



HAL
open science

**L'encadrement législatif de l'exercice du droit de grève.
Observations à partir de la loi du 20 août 2008
instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles
pendant le temps scolaire**

Olivier Leclerc

► **To cite this version:**

Olivier Leclerc. L'encadrement législatif de l'exercice du droit de grève. Observations à partir de la loi du 20 août 2008 instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles pendant le temps scolaire. *Revue de droit du travail*, 2008, 11, pp.674. halshs-00339044

HAL Id: halshs-00339044

<https://shs.hal.science/halshs-00339044>

Submitted on 5 Oct 2016

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.

L'encadrement législatif de l'exercice du droit de grève

Observations à partir de la loi du 20 août 2008 instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles pendant le temps scolaire

par Olivier Leclerc

Maître de conférences à l'Université Paris Ouest – Nanterre La Défense (IRERP)

paru in *Revue de Droit du travail*, n° 11, 2008, pp. 674-677

Alors que le législateur n'avait, jusqu'alors, exercé qu'avec parcimonie la faculté que le préambule de la Constitution de 1946 lui reconnaît de réglementer l'exercice du droit de grève, l'actualité récente est marquée par un regain de l'activité législative en ce domaine. En adoptant la loi n° 2008-790 du 20 août 2008 *instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire* (JO 21 août, p. 13076) le législateur poursuit une activité d'encadrement de l'exercice du droit de grève qui l'avait déjà conduit à adopter en août 2007 la loi relative au dialogue social et à la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs. La loi du 20 août 2008 insère dans le Code de l'éducation un article L. 133-1 ainsi rédigé : « Tout enfant scolarisé dans une école maternelle ou élémentaire publique ou privée sous contrat est accueilli pendant le temps scolaire pour y suivre les enseignements prévus par les programmes. Il bénéficie gratuitement d'un service d'accueil lorsque ces enseignements ne peuvent lui être délivrés en raison de l'absence imprévisible de son professeur et de l'impossibilité de le remplacer. Il en est de même en cas de grève, dans les conditions prévues aux articles L. 133-3 à L. 133-12 ».

Plutôt que d'adopter une réglementation générale, le législateur donne ainsi la préférence à une approche sectorielle, limitée à certains services publics. Mais, au-delà des secteurs choisis¹, la loi du 20 août 2008 paraît conforter un cours nouveau pris par l'encadrement législatif du droit de grève, que la loi du 21 août 2007 laissait déjà pressentir². Les quelques dispositions légales jusqu'à présent adoptées pour réglementer l'exercice du droit de grève tendaient à restreindre la capacité des salariés à exercer leur droit de grève, en instituant à la charge des syndicats représentatifs l'obligation de déposer un préavis de grève (ex. loi du 13 juill. 1963) ou en autorisant parfois l'employeur à requérir certaines catégories de salariés (audiovisuel public, transport aérien...). Si cette finalité n'est pas étrangère aux dispositions des lois du 21 août 2007 et du 20 août 2008, elle va de pair avec la volonté clairement affichée désormais d'atténuer les perturbations qu'occasionne pour les usagers des services publics concernés l'exercice effectif par les agents de leur droit de grève. De ce cours nouveau, on relèvera deux symptômes, l'un tenant à la place prépondérante donnée à la continuité du service public et l'autre aux techniques juridiques mises en œuvre pour encadrer l'exercice du droit de grève.

1. L'intervention récente du législateur en vue de réglementer l'exercice du droit de grève exprime une volonté d'assurer la continuité du service public. On le sait, le Conseil constitutionnel a consacré de longue date la constitutionnalité des textes orientés vers une telle finalité en déclarant

¹ La mise en place de dispositifs similaires dans d'autres secteurs semble d'ores et déjà envisagée. Sur les secteurs pressentis, v. R. Vatinet, « Sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres de voyageurs (L. n° 2007-1224, 21 août 2007) », JCP S 2007, 1692, n° 2.

² Rapp. R. Vatinet, « Un nouveau droit des conflits du travail ? », Dr. soc. 2008, p. 671.

que « la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle »³. Toutefois, à la lumière des dispositions des lois de 2007 et de 2008, la conciliation qu'opère le législateur entre « la défense des intérêts professionnels » et « l'intérêt général » semble pencher en faveur de la continuité du service public.

A première lecture, il est vrai que la continuité du service public n'apparaît pas comme une finalité explicite de la loi du 20 août 2008, alors qu'elle était clairement énoncée dans celle du 21 août 2007. En effet, le texte dernièrement adopté n'aménage pas seulement l'exercice du droit de grève par les enseignants : il prévoit un service de substitution consistant en l'accueil des enfants lorsque leur enseignant est gréviste, ou plus largement en cas de perturbation imprévisible et irrésistible du service d'enseignement⁴. Concernant les écoles publiques, la mise en place de ce service d'accueil incombe au premier chef à l'Etat. Cette charge est toutefois transférée à la commune⁵ si plus de 25 % des enseignants d'une école déclarent leur intention de faire grève, moyennant le versement d'une compensation financière par l'Etat (art. L. 133-8 C. éduc.)⁶. Au sein des écoles privées sous contrat, la mise en place du service d'accueil incombe dans tous les cas à l'organisme de gestion de l'école (art. L. 133-12 C. éduc.)⁷. L'accueil est confié à des personnes dont le maire dresse la liste « en veillant à ce qu'elles possèdent les qualités nécessaires pour accueillir et encadrer des enfants »⁸ (L. 133-7 C. éduc.). En somme, la loi n'instaure aucun service minimum d'enseignement : l'accueil offert aux enfants s'entend d'une activité de loisir, fut-il éducatif, et non à proprement parler d'un enseignement.

Le Conseil constitutionnel (7 août 2008, n° 2008-569 DC, JO 21 août, p. 13089 ; LPA, n° 179, 2008, p. 5, note F. Chaltiel) a néanmoins rattaché le service d'accueil à la continuité du service

³ Conseil constit., 25 juill. 1979, n° 79-105 DC, *Grands arrêts du droit du travail*, Paris, Dalloz, 4^e éd., 2008, n° 183. Ce considérant est repris par le Conseil constitutionnel dans la décision qui valide les dispositions du texte qui deviendra la loi du 20 août 2008 (7 août 2008, n° 2008-569 DC, JO 21 août, p. 13089, 8^e consid.).

⁴ On notera qu'ici, comme dans la loi de 2007, la grève n'est envisagée que comme l'une des déclinaisons des diverses perturbations susceptibles d'affecter l'entreprise.

⁵ Celle-ci peut cependant confier l'organisation du service d'accueil à une autre commune, à un établissement public de coopération intercommunale ou à une caisse des écoles, à la demande expresse du président de celle-ci (art. L. 133-10 C. éduc.).

⁶ Le montant de cette compensation financière est précisé par un décret n° 2008-901 du 4 sept. 2008 (JO 6 sept.). Au surplus, dès lors que la mise en œuvre du service d'accueil est assurée par une commune, la loi prévoit que « la responsabilité administrative de l'Etat est substituée à celle de la commune dans tous les cas où celle-ci se trouve engagée en raison d'un fait dommageable commis ou subi par un élève du fait de l'organisation ou du fonctionnement du service d'accueil » et qu'« il appartient à l'Etat d'accorder sa protection au maire lorsque ce dernier fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits, n'ayant pas le caractère de faute détachable de l'exercice de ses fonctions, qui ont causé un dommage à un enfant dans le cadre de l'organisation ou du fonctionnement du service d'accueil » (art. L. 133-9 C. éduc.).

⁷ On relèvera que, concernant les écoles privées sous contrat, l'Etat ne fournit une compensation financière que si le nombre effectif des grévistes a été supérieur ou égal à 25 % (art. L. 133-12, al. 3). Ainsi, les frais occasionnés par la mise en place du service demeurent à la charge de ces établissements si le seuil légal n'est pas franchi. En outre, en fixant un seuil de 25 % de *grévistes* pour compenser la charge financière pesant sur ces établissements, la loi se montre plus exigeante que lorsqu'elle impose aux communes de mettre en place le service d'accueil dans les écoles publiques, puisque le seuil à franchir est alors de 25 % des personnes ayant déclaré leur *intention de faire grève*, ce qui ne préjuge par du taux effectif de grévistes, la déclaration ne liant pas les salariés concernés.

⁸ La circulaire n° 2008-111 du 26 août 2008 (BO n° 33, 4 sept. 2008) précise que « la commune peut faire appel à des agents municipaux, dans le respect de leurs statuts, mais également à des assistantes maternelles, des animateurs d'associations gestionnaires de centre de loisirs, des membres d'associations familiales, des enseignants retraités, des étudiants, des parents d'élèves... ». Le seul contrôle exercé tient à l'absence d'inscription des personnes pressenties au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes. Vérification en est faite dans les conditions prévues au 3^e de l'article 706-53-7 du code de procédure pénale (art. L. 133-7, al. 2 C. éduc.).

public d'enseignement : « en instituant un droit d'accueil des enfants scolarisés dans les écoles maternelles ou élémentaires publiques ou privées sous contrat, le législateur a entendu créer un service public ; (...) si ce dernier est distinct du service public de l'enseignement, il lui est directement associé et contribue à sa continuité en permettant, le cas échéant, aux personnels enseignants présents dans les circonstances envisagées de continuer à assurer leur enseignement sans avoir à s'en détourner pour assurer l'accueil des enfants dont les enseignants sont absents » (7^e consid.).

Le Conseil constitutionnel retient ainsi une conception large de la continuité du service public. Cette dernière ne justifie pas seulement l'encadrement du droit de grève au sein même du service public de l'enseignement ; elle autorise également la mise en place d'un service public différent qui « lui est directement associé et [qui] contribue à sa continuité ». Pour établir en l'espèce ce lien de rattachement, le Conseil constitutionnel relève que la création par le législateur d'un service d'accueil, érigé en service d'appui, évitera aux enseignants non grévistes d'être détournés de leur tâche d'enseignement par l'accueil des élèves de leurs collègues grévistes. Le raisonnement, sans être inexact, n'est pas dénué d'artifice. En effet, l'exposé des motifs de la loi montre sans équivoque que la mise en place du service d'accueil vise au premier chef à décharger les parents de l'obligation de trouver un mode de garde alternatif ou, le cas échéant, de cesser temporairement leur activité professionnelle pour assurer eux-mêmes cette garde⁹. Davantage que la continuité de l'enseignement, c'est donc la garde des enfants et, au-delà, la possibilité pour les parents de poursuivre leur activité, qui sont ici recherchées. Considéré dans cette perspective, le lien avec la continuité du service public de l'enseignement apparaît plus que ténue.

2. Le cours nouveau de l'encadrement législatif de l'exercice du droit de grève se manifeste également par les techniques juridiques sur lesquelles il prend appui. Les textes récents mettent l'accent sur la négociation préalable au dépôt d'un préavis de grève et sur la prévisibilité des ressources en personnel disponibles afin de permettre à l'entreprise de prendre des mesures propres à atténuer l'impact de la grève sur les tiers. A cet égard, les mécanismes mis en place par la loi du 20 août 2008 sont largement empruntés, parfois au mot près, à ceux institués par la loi de 2007, non sans laisser subsister des spécificités et des difficultés qui leur sont propres.

La négociation préalable au dépôt d'un préavis de grève – Tout comme la loi de 2007, celle adoptée le 20 août 2008 met l'accent sur l'évitement du conflit en rendant obligatoire une négociation préalable d'une durée minimale de 8 jours francs avant le dépôt d'un préavis de grève par une organisation syndicale représentative (art. L. 133-2 C. éduc.). A l'image de ce que prévoyait la loi de 2007¹⁰, les modalités que devra suivre cette négociation préalable sont renvoyées à un décret en Conseil d'Etat, dont l'adoption reste attendue à ce jour. La marge d'appréciation laissée au pouvoir réglementaire est cependant, ici encore, bien faible, puisque la loi de 2008 détermine *a minima* les grands traits que cette procédure doit revêtir dans des termes identiques à ceux de la loi du 21 août 2007¹¹.

⁹ « (...) l'intensité ou la fréquence des mouvements de grève dans l'éducation nationale conduit à l'interruption des enseignements et, partant, de l'accueil des élèves, contraignant ainsi de nombreux parents à assurer eux-mêmes la garde des plus jeunes de leurs enfants. En proposant d'instaurer par la loi un droit à l'accueil des enfants scolarisés dans les écoles maternelles et primaires, y compris en cas de grève, le Président de la République a voulu concilier l'expression de ces deux libertés, la liberté de travailler et la liberté de faire grève ».

¹⁰ V. « Actualité de la mise en œuvre de la loi du 21 août 2007 : la procédure de prévention des conflits », *RDT*, n° 4, 2008, p. 251.

¹¹ Sur ces exigences, qui ont trait, pour l'essentiel, à la loyauté de la procédure suivie, v. *RDT*, n° 4, 2008, p. 251, préc.

Point commun aux deux édifices législatifs, la priorité donnée à la négociation préalable fait apparaître en pleine lumière le peu de confiance accordé par le législateur au préavis de cinq jours francs institué par l'art L. 2512-2 C. trav. Bien que le dépôt d'un préavis doive s'accompagner de l'ouverture d'une négociation, le législateur n'a pas fait le choix d'en allonger la durée mais de le doubler d'autres dispositifs (négociation préalable, et médiation éventuelle dans le cas de la loi de 2007), au risque de faire naître des difficultés tenant à leur articulation¹². Le législateur marque ainsi sa préférence pour une négociation dont le préavis viendrait constater l'échec plutôt que pour une négociation ouverte sous la menace d'une grève d'ores et déjà annoncée par le dépôt d'un préavis. Cette évolution annonce-t-elle un dépérissement du préavis au profit d'une négociation préalable ?

La loi du 20 août 2008 ne donne, en revanche, aucune place à la négociation collective pour l'élaboration de la procédure de prévention des conflits, alors que le texte adopté en 2007 lui conférerait un rôle prioritaire, bien que non exclusif (art. 2 I)¹³. Parmi les raisons qui ont pu conduire le législateur à écarter les partenaires sociaux, celle tenant au calendrier n'est sans doute pas des moindres. Le législateur s'étant montré désireux de voir le dispositif légal mis en place dès la rentrée scolaire (la loi du 20 août 2008, adoptée selon la procédure d'urgence, entre en vigueur au 1^{er} septembre 2008), le temps consacré à la négociation, déjà fort bref dans la loi de 2007¹⁴, aurait été évidemment insuffisant. Ecartée de la détermination de la procédure de prévention des conflits, la négociation collective retrouve cependant une place pour la mise en œuvre de la déclaration préalable d'intention de faire grève.

La déclaration préalable d'intention de faire grève – Si, malgré la négociation préalable, un préavis de grève était déposé, la loi du 20 août 2008 énonce, à l'image de ce que prévoyait la loi du 21 août 2007¹⁵, qu'« en vue de la mise en place d'un service d'accueil, toute personne exerçant des fonctions d'enseignement dans une école maternelle ou élémentaire publique déclare à l'autorité administrative, au moins quarante-huit heures, comprenant au moins un jour ouvré, avant de participer à la grève, son intention d'y prendre part » (art. L. 133-4, al. 1^{er} C. éduc.).

Cette déclaration préalable d'intention de faire grève, dont la circulaire n° 2008-111 du 26 août 2008 (préc.) précise qu'elle doit être adressée à l'inspecteur d'académie¹⁶, a pour but exclusif, selon le texte, de permettre à l'autorité administrative de connaître le personnel présent et de mesurer l'étendue du service d'accueil qui devra être mis en place en conséquence¹⁷. Concernant le délai de prévenance de 48 heures établi par la loi du 20 août 2008, on remarquera d'abord qu'en indiquant qu'il doit comprendre au moins un jour ouvré, ce texte prévoit un délai plus long que celui contenu dans la loi de 2007. Une déclaration le dimanche et, dorénavant, le samedi¹⁸ sont donc exclues. Le délai étant destiné à permettre l'organisation du service d'accueil on conçoit aisément que cette mention supplémentaire offre une garantie d'effectivité, l'autorité en charge de la mise en œuvre du service d'accueil disposant du temps nécessaire pour ce faire.

Néanmoins, alors même que le calcul du délai de 48 heures avait suscité des difficultés pour la mise en œuvre de la loi de 2007¹⁹, la loi de 2008 ne supprime pas toutes les interrogations en la matière. Elle indique, en effet, que l'Etat et la ou les organisations syndicales qui ont engagé la procédure de

¹² V. RDT n° 11, 2007, spéc. p. 667 et RDT, n° 4, 2008, spéc. p. 253.

¹³ V. RDT, n° 12, 2007, spéc. p. 739, obs. S. Nadal et p. 741, obs. M.-A. Souriac.

¹⁴ Rapp. RDT, n° 9, 2008, spéc. note 5, p. 542.

¹⁵ RDT, n° 11, 2007, p. 665, obs. G. Borenfreund.

¹⁶ Ou, sur délégation, aux inspecteurs de l'éducation nationale.

¹⁷ Elle est à ce titre couverte par le secret professionnel : art. L. 133-5 C. éduc.

¹⁸ Décret n° 2008-463 du 15 mai 2008 modifiant le décret n° 90-788 du 6 sept. 1990 relatif à l'organisation et au fonctionnement des écoles maternelles et élémentaires et l'art. D. 411-2 C. éduc., JO 18 mai, p. 8127.

¹⁹ CE, 2^e et 7^e sous-sect. réunies, 19 mai 2008, n° 312329, RDT, n° 9, 2008, spéc. p. 543.

négociation préalable à l'éventuel dépôt d'un préavis pourront « s'entendre sur les modalités selon lesquelles ces déclarations préalables sont portées à la connaissance de l'autorité administrative »²⁰. Et de préciser à cette occasion qu'« en tout état de cause, cette dernière doit être informée, au plus tard quarante-huit heures *avant le début de la grève*, du nombre, par école, des personnes ayant déclaré leur intention d'y participer » (art. L. 133-4, al. 2 C. éduc.). La formule diffère de celle retenue dans la loi de 2007. Faut-il comprendre que le texte adopté en 2008 entend faire obstacle à ce que le personnel avertisse l'administration de son intention de rejoindre le mouvement 48 heures plus tard *après le début de la grève* ? Cette lecture se concilie pour le moins difficilement avec la formulation issue de la loi elle-même, selon laquelle la déclaration doit être adressée au moins 48 heures « avant de *participer* à la grève » (art. L. 133-4, al. 1^{er} C. éduc., préc.). De plus, s'il fallait l'entendre ainsi, la conformité de la loi à la Constitution apparaîtrait plus que douteuse. On se souvient que, selon le Conseil constitutionnel lui-même, saisi à l'occasion de l'adoption de la loi de 2007, « l'obligation de déclaration ne s'oppose pas à ce qu'un salarié rejoigne un mouvement de grève déjà engagé et auquel il n'avait pas initialement l'intention de participer, ou auquel il aurait cessé de participer, dès lors qu'il en informe son employeur au plus tard quarante-huit heures à l'avance » (29^e consid.)²¹.

On l'aura compris, sous le double impact des lois de 2007 et de 2008, le droit de grève obéit à des conditions de mise en œuvre singulièrement renforcées. Que l'efficacité des mouvements collectifs engagés dans les secteurs visés ne doive pas en souffrir, nul n'oserait l'affirmer.

²⁰ Le Conseil constitutionnel a précisé, à cet égard, « qu'un accord entre l'Etat et les syndicats sur les modalités selon lesquelles les déclarations préalables sont portées à la connaissance de l'autorité administrative ne saurait conduire à ce que la transmission de ces déclarations soit assurée par les organisations syndicales ni avoir pour effet d'entraver la liberté de chaque enseignant de décider personnellement de participer ou non à la grève » (déc. 7 août 2008, préc., 17^e consid.).

²¹ Cons. const., 16 août 2007, n° 2007-556 DC, JO 22 août, p. 13971 ; RDT, n° 9, 2008, spéc. p. 543.