



**HAL**  
open science

## Les droits des travailleurs en droit constitutionnel français : l'exemple du droit de grève

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. Les droits des travailleurs en droit constitutionnel français : l'exemple du droit de grève. P. Brunet, K. Hasegawa et H. Yamamoto. Rencontres franco-japonaises autour des transferts de concepts juridiques, Mare et Martin, pp.277-284, 2014. halshs-01115491

**HAL Id: halshs-01115491**

**<https://shs.hal.science/halshs-01115491v1>**

Submitted on 11 Feb 2015

**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.

# Les droits des travailleurs en droit constitutionnel français : l'exemple du droit de grève

**Eric MILLARD**

Professeur de droit public à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense  
Centre de Théorie et analyse du droit  
eric.millard@u-paris10.fr

Le droit constitutionnel français, du fait de l'extension par le Conseil constitutionnel des normes de référence, et notamment de l'intégration dans ces normes du Préambule de la Constitution de 1946, souvent vu comme le pendant « social » de la Déclaration (libérale) des droits de l'Homme de 1789, permet dans certaines limites l'émergence d'un droit social constitutionnel, et d'un statut constitutionnel des droits des travailleurs.

La focalisation en droit constitutionnel français sur l'encadrement du droit de grève lorsque sont évoqués les droits des travailleurs, relativement originale par rapport aux questions de ce type dans les systèmes de droit étranger, tient sans doute à la place traditionnelle qu'occupe dans l'histoire française cette modalité d'action sociale. Dès le XIX<sup>e</sup> siècle, dans les pays où la tradition ouvrière s'organise autour des idées socialistes et syndicalistes révolutionnaires (France, Espagne, Italie particulièrement), la grève est perçue comme le moyen principal de revendication et acquiert un statut de mystique, tant du côté des salariés que paradoxalement du côté patronal et administratif, difficilement compréhensible dans des sociétés qui privilégient la négociation sur l'affrontement frontal.

En droit constitutionnel français, le droit de grève apparaît avec le compromis issu de la Résistance, dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dont le 7<sup>e</sup> alinéa dispose : « *Le droit de grève s'exerce dans le*

*cadre des lois qui le réglementent* ». Le texte constitutionnel consacre donc à la fois la garantie constitutionnelle de ce droit des travailleurs et la possibilité d'un encadrement législatif, laissant ouverte la question de la constitutionnalité de cette réglementation : quelles en sont les limites, quels sont les motifs légitimes tant de la grève que des limitations à ce droit.

## 1 – Mise en place du droit

Pendant longtemps, une différence essentielle devait être prise en compte selon le statut de droit privé ou de droit public de la relation de travail. Pour les relations de droit privé, après la condamnation pénale de la grève (délict de coalition) par la loi Le Chapelier sous la Révolution, la loi du 25 mai 1864 avait reconnu la légitimité du droit de grève et en avait fixé les conditions. Le droit de grève est alors une « cessation collective, concertée et totale du travail en vue de présenter à l'employeur des revendications professionnelles ». Cependant en droit public, aucune loi n'est venue jusqu'aux récentes années définir et organiser le droit de grève de manière générale. Pendant longtemps d'ailleurs, le droit de grève a été nié aux fonctionnaires au prétexte qu'ils n'étaient pas dans une relation contractuelle de travail, mais dans une situation statutaire et réglementaire :

*« Considérant que la grève, si elle est un fait pouvant se produire légalement au cours de l'exécution d'un contrat de travail réglé par les dispositions du droit privé, est, au contraire, lorsqu'elle résulte d'un refus de service concerté entre des fonctionnaires, un acte illicite, alors même qu'il ne pourrait être réprimé par l'application de la loi pénale ; que, par son acceptation de l'emploi qui lui a été conféré, le fonctionnaire s'est soumis à toutes les obligations dérivant des nécessités mêmes du service public et a renoncé à toutes facultés incompatibles avec une continuité essentielle à la vie nationale ; qu'en se mettant, en grève les agents préposés au service public, sous quelque dénomination que ce soit, ne commettent pas seulement une faute individuelle, mais qu'ils se placent eux-mêmes, par un acte collectif, en dehors de l'application des lois et règlements édictés dans le but de garantir l'exercice des droits résultant pour chacun d'eux du contrat de droit public qui les lie à l'Administration ; que, dans le cas d'abandon collectif ou concerté du service public, l'Administration est tenue de prendre des mesures d'urgence et de procéder à des remplacements immédiats » (CE, 7/08/1909, Winkell).*

Cette solution n'était plus compatible avec la Constitution de 1946 et en l'absence d'intervention générale du législateur, le Conseil d'État à nouveau

a été conduit à définir jurisprudentiellement le droit applicable à la grève en droit public :

*« Considérant qu'en indiquant, dans le préambule de la Constitution, que "le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent", l'assemblée constituante a entendu inviter le législateur à opérer la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève constitue l'une des modalités, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel elle peut être de nature à porter atteinte ; [...] Considérant qu'en l'absence de cette réglementation, 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 ; qu'en l'état actuel de la législation il appartient au gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, sous le contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue desdites limitations » (CE, 717/1950, Dehaene).*

C'est cette jurisprudence que le Conseil constitutionnel reprend à son compte désormais :

*« [considérant] qu'en édictant cette disposition les constituants ont entendu marquer que le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle, mais qu'il a des limites et ont habilité le législateur à tracer celles-ci en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte ; que, notamment en ce qui concerne les services publics, 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 ; que ces limitations peuvent aller jusqu'à l'interdiction du droit de grève aux agents dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays » (Décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail)<sup>88</sup>.*

88. Voir sur cette décision : Léo Hamon, *Grève et continuité du service public : mirage de la conciliation ou modalité de l'arbitrage*, Dalloz, 1980, p. 333 ; Louis

Il faut ici remarquer que pour « constitutionnaliser » la jurisprudence administrative en matière de droit de grève dans les services publics, le Conseil constitutionnel est obligé de recourir à un raisonnement classique mis en évidence par les théories réalistes de l'interprétation<sup>89</sup>, qui se sépare du raisonnement du Conseil d'État. Il lui faut en effet tout d'abord prétendre qu'il y a dans les énoncés constitutionnels français une lacune (non pas technique, qui empêcherait de trouver une solution juridique à partir des textes en présence, mais bien axiologique, c'est-à-dire fondée sur un jugement politique du Conseil sur ce que devrait être le droit constitutionnel, c'est-à-dire sur ce que devrait être les textes en présence) pour ensuite, aux fins de combler cette lacune, affirmer face à un principe écrit (le 7<sup>e</sup> alinéa du Préambule de 1946) l'existence d'un principe non écrit de valeur constitutionnelle (le principe de continuité du service public) ; enfin, en présence de l'antinomie ainsi créée par la réponse à la lacune, procéder à une conciliation entre principes, ou plus exactement à une hiérarchisation axiologique mobile entre ces principes.

Pour autant, la situation à partir de la fin des années 70 du siècle dernier semblait assez claire : en droit privé, le code du travail, dans sa partie législative, organisait de manière générale le droit de grève (art. L2512-2 du code précisé par la jurisprudence de la Cour de cassation) qui en précise les conditions (notamment le préavis), la licéité des motifs (désormais à la seule appréciation des organisations syndicales) et des modalités (abus du droit), et les conséquences (sur la suspension du contrat et la sanction patronale) ; en droit public, les interventions partielles du législateur étaient appréciées par le Conseil constitutionnel qui a seulement précisé sa jurisprudence de 1979 : en matière de durée minimale de la grève (le trentième indivisible, décision de 1987<sup>90</sup>) ; ou dans certains secteurs comme les installations nucléaires

---

*Favoreu et Loïc Philip, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, 2009, p. 287-302.*

89. Voir notamment sur ces théories Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milan, Giuffrè, 2011.

90. Décision n° 87-230 DC du 28 juillet 1987, Loi portant diverses mesures d'ordre social et sur cette décision, Bruno Genevois, Quels sont les fondements juridiques des retenues pécuniaires constitutives à une grève, *Revue française de droit administratif*, 1987, p. 807

(décision de 1980 <sup>91</sup>) par exemple. L'absence de Question prioritaire de constitutionnalité transmise portant sur le droit de grève semble bien prouver cette stabilisation du droit.

## 2 – Problèmes actuels

La situation a quelque peu évolué cependant ces dernières années sous une triple influence.

Tout d'abord, la pratique du droit de grève touche différemment depuis longtemps les salariés du secteur public et ceux du secteur privé : si dans le secteur privé la grève est essentiellement un recours dans le cadre de journées nationales d'action interprofessionnelles et dans le cadre de situation conflictuelle grave dans une entreprise donnée (contre des plans de licenciement, de fermeture de site ou d'activité ou dans des situations de précarité forte), la grève dans le secteur public apparaît statistiquement d'un usage plus fréquent, tant pour des raisons stratégiques de la part des centrales syndicales (plus grande facilité à mobiliser, plus grande efficacité dans la visibilité et dans la constitution du rapport de force avec le gouvernement) que pour des raisons pratiques (moindre conséquence sur les carrières des grévistes en raison de la gestion paritaire notamment). Peu à peu s'est donc installé l'idée dans l'opinion publique que la grève était un avantage de salariés du public considérés déjà comme privilégiés (stabilité de l'emploi, etc.).

Ensuite, à la suite des grandes grèves contre la réforme des retraites du milieu des années 90 du siècle dernier et des premières années de ce siècle, est apparu dans cette fameuse opinion publique, sans doute pour partie par réaction spontanée, sans doute aussi pour partie suite à des campagnes savamment orchestrées par les organes de presse et une partie du personnel politique, un « ras-le-bol » des grèves à répétition, qui paralysent l'activité économique du pays, et qui créent d'incontestables désagréments pour les usagers. Des secteurs clés de l'activité économique, comme le transport ou l'accueil des enfants (scolaire, parascolaire ou préscolaire), qui ne relèvent pas que du secteur public, ont été mis en évidence comme appelant des limitations spécifiques au droit de grève, notamment par l'organisation d'un

---

91. Décision n° 80-117 DC du 22 juillet 1980, Loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires et sur cette décision Dominique Turpin, *Le droit de grève face à un nouveau principe à valeur constitutionnelle*, *Droit social*, 1980, p. 441.

service minimum (par exemple mise en place de service d'accueil des enfants à la charge des collectivités locales en cas de grève des enseignants<sup>92</sup>).

Enfin, lors du dernier quinquennat, ce mouvement s'est cristallisé et a atteint son paroxysme, tant dans les déclarations officielles du précédent Président de la République, pour qui suite à son action « *désormais, quand il y a une grève en France, personne ne s'en aperçoit* »<sup>93</sup>, que dans l'action législative qui a porté au droit de grève ses limitations les plus graves, tant pour les salariés du public que pour ceux du privé.

Les deux lois sur le droit de grève en matière de transports en 1987 et 2012 sont sans doute les plus symptomatiques.<sup>94</sup> Elles ont été adoptées sans réelle mobilisation de l'opposition parlementaire d'alors, et le Conseil constitutionnel en la matière a fait preuve d'une prudence extrême si l'on veut rester poli, d'une complicité coupable si l'on veut être plus offensif.<sup>95</sup> Ce mouvement à l'encontre du droit de grève est cependant très général en Europe latine : en Italie par exemple, le législateur a mis en place une commission, dans laquelle siègent notamment des professeurs de droit, qui autorise la grève dans le secteur public en tenant compte des motifs et des secteurs concernés. Pour autant en France l'intervention législative est allée

---

92. Loi instituant un droit d'accueil du 20 août 2008.

93. Nicolas Sarkozy, lors d'un meeting de son parti politique, et alors qu'il était Président de la République (rompant avec la tradition de rupture entre la fonction présidentielle et l'engagement partisan), le 6 juillet 2008, a fait ses déclarations goguenarde sous un tonnerre d'applaudissements. Un extrait est disponible sur YouTube : <https://www.youtube.com/watch?v=79tU4KVhhLM>.

94. Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, du 21 août 2007 et Loi du 19 mars 2012, *Loi relative à l'organisation du service et à l'information des passagers dans les entreprises de transport aérien de passagers et à diverses dispositions dans le domaine des transports*.

95. Décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, sur laquelle Valérie Bernaud, La « nature particulière » du droit de grève n'implique pas une protection constitutionnelle amoindrie, *Droit social, 2007 (12), p. 1221-1227 ; et Décision n° 2012-650 DC du 15 mars 2012, Loi relative à l'organisation du service et à l'information des passagers dans les entreprises de transport aérien de passagers et à diverses dispositions dans le domaine des transports, sur laquelle Pierre-Yves Gahdoun, Grève – Transport aérien – Loi du 19 mars 2012, *Le droit ouvrier, octobre 2012, n° 771, p. 676-677*.*

plus loin : la légalité de l'exercice du droit de grève a été subordonnée à un ensemble de procédures préalables (déclaration obligatoire individuelle de l'intention de faire grève 48 heures à l'avance, organisation d'un référendum impliquant tous les salariés après une certaine durée de la grève permettant d'y mettre fin, etc.) et l'appréciation des conséquences n'est pas confiée à un juge ou à une organisme indépendant, mais au seul donneur d'ordre (employeur, administration). Le mécanisme général adopté en 2007 pour les transports terrestres a été étendu en 2012 au transport aérien, en l'aggravant : obligation de faire grève si l'on s'est déclaré gréviste, sauf préavis de 24 h avant la reprise du travail, application à l'ensemble des secteurs ayant de près ou de loin une incidence possible sur le transport aérien, y compris dans les entreprises privées, y compris dans les entreprises étrangères : quid en effet de la grève en France de pilotes d'une compagnie étrangère en escale ou rotations, alors que ces pilotes sont liés à cette compagnie par un contrat de droit étranger ? En droit la loi est applicable, ce qui ne va pas sans poser problème juridique (au regard du droit international privé) et politique.

Les vices possibles d'inconstitutionnalité étaient nombreux. Mais le conseil ne s'en émeut pas.

Alors qu'en 1977, le conseil constitutionnel acceptait les limitations au droit de grève quand et dans la limite où il s'agissait d'« *assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays* » (et c'est bien la logique de la continuité de l'État, du fonctionnement régulier de la puissance publique, allant jusqu'à pouvoir interdire le droit de grève), il n'est plus question 30 ans après dans la décision de 2007 que « *des 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* » (Décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs). Potentiellement donc tout service public, dans tous ses éléments. La continuité par principe doit prévaloir sur le droit de grève, même si la discontinuité, statistiquement (retards, etc.) n'est que marginalement le fruit des faits de grève et davantage le résultat des manques d'investissements matériels, des conditions météorologiques, des saturations des installations, etc.

Et en 2012, le Conseil constitutionnel affirme qu'« *il ressort des travaux parlementaires qu'en imposant aux salariés des entreprises entrant dans le champ d'application de la loi d'informer leur employeur de leur intention de participer*

à un mouvement de grève, le législateur a entendu mettre en place un dispositif permettant l'information des entreprises de transport aérien ainsi que de leurs passagers afin, notamment, d'assurer le bon ordre et la sécurité des personnes dans les aérodromes et, par suite, la préservation de l'ordre public qui est un objectif de valeur constitutionnelle » (Décision n° 2012-650 DC du 15 mars 2012, Loi relative à l'organisation du service et à l'information des passagers dans les entreprises de transport aérien de passagers et à diverses dispositions dans le domaine des transports). Pour autant, la loi ne prévoit à la charge des entreprises aucune obligation concrète d'information des voyageurs, et aucune sanction en cas d'absence d'information.

Dans les deux cas, le Conseil constitutionnel partage avec le législateur des idées reçues : que la grève peut être inodore, incolore et indolore. Le dispositif de la loi tel que validé dans les deux cas par le Conseil constitutionnel n'interdit pas la grève : mais il rend extrêmement difficile une grève qui occasionnerait des gênes (notamment les grèves nationales sur des questions non corporatives, les grèves de solidarités, etc.). Il permet de fait à l'employeur de disposer d'informations suffisantes, et suffisamment tôt, pour pouvoir limiter les effets de la grève, c'est à dire pour pouvoir empêcher toute grève massive. On est alors prié de croire qu'une grève non massive et non paralysante aura un autre effet que celui, rappelé par la loi chaque fois, de la perte du salaire des grévistes.

En validant ces raisonnements, le Conseil a de fait changé totalement sa ligne jurisprudentielle. Il ne s'agit plus de concilier ou de hiérarchiser dans certains cas deux principes constitutionnels, la garantie du droit de grève et la continuité du service public. Il s'agit de changer la nature du droit de grève, puisqu'une grève qui ne générerait pas ne serait pas efficace et ne permettrait donc pas une revendication, sinon symbolique. Cette position, que le Conseil constitutionnel fait sienne, est démagogique et populiste. Elle ne concilie pas le droit de grève et la continuité du service public ; elle porte radicalement atteinte au droit de grève (ce qu'il aurait été sans doute courageux et peut-être légitime de faire, du moins tant que l'on pourrait montrer en quoi l'interdiction de la grève permettrait de sauvegarder les besoins essentiels du pays), sans résoudre véritablement la question de la continuité (qui est, elle, une vraie question, laissé en suspens).<sup>96</sup>

---

96. Voir Eric Millard, Controverse : La loi sur le dialogue social et la continuité du service public, une réponse dangereuse à une mauvaise question, *Revue de Droit du travail*, octobre 2007, n° 10, pp. 563-565