande Bretagne mais aussi au Danemark qu'en France. Dans l'Europe élargie (études portant sur l'Europe à 25 pays membres) et pour la période 1998-2004, la France figure en 10^e position, mais il semble qu'il y ait une discussion sur la méthode statistique utilisée et notamment sur la prise en compte ou pas des journées de grèves dans la fonction publique. Globalement, la conflictualité est en baisse tendancielle depuis 30 ans, notamment en France, même si on constate une légère hausse ces dernières années dans le secteur public. Source : Ian ESCHTRUTH, « Les mondes du travail », n° 3/4 Mai 2007 (étude aussi publiée sur le site web de l'ACRIMED).

³ La lutte symbolique pour l'hégémonie du capital se manifeste aussi sur d'autres terrains du droit du travail : les débats sur la régulation de la durée du travail en Europe (réforme de la directive 2003/88), sur les 35 heures en France, sur la question du repos dominical, sur le droit du licenciement. Ces remises en cause procèdent toujours de la même rhétorique : il faut changer la règle au nom de l'irrationalité du droit du travail au plan économique. Or, il s'agit bien d'une lutte politique dans laquelle le capital entend récupérer ce qu'il avait historiquement perdu, à savoir la main mise (quasi) totale sur la personne du travailleur. Il est en effet controversé, au plan économique, de savoir si la réduction de la durée légale du travail constitue ou non une aberration.

développe : « le propre des démocraties a été d'admettre que la justice sociale ne pouvait pas seulement être imposée d'en haut, mais procédait aussi d'en bas, de la confrontation des intérêts des employeurs et des salariés. D'où la reconnaissance et la protection de la liberté syndicale et du droit de grève qui permettent aux faibles d'objecter aux forts leur propre représentation de la justice »⁴. Au fond, les tentatives d'encadrer et de limiter les droits collectifs fondamentaux dont la jurisprudence de la CJCE constitue une illustration saillante, portent en germes la déconstruction de l'héritage humaniste des Lumières et de sa concrétisation ultérieure dans le mouvement des droits de l'Homme de la « deuxième génération » de l'immédiat après-guerre. Cet héritage, garanti par la figure de l'Etat social, c'est tout bonnement la « démarchandisation » du travail. Certes, la démarchandisation n'est pas totale, mais précisément, le droit syndical, le droit de grève et de négociation collective ont constitué les instruments par lesquels le salaire est devenu autre chose qu'un simple prix du travail sur un marché libre.

Réglementer l'exercice du droit de grève. Les leçons du passé

Procédons ici à un bref exposé de la situation juridique, en France, avant l'adoption de la loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 *sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs* et de la loi n° 2008-790 du 23 juillet 2008 *instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire*.

Le droit de grève est un droit constitutionnel et le préambule de la Constitution française de 1946 dispose que « *le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent* ». Jusqu'à aujourd'hui, cependant, le législateur n'a pas jugé bon d'édicter une réglementation d'ensemble du droit de grève : son exercice est pratiquement libre dans le secteur privé (il est « encadré » par quelques règles jurisprudentielles) ; il n'a été que partiellement réglementé dans le secteur public⁵. Quant à la question de l'instauration d'un service minimum dans les services publics, il faut observer que le législateur - avant 2007 - s'est montré très prudent. Conforté par une décision du Conseil Constitutionnel et au nom du principe de la continuité des services publics, le législateur a instauré des mesures de service minimum dans le secteur de la radiotélévision publique (1979), puis dans les établissements qui détiennent des matières nucléaires (1980), puis enfin dans le secteur du contrôle de la navigation aérienne (1984).

La France n'a, en vérité, jamais abordé de manière globale ni systématique la question des « services essentiels » qui n'est d'ailleurs pas une notion très élaborée dans la doctrine juridique française⁶. Il faut malgré tout indiquer que, si la loi a peu réglementé, le juge, spécialement le Conseil d'Etat, a tout de même reconnu que les autorités administratives et les gestionnaires des services publics disposent de pouvoirs pour assurer la continuité des

⁴ A. Supiot, « L'Europe gagnée par l'économie communiste de marché », Revue Permanente du MAUSS www.journaldumauss.net/spip.php?article28

⁵ Interdiction exceptionnelle du droit de grève pour certaines catégories limitées de fonctionnaires (policiers, magistrats, administration pénitentiaire, ...) ; règles fixant l'obligation d'un préavis de grève de 5 jours dans les services publics ; prohibition de certaines formes de grèves dans les services publics. Le législateur a aussi, dans le passé, adopté des lois autorisant la réquisition autoritaire de fonctionnaires, mais ces textes n'ont pratiquement jamais été utilisés.

⁶ La loi du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs indique cependant (art. 1^{er}) que « ces services sont essentiels car ils permettent la mise en œuvre des principes constitutionnels suivants : la liberté d'aller et venir ; la liberté d'accès aux services publics, notamment sanitaires, sociaux et d'enseignement ; la liberté du travail ; la liberté du commerce et de l'industrie ». Dans ce sens, la loi constitue un début d'élaboration d'une possible théorie des services essentiels.

services publics dont ils ont la charge. Dès 1950, le Conseil d'Etat a considéré que « *la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit comme à tout autre en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public. Il appartient au Gouvernement responsable du bon fonctionnement des services publics de fixer lui-même, sous le contrôle du juge, la nature et l'étendue desdites limitations* ». Des normes ont donc été adoptées, notamment dans le secteur hospitalier (circulaire de 1983). La jurisprudence indique que les autorités administratives et gestionnaires n'ont pas le pouvoir de réglementer le droit de grève de manière générale (c'est la compétence exclusive du législateur) mais qu'ils peuvent organiser un service minimum *au cas par cas*. Toutefois, le Conseil d'Etat ainsi que le Conseil Constitutionnel ont établi une jurisprudence visant à limiter les pouvoirs des autorités publiques lorsqu'elles instaurent un service minimum : il doit effectivement s'agir d'un service *minimum* et non d'un service normal, sans quoi cela constituerait un obstacle au droit de grève. De manière générale, dans le passé, les tribunaux ont strictement contrôlé les pouvoirs des gestionnaires de services publics en matière de service minimum. Le juge a sanctionné les autorités publiques chaque fois que le nombre de salariés « requis » pour effectuer le service minimum se situait au-delà de ce qui est nécessaire.

On peut donc observer qu'en France, l'exercice du droit de grève, y compris dans les services publics, n'a que marginalement été l'objet d'une régulation de type hétéronome. Dans les années 1990, la thématique du dialogue social a commencé à se diffuser plus largement et on a vu apparaître une forme de « service minimum négocié » dans le secteur des transports publics de la région parisienne (RATP). En 1996, dans cette entreprise publique, a été mise en place par négociation entre les syndicats et la direction une procédure « d'alarme sociale ». Mais en vérité, il ne s'agit pas véritablement d'un dispositif permettant de déterminer le service minimum en cas de grève par la voie du dialogue social. Il s'agit simplement d'une procédure visant à alerter la direction de l'entreprise sur le risque d'un conflit collectif imminent, avant le dépôt du préavis de grève exigé par la loi. Une même procédure d'alarme sociale a été instituée à la SNCF en 2004.

L'Etat et la rhétorique du dialogue social

Pour analyser et comprendre le durcissement opéré avec les lois de 2007 et 2008 qui instaurent le service minimum dans des secteurs des transports terrestres de voyageurs et dans les écoles, il faut sans doute observer comment, au plus haut sommet de l'Etat, on use de la rhétorique du dialogue social. Rappelons qu'en 2004, Jacques Chirac, alors Président de la République, avait manifesté son souhait d'instaurer un service minimum en cas de grève dans les entreprises de transport public, mais cela devait procéder de la négociation collective au niveau des entreprises. La mise en place du protocole d'alarme sociale à la SNCF a partiellement répondu à cette attente. Le projet de loi de 2007 a d'ailleurs été présenté, au départ, comme une extension des procédures d'alarmes à toutes les entreprises de transports publics. La loi de 2007, faut-il le rappeler, est une loi *sur le dialogue social* et la continuité du service public. Avec une certaine habileté politique, le Gouvernement porteur du projet de loi a mis l'accent sur la prévention des conflits. C'est précisément sur ce plan que doit intervenir le dialogue social : la loi demande aux employeurs et aux organisations syndicales de conclure, avant le 1^{er} janvier 2008, des accords d'entreprises qui déterminent une procédure de prévention des conflits. Cela signifie que le dépôt d'un préavis de grève (dans le délai légal de 5 jours) ne pourra intervenir qu'après une négociation préalable entre l'employeur et la ou les organisations syndicales représentatives qui envisagent de déposer le préavis. La loi prévoit aussi que des négociations sont engagées au niveau de la branche professionnelle afin

de fixer les règles d'organisation et de déroulement de la négociation préalable visée plus haut. Cet accord devra avoir été signé avant le 1^{er} janvier 2008. Apparemment, la loi s'en remet donc à l'autonomie collective. Cette autonomie est toutefois très relative. D'une part, la loi précise qu'à défaut d'accord conclu à cette date, c'est un décret qui établit ces règles. D'autre part, le contenu de l'accord de branche et des accords d'entreprise est en partie déterminé par la loi. Notamment, la loi fixe la durée maximale de la négociation préalable qui ne peut excéder 8 jours. Elle oblige aussi les employeurs et les syndicats à informer les salariés du motif du conflit. Des dispositions similaires figurent dans la loi de 2008 sur le service minimum dans les écoles primaires.

Le dialogue social apparaît en réalité comme une figure vertueuse. Dans le discours politique, en France, il est synonyme de « maturité » des relations sociales et présenté en contre modèle de la traditionnelle culture du conflit ancrée dans l'archaïque concept de lutte des classes. On le sait, dans ce schéma, les protagonistes deviennent des « partenaires sociaux », ce qui contribue à faire considérer le conflit comme une anomalie. La société post-moderne tend à rejeter la conflictualité ce qui, au passage, pose un problème au juriste du travail formé à l'étude du « droit des conflits collectifs ». Si le conflit est hors de la société, on voit mal comment il pourrait encore constituer un objet juridique, sauf naturellement à en faire un objet de prohibition. Ce discours ne correspond pas, cependant, à la réalité. Contrairement aux idées reçues, le dialogue social n'exclut pas la conflictualité. Les pays scandinaves, souvent érigés en modèles, et notamment le Danemark, ont un taux de conflictualité élevé tout en étant des pays où prévaut la culture de la négociation.

Les nouvelles contraintes imposées aux salariés grévistes dans les transports publics et les écoles primaires

On ne décrira pas ici dans le détail les procédures qui sont déterminées par la loi de 2007 afin que soient établies les conditions concrètes de l'organisation du service minimum dans les transports publics. En substance, il revient à l'autorité organisatrice des transports (établissement public, collectivité territoriale, ...) de définir les circuits prioritaires ainsi que le niveau des services à maintenir. Pour cela, l'autorité a la charge de définir les « besoins essentiels de la population ». De son côté, l'entreprise de transports doit établir un « plan de transport » adapté aux exigences fixées par l'autorité organisatrice de transport. Ces deux documents sont rendus publics. De plus, la loi engage les employeurs des entreprises de transport et les organisations syndicales représentatives à négocier et signer avant le 1^{er} janvier 2008 des « accords collectifs de prévisibilité du service », applicables en cas de grève. Ce sont ces accords qui déterminent concrètement les effectifs (le nombre et le type de postes de travail requis)⁷ et les moyens matériels nécessaires au service minimum de transport. Si un accord n'a pas été signé à la date fixée par la loi, il revient à l'employeur d'établir de manière unilatérale le « plan de prévisibilité ».

La loi impose des contraintes aux grévistes et octroie (indirectement) des droits aux non grévistes. D'une part, les salariés qui font partie des catégories d'agents « requis » pour le service minimum doivent informer le chef d'entreprise de leur intention de participer à la grève au moins 48 heures à l'avance. Un manquement à cette obligation peut entraîner une sanction disciplinaire. D'autre part, la loi indique qu'au-delà de 8 jours de grève, l'employeur, une organisation syndicale représentative ou le médiateur éventuellement désigné peuvent

⁷ L'accord de prévisibilité doit recenser, par métier, fonction et niveau de compétence ou de qualification, les catégories d'agents et les effectifs indispensables à l'exécution de chacun des niveaux de service prévus dans le plan de transport.

décider d'organiser une consultation de l'ensemble du personnel. Cette consultation porte sur la question de la poursuite de la grève. Elle doit être organisée sous forme de vote à bulletin secret. Ce dernier point est intéressant car il rappelle la manière dont, au Royaume-Uni, les gouvernements conservateurs dans la période Thatcher-Major ont limité l'exercice du droit de grève en affaiblissant le pouvoir syndical. En Grande-Bretagne, en effet, les syndicats bénéficient traditionnellement d'une immunité, notamment contre les actions en responsabilité civile. Or, la législation de 1992-1993 a posé de nouvelles conditions pour que puisse jouer cette immunité. En particulier, la loi exige que la grève soit soutenue par une majorité de travailleurs, exprimée dans un vote (*ballot*). La grève doit alors s'exercer dans les 4 semaines qui suivent le vote et l'employeur doit être informé 7 jours avant. Le syndicat doit informer l'employeur du nombre et des catégories de travailleurs grévistes, ainsi que les services visés, ce qui crée un risque pour les grévistes d'être identifiés à l'avance par l'employeur. En outre, si les conditions légales ne sont pas respectées, parmi les conséquences possibles, la loi a ouvert une action en justice au profit des consommateurs. L'analogie entre le droit britannique et le droit français n'est toutefois pas totale. La loi française indique que le résultat de la consultation du personnel « n'affecte pas l'exercice du droit de grève ». Cette procédure constitue néanmoins un moyen de pression. Quant aux actions en justice, en Grande-Bretagne, elles peuvent être directement exercées par les consommateurs contre le syndicat. En France, en cas de défaut d'exécution du plan de transport, c'est à l'autorité organisatrice de transport que revient le droit d'exiger un remboursement au profit des usagers. Cette action s'exerce contre l'entreprise de transport, et non contre les syndicats.

Dans la loi du 23 juillet 2008 sur le « service minimum d'accueil » des enfants en cas de grève des enseignants des écoles primaires, c'est aux communes que revient l'obligation d'organiser le service minimum. Pour cela, il faut que au moins 25% des enseignants d'un même établissement soient déclarés grévistes (les enseignants doivent informer leur hiérarchie 48 à l'avance). Ce nouveau dispositif a déclenché une bataille politique et judiciaire. Les maires des communes de gauche ont, dans la plupart des cas, refusé d'appliquer la loi et de mettre en place les « services minimum d'accueil ». Leur argument officiel est que les communes ne disposent pas de personnel suffisant ni formé pour prendre en charge les enfants pendant le temps scolaire. Certains préfets (représentants de l'Etat au niveau des Départements) ont assigné en justice les maires refusant d'appliquer la loi. Dans la plupart des cas, les Tribunaux administratifs ont rejeté les requêtes des préfets en estimant qu'aucune mesure ne pouvait utilement contraindre les maires à organiser cet accueil, par manque de temps. Comme on le voit, le terrain est extrêmement sensible sur le plan politique. Cela ne fait que révéler la dimension fortement idéologique du nouveau cadre légal.

La dimension idéologique du nouvel arsenal juridique relatif au service minimum

D'un côté, le Gouvernement reconnaît que le droit de grève est un droit fondamental protégé par la Constitution. Cela rassurera la citoyen français : le chef de l'Etat et le Gouvernement s'estiment toujours liés par la Constitution (!) Mais alors que jusque là, le Conseil Constitutionnel avait mis en balance droit de grève des travailleurs et droit des usagers à la continuité des services publics, on constate un « glissement » dans l'argumentaire des membres du Gouvernement. Désormais, il est clairement affirmé que les travailleurs des services publics ne doivent pas porter atteinte à la liberté du travail des autres travailleurs (certes aussi usagers des services publics). Laurent Wauquiez, porte parole du gouvernement au moment du vote de la loi de 2007 s'est exprimé en ces termes : « *OK pour le droit de grève, évidemment pas de problème, ça fait partie des droits fondamentaux de la Constitution, mais en face, il y a un autre droit, qui est que celui qui va travailler ait le temps de*

s'organiser et de se retourner ». Dans le même sens, Brice Hortefeux, actuel Ministre du Travail, dit : « *Chacun doit pouvoir exercer le droit de grève, mais chacun doit parallèlement pouvoir prendre le train, le métro, le bus, le tramway pour se rendre à son travail* ». Même discours au sujet de la loi du 23 juillet 2008 sur le service minimum dans les écoles primaires : selon le Ministre de l'Education Nationale en fonction à ce moment (Xavier Darcos), « *le but du service minimum d'accueil est de ne pas pénaliser les parents qui travaillent lors des grèves.* »

Cette posture ne surprendra pas, tant on sait que l'actuelle majorité présidentielle, en France, a fait de la réhabilitation du travail son cheval de bataille. Le problème est que ce discours prend nettement des accents populistes lorsqu'il se rapporte à la question du droit de grève. Si on écoute le Gouvernement, la situation juridique qu'il faut protéger, c'est celle du travailleur (de la travailleuse) qui doit se déplacer, ou dont l'activité professionnelle ne doit pas être entravée par une grève des enseignants qui pose le problème de la garde des enfants. Le chômeur, l'inactif, pourtant aussi usager des mêmes services publics n'a-t-il pas droit à la même protection ? On peut espérer que si, mais cela irait mieux en le disant. Au lieu de ça, le Gouvernement prend le risque d'opposer des travailleurs (grévistes) à d'autres travailleurs (« la France qui se lève tôt »). Sans gloser sur le fait qu'il s'agit d'une variante du « diviser pour mieux régner » consistant à exacerber les différences qui peuvent exister au sein du groupe des dominés, on relèvera que cela nous ramène singulièrement au schéma des affaires Laval et Rüffert jugée par la CJCE. Même si la Cour de Justice ne l'explicite pas en ces termes, on peut en effet considérer que dans son système de valeurs, ce qui doit primer, c'est la liberté de travailler dans l'espace sans frontières que constitue le marché intérieur européen. Au fond, même si cette liberté s'exerce sous la forme du détachement dans le cadre d'une prestation de services, même si elle ne garantit pas totalement au travailleur l'égalité de traitement par rapport aux travailleurs pleinement soumis au droit du travail du pays d'accueil, elle constitue – en particulier pour les travailleurs des nouveaux pays membres – une opportunité supplémentaire de travail. Finalement, dans cette perspective, les droits collectifs (grève, négociation collective) des *insiders* doivent céder le pas devant le droit des *outsiders* à se déplacer pour travailler.

En quoi cela est-il idéologique ? Pour en revenir à la situation française, il faut observer que les grèves ne sont en réalité qu'une cause marginale du dysfonctionnement des services publics de transports. On estime en effet que les grèves dans les transports publics, ces dernières années, n'ont représenté que 3% des dysfonctionnements en région parisienne. Cela signifie que dans 97% des cas, il s'agit d'incidents liés à la vétusté du matériel, à la surcharge du service, aux saisons, aux signaux d'alarme défectueux ou à des cas de suicides sur la voie ferrée ou routière. Quant au service minimum dans les écoles primaires, il s'agit d'une tromperie. La loi substitue en effet à un service d'Education un simple service de garde des enfants. Il s'agit donc bien d'une complaisance envers les parents d'élèves dont l'activité professionnelle est *de fait* perturbée par les absences des enseignants en grève. On ne se demande pas si la grève met en péril le droit des enfants à recevoir un enseignement déterminé. On se préoccupe du droit des parents à exercer sans entrave leur activité professionnelle. Comme il l'a déjà été dit, cela relève d'une approche populiste et réactionnaire des relations sociales. Le risque est de faire perdre de vue, dans nos sociétés, que le droit de grève est consubstantiel à la démocratie sociale car il constitue une des rares procédures d'intervention du collectif dans l'institué. En cela, on peut conclure que la démocratie est en péril.