



Ministère des solidarités et de la cohésion sociale

**DIRECTION GÉNÉRALE
DE LA COHÉSION SOCIALE**

**Éléments préalables à l'élaboration d'un rapport
relatif à la mise en œuvre d'un service minimum dans le secteur médico-social**

L'article 124 de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires (HPST) a introduit dans le code de l'action sociale et des familles (CASF) un article L. 313-23-3 disposant que :

« Avant le 30 juin 2010, le Gouvernement remet au Parlement un rapport relatif à la mise en œuvre d'un service minimum dans le secteur médico-social au regard des contraintes constitutionnelles. Ce rapport est précédé d'une concertation approfondie avec les partenaires sociaux et les acteurs du secteur. ».

Au cours de l'année 2010, la préparation d'une loi modifiant certaines dispositions de la loi du 21 juillet 2009 précitée a été engagée et a débouché sur la promulgation de la loi n° 2011-940 du 10 août 2011. La concomitance de ces travaux législatifs n'a pas permis de conduire la préparation du rapport prévue par l'article L. 313-23-3 dans le délai initialement prévu.

L'objet du présent document est de présenter aux partenaires sociaux et acteurs du secteur médico-social plusieurs éléments de nature juridique permettant d'engager la concertation préalable à l'élaboration du rapport prévu par la loi.

La présentation du régime juridique actuel des restrictions au droit de grève dans le secteur médico-social (II) et l'exposé des exigences du droit constitutionnel en la matière (III) seront précédés d'un rappel du contexte dans lequel le Parlement a souhaité que le Gouvernement conduise une concertation préalablement à la remise d'un rapport sur cette question (I).

1. Le Parlement a souhaité que le Gouvernement conduise une concertation préalablement à la remise d'un rapport relatif à la mise en œuvre d'un service minimum au regard des contraintes constitutionnelles

En mai 2009, lors des travaux parlementaires préalables à l'adoption de la loi HPST du 21 juillet 2009, les sénateurs Sylvie DESMARESCAUX et Alain VASSELE avaient obtenu l'adoption en première lecture par le Sénat de **deux amendements visant à :**

- **inciter les partenaires sociaux à définir contractuellement les modalités d'un service minimum dans certains établissements et services sociaux et médico-sociaux (ESSMS)** prenant en charge de manière permanente des personnes handicapées ou âgées, dans l'objectif de garantir la sécurité des personnels et des usagers ;
- **étendre les dispositions particulières du code du travail applicables aux services publics en matière d'exercice du droit de grève** (L. 2512-1 et suivants : obligation de préavis et de négocier pendant sa durée, interdiction des grèves tournantes, régime des sanctions et des retenues sur salaires) aux entreprises, organismes et établissements chargés d'une mission d'intérêt général et d'utilité sociale telle que définie à l'article L. 311-1 du CASF.

Cette initiative parlementaire était motivée par un constat de leurs auteurs selon lequel, en cas de grève dans les ESSMS, les dirigeants des structures et les autorités locales rencontreraient des difficultés pour organiser le remplacement des personnels grévistes, dans la mesure notamment où l'absence de préavis ne leur donnerait pas d'indication sur le niveau de participation prévue à la grève et les postes inoccupés. En outre, selon les sénateurs à l'origine de l'amendement, des grèves dans le secteur auraient conduit les proches des usagers à devoir les prendre en charge à leur domicile pendant la durée du conflit.

Tout en partageant la volonté des sénateurs de veiller à ce que l'exercice du droit de grève dans les ESSMS ne porte pas atteinte à la santé ou à l'autonomie de leurs usagers, **le Gouvernement a exprimé un avis défavorable à l'égard de ces amendements** adoptés par le Sénat.

Tout d'abord, le Gouvernement s'est inquiété du **périmètre excessif** couvert par le dispositif juridique voté par le Sénat qui englobe de fait la totalité des ESSMS et lieux de vie et d'accueil, voire même les personnels de leurs organismes gestionnaires (pas seulement les ESSMS prenant en charge des personnes âgées ou handicapées). En outre, en l'absence de données sur la **réalité de la conflictualité dans les ESSMS**, le Gouvernement a appelé à ne pas surestimer l'ampleur des difficultés occasionnées par l'exercice du droit de grève dans le secteur et rappelé que **des solutions permettaient, à droit constant, de garantir la poursuite des activités ou la continuité du service**.

Dans ce contexte, le Gouvernement a proposé le retrait des modifications du Sénat et la mise en place d'une mission d'expertise, associant l'ensemble des acteurs, chargée de dresser l'état du droit, des faits et des éventuelles évolutions législatives et réglementaires nécessaires.

En définitive, sur la base d'une proposition de la commission mixte paritaire réunie pour l'achèvement des discussions sur le projet de loi HPST, le Parlement a adopté une solution ne reprenant ni les amendements du Sénat, ni la proposition méthodologique du Gouvernement : la disposition adoptée insère au CASF l'article L. 313-23-3 précité, sous-tendu par l'identification de deux préalables à l'édification d'un service minimum dans le secteur médico-social :

- la prise en compte des **contraintes constitutionnelles** ;
- la conduite d'une **concertation approfondie** avec les partenaires sociaux et les acteurs du secteur.

Il convient de relever que le **périmètre de la réflexion est circonscrit au secteur « médico-social »**. S'agissant d'une disposition législative insérée dans le titre 1^{er} du livre III du CASF, le secteur à considérer est donc celui comprenant les ESSMS soumis à autorisation et, parmi eux, uniquement ceux placés sous le contrôle du directeur général de l'agence régionale de santé (à titre exclusif ou conjointement avec le Président du Conseil Général).

2. Le droit de grève s'exerce dans le secteur médico-social dans le cadre de limites posées par la loi ou la jurisprudence

L'exercice du droit de grève est reconnu par la Constitution du 4 octobre 1958 en ce qu'elle se réfère au Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dont le septième alinéa dispose que « *le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent* ».

La législation annoncée par le Préambule de 1946 a finalement été largement supplantée par la jurisprudence : le code du travail comporte très peu de dispositions « réglementant » le droit de grève et n'y consacre qu'un seul article de portée générale précisant que l'exercice du droit de grève ne peut donner lieu à aucune mesure discriminatoire (rémunérations, avantages sociaux) et qu'il ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde du salarié (un tel licenciement est nul de plein droit).

Les autres dispositions législatives en vigueur sont surtout relatives aux régimes particuliers applicables à certains travailleurs privés du droit de grève¹, posent des restrictions particulières visant à instaurer dans le « secteur public » un service minimum² ou l'obligation d'un préavis³ (obligation de préavis et de négocier pendant sa durée, interdiction des grèves tournantes, régime des sanctions et des retenues sur salaires).

Les ESSMS du secteur médico-social ont recours à des formes juridiques très diversifiées : il peut s'agir de structures gérés par des personnes morales de droit privé (avec ou sans but lucratif) ou qui relèvent de personnes morales de droit public (dotés ou non d'une personnalité morale propre). L'exercice du droit de grève dans le secteur et les restrictions légales dont il peut faire l'objet sont donc variables selon les cas de figure. Il en résulte **des situations disparates selon le statut juridique de l'organisme gestionnaire de l'établissement ou service**.

2.1. Quel que soit le secteur d'activité considéré, l'exercice du droit de grève est soumis à diverses limites.

Pour être licite et pour que le travailleur gréviste soit protégé, la « cessation concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles déjà déterminées auxquelles l'employeur refuse de donner satisfaction »⁴, est soumise à diverses conditions, notamment :

- **le mouvement de grève doit être collectif** : à partir de deux personnes dans une entreprise quand cette dernière est seule concernée, ou à partir d'une personne dans le cadre d'un mouvement dépassant la seule entreprise ;

¹ Les fonctionnaires des compagnies républicaines de sécurité (loi du 27 décembre 1947), les autres personnels de la police nationale (loi du 28 septembre 1948) ou des services extérieurs de l'administration pénitentiaire (ordonnance du 6 août 1958), les magistrats de l'ordre judiciaire (ordonnance du 22 décembre 1958), les personnels du service des transmissions du ministère de l'intérieur (loi de finances rectificative du 31 juillet 1968), les ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation civile (loi du 17 juin 1971) et les militaires (lois du 13 juillet 1972 puis du 24 mars 2005).

² Dans les établissements et organismes de radiodiffusion et de télévision (lois du 26 juillet 1979 et du 30 septembre 1986), dans ceux qui détiennent des matières nucléaires (loi du 25 juillet 1980) ou encore dans le domaine de la navigation aérienne (loi du 31 décembre 1984).

³ Régime applicable aux personnels de l'État, des régions, des départements et des communes comptant plus de 10 000 habitants, ainsi qu'aux personnels des entreprises, des organismes et des établissements publics ou privés chargés de la gestion d'un service public (initialement issu de la loi n°63-777 du 31 juillet 1963 relative à certaines modalités de la grève dans les services publics, désormais codifiée aux articles L. 2512-1 et suivants du code du travail)

⁴ Définition de la grève par la Cour de cassation (Soc.17 janvier 1968, Bull. civ.V n° 35)

- **le salarié en grève doit cesser totalement le travail**, en particulier la « grève perlée » (ou ralentissement de l'activité) peut constituer une faute lourde ;
- **des revendications d'ordre professionnel doivent être** posées, par exemple l'amélioration des conditions de travail ou du salaire, préalablement au déclenchement de la grève. Certaines revendications ne permettent pas de caractériser l'exercice du droit de grève et la rende illicite : refuser des astreintes auxquelles le salarié est tenu, cesser le travail pour un motif politique sans rapport avec les préoccupations quotidiennes des travailleurs ou par solidarité avec un salarié régulièrement licencié ;
- **l'exercice du droit de grève ne doit pas entraver la liberté du travail** (« piquet de grève abusif ») ou s'accompagner d'abus (occupation abusive des locaux, désorganisation de l'entreprise...) pouvant constituer une faute lourde permettant de rompre le contrat de travail (abandon des services de sécurité, violences, séquestration, obstruction à l'exécution d'une décision judiciaire, opposition au travail des remplaçants des grévistes...).

En outre, la cessation d'exécution de la prestation de travail dispense l'employeur de régler les salaires correspondants (sauf disposition législative contraire, l'abattement doit être proportionnel à l'arrêt de travail). Par ailleurs, l'employeur dispose de prérogatives pour prendre des mesures d'organisation : recours à d'autres salariés ou à d'autres entreprises, voire à des bénévoles. Toutefois est proscrit le recours à des intérimaires ou à des contractuels à durée déterminée destiné à priver d'efficacité l'action des grévistes⁵. L'employeur peut également recourir, sous certaines conditions, à la mise en chômage technique des non-grévistes ou à la fermeture de l'entreprise (en cas de force majeure).

Si l'obligation d'un service ou d'une activité minimum en cas de grève n'existe pas dans le droit commun du travail, la grève constitue toutefois l'une des circonstances pouvant conduire le représentant de l'Etat à prendre des mesures de réquisition, « *en cas d'urgence, lorsque l'atteinte constatée ou prévisible au bon ordre, à la salubrité, à la tranquillité et à la sécurité publiques l'exige et que les moyens dont dispose le préfet ne permettent plus de poursuivre les objectifs pour lesquels il détient des pouvoirs de police* » (L. 2215-1 du code général des collectivités territoriales).

La jurisprudence administrative veille à ce que, avant d'avoir recours à une mesure de réquisition, le préfet s'assure et justifie qu'il n'y a pas d'autre moyen adapté de satisfaire aux « *besoins essentiels de la population* » (CE, 27 octobre 2010, Fédération des industries chimiques CGT). De même, le juge exige que la mesure de réquisition soit proportionnée à la nécessité de faire cesser un trouble à l'ordre public (CE, 9 décembre 2003, Mme Aguillon et autres : dès lors qu'il s'agit « *d'assurer le maintien d'un effectif suffisant pour garantir la sécurité des patients et la continuité des soins* »).

La nécessité d'assurer le fonctionnement des services publics constitue l'un des motifs de réquisition admis par le juge. La réquisition peut concerner un salarié gréviste, mais, dès lors qu'il s'agit de restreindre l'exercice d'une liberté fondamentale, le préfet ne peut prendre de mesures générales : il doit privilégier des mesures alternatives (redéploiement d'activités, fonctionnement réduit, recours à d'autres services implanté à proximité...).

Si les réquisitions peuvent concernés des établissements de droit privé, elles demeurent une prérogative de l'autorité préfectorale. Toutefois, **les employeurs privés ne sont pas totalement démunis, notamment lorsqu'ils ont la responsabilité de veiller à la sécurité des personnes prises en charge**. C'est probablement ainsi que s'explique le fait que la Cour de cassation a admis que l'employeur puisse demander ou qu'un accord collectif puisse prévoir un « *service minimum de*

⁵ Articles L 1242-6 et L 1251-10 du code du travail

sécurité pendant la grève » dans le cas d'un institut médico-éducatif géré par une association (Cass soc, 20 février 1991, n°89-40.280), alors que cette même juridiction juge habituellement « *qu'une convention collective ne peut avoir pour effet de limiter ou de réglementer pour les salariés l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu* » (Cass soc, 7 juin 1995, n°93-46448).

Au demeurant, doit être signalé qu'un accord d'entreprise sur l'organisation d'un service minimum en cas de grève concernant un établissement pour personnes âgées dépendantes géré par une association a été récemment agréé par la ministre des solidarités et de la cohésion sociale (conformément aux dispositions de l'article L. 314-6 du CASF). Cet accord vise à « *assurer la sécurité des résidents en cas de mouvement social* », « *définir et mettre en place un service minimum en cas de grève* » et « *à impliquer les partenaires sociaux dans le suivi et le fonctionnement du régime mis en place* ». Pour l'organisation du service minimum, l'accord se réfère « *à la pratique généralement admise dans le service public hospitalier* ».

Enfin, doivent être mentionnées les dispositions générales du code du travail qui concernent les procédures de règlement des conflits collectifs de travail et qui s'appliquent au règlement d'une large part des conflits collectifs du travail : sont en effet concernés tous les employeurs de droit privé, mais aussi les établissements publics à caractère industriel et commercial, ainsi que les établissements publics assurant à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial, lorsqu'ils emploient du personnel dans les conditions du droit privé. Sont ainsi prévus des mécanismes de conciliation, médiation et arbitrage. Sans qu'ils constituent des restrictions au droit de grève, ces mécanismes doivent permettre d'en prévenir l'exercice.

2.2.L'exercice du droit de grève est soumis à des restrictions spécifiques pour les personnels de l'Etat et des collectivités locales ainsi que de ceux des entreprises, des organismes et des établissements publics ou privés « chargés de la gestion d'un service public »

Le régime spécifique des services publics relevant de l'article L. 2512-1 du code du travail⁶ comprend les singularités suivantes :

- si le déclenchement de la grève est libre dans le secteur privé (la grève surprise y est licite, sans qu'il soit nécessaire d'attendre le refus de l'employeur de satisfaire aux revendications, et l'obligation d'un préavis ne peut être instituée que par une loi), **le dépôt d'un préavis est obligatoire dans les services publics** et doit être effectué par un syndicat représentatif 5 jours francs avant le déclenchement (il fixe le lieu, la date, l'heure du début, ainsi que la durée limitée ou non). Pendant la durée du préavis, « *les parties intéressées sont tenues de négocier* » ;
- l'heure de cessation du travail et celle de reprise du travail ne peuvent être différentes pour les diverses catégories du personnel ;
- le non respect de ces règles spécifiques expose les personnels concernés à des **sanctions disciplinaires**, la loi citant la révocation et la rétrogradation ;
- alors que l'abattement sur salaire est proportionnel à la durée de la grève dans le secteur privé, **le dispositif du « trentième indivisible »** retient forfaitairement la rémunération d'une journée de travail sur le traitement des agents grévistes de la fonction publique de l'Etat.

⁶ Anciennement article L. 521-3 du code du travail, lui-même codifiant la loi du 31 juillet 1963.

Le champ d'application de ces dispositions du code du travail pose une difficulté particulière dans le secteur médico-social dans la mesure où **les établissements et services qui en relèvent se sont pas tous réputés « chargés de la gestion d'un service public »**. Ainsi, le Conseil d'Etat a-t-il jugé récemment que la gestion d'un établissement d'aide par le travail par un organisme privés ne revêtait pas le caractère d'une mission de service public au regard de l'intention du législateur (CE, 22 février 2007, APREI), alors même que les ESAT répondent bien aux autres critères habituels de la définition du service public (intérêt général, condition de création et d'organisation et de fonctionnement, obligations, contrôle). En effet, l'identité originale de l'action sociale et médico-sociale a été rappelée par le législateur à l'occasion du vote de la loi n°2002-2 du 2 janvier 2002 et à travers l'adoption d'un article L. 311-1 inscrivant cette action dans des missions « *d'intérêt général et d'utilité sociale* ». Les travaux parlementaires attestent de ce que le législateur a entendu distinguer ces dernières de la notion de service public.

Le débat ne paraît pas définitivement clos et cette circonstance constitue un obstacle à une définition précise et sécurisée du champ d'application de l'article L 2511-1 du code du travail qui restreignent l'exercice du droit de grève dans les établissements privés « *chargés de la gestion d'un service public* ». La jurisprudence, assez évolutive en la matière, pourra à l'avenir apporter des précisions sur cette question.

S'agissant plus spécialement des employeurs publics, les dispositions législatives ci-dessus doivent être complétées par la jurisprudence du Conseil d'Etat qui a admis dès 1950 (Ass, 7 juillet 1950, Dehaene) et en l'absence de législation expresse **l'intervention supplétive de l'autorité compétente pour gérer le service aux fins de concilier le droit de grève constitutionnellement garanti et la continuité du service 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 ; »

Par la suite, cette prérogative jurisprudentielle de réglementation du droit de grève a été étendue aux directeurs d'administration centrale, aux organes dirigeants d'établissements publics ou encore aux exécutifs de collectivités territoriales.

Si la jurisprudence Dehaene autorise les autorités hiérarchiques à prendre des mesures restrictives, le juge administratif les contrôle étroitement : il tient compte des contraintes et de l'importance du service public concerné, il vérifie que les limites apportées au droit de grève par les chefs de service sont **proportionnées aux nécessités de la sauvegarde de l'ordre public** (nature des activités et nombre d'agents à maintenir). *« Si les chefs de services peuvent interdire le droit de grève à certains agents d'autorité ou prévoir un service minimum, ils ne sauraient prendre des mesures trop générales ayant pour effet de rendre l'exercice du droit de grève en pratique impossible. »* (Conseil d'Etat, Présentation des grands arrêts, 7 juillet 1950 – Dehaene).

La jurisprudence Dehaene a permis au Conseil d'Etat d'admettre la légalité d'un service minimum dans plusieurs secteurs, dont par exemple :

- radio et télévision : le ministre de l'information a pu légalement imposer l'obligation de diffuser en cas de grève un journal télévisé à 20 heures, une mire électronique aux heures normales d'émission ainsi que des éditions spéciales du journal télévisé en cas de besoin. Mais il n'a pu prescrire légalement la diffusion de films en soirée (CE, Ass, 4 février 1966, Syndicat unifié des techniciens de la RTF) ;
- service public de production d'électricité : une note du directeur de la production et du transport d'Electricité de France peut prévoir que les agents de conduite des centrales de production, présents à leur poste de travail et se déclarant néanmoins grévistes, ne peuvent s'écarter du programme de production établi et transmis par l'autorité chargée d'assurer l'équilibre du réseau (CE, 17 mars 1997, Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique et gazière) ;
- service de la protection judiciaire de la jeunesse : le ministre de la justice peut, par circulaire, définir un service minimum à assurer en cas de grève (service éducatif auprès des tribunaux, hébergement et suivi en milieu ouvert des mineurs en situation difficile) et recenser les personnels « *pouvant faire l'objet d'une interdiction d'abandonner leur poste en cas de menace de grève* » et prévoir, pour certaines catégories de personnels, dont la présence est indispensable à la continuité du service public, la possibilité de mesures individuelles d'injonction de demeurer à leur poste ou de le rejoindre en cas de grève (CE, 27 février 1998, Syndicat national des personnels de l'éducation surveillée) ;
- service public hospitalier : en cas de grève, le directeur d'un établissement public de santé peut fixer les effectifs d'infirmiers spécialisés en anesthésie et en réanimation nécessaires à la continuité du service dans les salles de réveil des blocs opératoires, et prendre en compte l'ensemble des besoins des blocs opératoires et non seulement celui des urgences (CE, 30 novembre 1998, Rosenblatt) ;

*

Ainsi, il faut conclure de ce qui précède que dans le secteur médico-social :

- si, comme dans la plupart des autres secteurs d'activité, l'exercice du droit de grève est encadré, **aucune disposition législative n'est intervenue à ce jour pour établir l'obligation d'un service minimum en cas de grève** ;
- pour autant, il est probable que les « *besoins essentiels de la population* » que couvrent de nombreuses fonctions des établissements et services du secteur médico-social auprès de personnes vulnérables et, plus nettement encore, la nécessité d'assurer la continuité des soins prodigués par ces structures justifieraient **des mesures de réquisition préfectorale organisant de fait un service minimum en cas de grève**, sous les réserves signalées *supra*, quelle que soit la nature juridique de la structure et indépendamment du fait de savoir si elle gère ou non un service public ;
- pour les mêmes raisons, l'instauration **d'un service minimum peut également être envisagé sans loi dans les établissements et services gérés par une personne morale de droit public**, « *en vue d'assurer l'indispensable continuité du service* », pour éviter un usage du droit de grève « *abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ou aux besoins essentiels de la Nation* » dans le cadre et les limites de la jurisprudence Dehaene ;

- de même, la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation semble admettre qu'un **service minimum de sécurité puisse être instauré dans le cadre d'un accord collectif de travail** pour les établissements et services gérés par une personne privée, au regard de la nature des missions du secteur.

De fait, la jurisprudence offre ainsi aux autorités et aux employeurs divers instruments permettant la mise en place d'un service minimum dans le secteur médico-social lorsque les circonstances l'exigent.

Mais la nécessité de respecter les conditions posées par le juge qui renvoient globalement au principe de proportionnalité et à une appréciation des circonstances au cas par cas, ainsi que l'absence d'une procédure d'application générale dont les termes seraient clairement établis dans l'intérêt de tous (obligation de préavis et de négocier, définition des missions essentielles etc.), constituent un contexte d'incertitudes qui est probablement à l'origine de la demande du législateur visant à ce que soit examiné le cadre constitutionnel d'une législation qui viendrait organiser la mise en œuvre d'un service minimum dans le secteur médico-sociale.

3. Le cadre constitutionnel d'une législation mettant en œuvre un service minimum

Le cadre juridique de l'exercice du droit de grève exposé *supra* s'inscrit pour l'essentiel dans le cadre fixé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel développée à partir de la disposition précitée du préambule de la Constitution du 4 octobre 1946.

Dans le cadre de l'objet du présent document, ce cadre constitutionnel peut être présenté en distinguant, d'une part, les principes généraux encadrant l'intervention du législateur en matière de droit de grève et, d'autre part, les décisions du Conseil constitutionnel plus spécialement consacrées à la conciliation de l'exercice du droit de grève avec la nécessité de maintenir la continuité certaines activités.

3.1. Les principes généraux encadrant l'intervention du législateur en matière de droit de grève

Le Conseil constitutionnel a autorisé le législateur à apporter des restrictions à l'exercice du droit de grève :

- La loi peut « *tracer la limite séparant les actes et les comportements qui constituent un exercice licite de ce droit des actions et comportements qui en constitueraient un usage abusif* » (décisions n°82-144 DC du 22 octobre 1958, n°87-230 DC du 28 juillet 1987) ;
- De même, la loi peut définir les conséquences pécuniaires d'une cessation concertée du travail (décisions n°77-83 DC du 20 juillet 1977, n°87-230 DC du 28 juillet 1987) et prendre « *en considération notamment les règles comptables de liquidation de la rémunération des intéressés ainsi que les contraintes d'ordre pratique inhérentes tant aux modalités de détermination de la cessation de travail qu'au décompte de la durée de la grève, ainsi que l'incidence des grèves d'une durée inférieure à une journée sur le fonctionnement des services publics* ». C'est ainsi que le Conseil a admis la retenue plus que proportionnelle à la durée de la grève puisse, pour les personnels de l'État et des établissements publics de l'État à caractère administratif, contribuer à éviter le recours répété à des grèves de courte durée affectant anormalement le fonctionnement régulier des services publics ;
- Par ailleurs, le Conseil constitutionnel veille à ce que le législateur exerce pleinement sa compétence : s'il peut déléguer au Gouvernement le soin de déterminer des modalités

d'application des conditions d'exercice du droit de grève qu'il fixe (décision n°79-105 DC du 25 juillet 1979), il revient à la loi, sous peine d'incompétence négative, de déterminer le cadre de ces limitations. Cette exigence peut nourrir des interrogations sur la constitutionnalité de la jurisprudence Dehaene ou sur la possibilité, admise par la Cour de cassation, de régir l'exercice du droit de grève par des accords collectifs de travail.

3.2. Les décisions du Conseil constitutionnel plus spécialement consacrées à la conciliation de l'exercice du droit de grève avec la nécessité de maintenir la continuité de certaines activités

Dans le cadre de la Constitution, la loi **peut fixer des limites au droit de grève pour la sauvegarde de l'intérêt général** et ces limites sont particulièrement justifiées dans le cas des services publics. Les considérants de principe du Conseil constitutionnel, inspiré de la jurisprudence Dehaene du Conseil d'Etat, sont apparus en 1979 (DC n° 79-105 du 25 juillet 1979) et n'ont pas été modifiés depuis lors (DC n°86-217 du 18 septembre 1986, DC n°87-230 du 28 juillet 1987 :

- « *Considérant qu'aux termes du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958 : "le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent " ;*
- *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 ;** »*
- la loi peut « *réglementer les conditions dans lesquelles doit être déposé [un] préavis de grève* » sans considération de la nature de l'activité professionnelle dont il s'agit.

Si le Conseil constitutionnel n'a pas eu l'occasion de préciser la teneur des « *besoins essentiels du pays* » justifiant une interdiction totale du droit de grève, les principes de valeur constitutionnelle identifiés par le Conseil comme justifiant des limites à l'exercice du droit de grève sont **la continuité du service public et la protection de la santé et de la sécurité des personnes et des biens**, dès lors que le 11ème alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 dispose que la Nation « *garantit à tous (...) la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs* » (décision n°80-117 DC du 22 juillet 1980 qui admet des restrictions à l'exercice du droit de grève pour les personnes physiques ou morales qui interviennent à quelque titre que ce soit dans les établissements où sont détenues des matières nucléaires).

Le Conseil constitutionnel veille à ce que l'intervention du législateur demeure proportionnée ou nécessaire. Ainsi, dans les secteurs d'activité où l'interdiction du droit de grève n'est pas justifiée, **le législateur ne peut pas confier aux employeurs les moyens d'assurer « l'exécution du service**

normal » et « **la généralité des missions** » du service (DC n° 79-105 du 25 juillet 1979). Autrement dit, dans ces secteurs, le service dont le maintien est assuré par la contrainte doit porter sur un périmètre expressément réduit (un service minimum).

Toutefois, **le législateur peut renvoyer au pouvoir réglementaire les modalités d'application du service minimum**, notamment les services et les catégories de personnels strictement indispensables à son exécution (DC n°86-217 du 18 septembre 1986)

S'agissant de la nature des activités pour lesquelles l'exercice du droit de grève peut faire l'objet de « *les limitations nécessaires* », il convient de relever que le Conseil constitutionnel cite « *notamment* » les services publics. Ainsi, **le champ d'intervention du législateur ne paraît pas circonscrit au seul service public entendu strictement**. Il demeure qu'aucune initiative législative ne permet d'exprimer une position définitive sur ce point : les secteurs dans lesquels le législateur est intervenu pour instaurer des modalités d'organisation particulière d'une activité en cas de grève relèvent tous de missions de service public :

- les établissements et organismes de radiodiffusion et de télévision (lois n°79-634 du 26 juillet 1979 et 86-1067 du 30 septembre 1986) : ont été déclarées contraires à la Constitution les dispositions qui tendaient à imposer non pas un service minimum, mais un service normal en cas de grève ;
- les établissements qui détiennent des matières nucléaires (loi n° 80-572 du 25 juillet 1980) ;
- les services de navigation aérienne (loi n° 84-1286 du 31 décembre 1984) pour lesquels a été instauré un véritable service minimum de sorte que soit assuré certaines missions (la continuité de l'action gouvernementale et l'exécution des missions de la défense nationale ; la préservation des intérêts ou besoins vitaux de la France et le respect de ses engagements internationaux, notamment le droit de survol du territoire ; les missions nécessaires à la sauvegarde des personnes et des biens ; le maintien de liaisons destinées à éviter l'isolement de la Corse, des départements et territoires d'outre-mer et de Mayotte ; la sauvegarde des installations et du matériel de ces services.). La loi, qui n'a pas été soumise au Conseil constitutionnel, renvoie au pouvoir réglementaire la détermination des modalités de son application et habilite le ministre chargé de l'aviation civile pour désigner les personnels indispensables à l'exécution des missions précitées et qui doivent demeurer en fonction ;
- les transports terrestres réguliers de personnes (loi n° 2007-1224 du 21 août 2007) qui vise, par le développement du dialogue social, à une meilleure prévisibilité et à la mise en place d'un service de dessertes prioritaires en fonction des effectifs disponibles, sans établir de service minimum *stricto sensu* ;
- l'accueil des élèves des écoles maternelles et élémentaires (loi n°2008-790 du 20 août 2008) qui n'organise pas un service minimum de l'enseignement, mais institue un nouveau droit à l'accueil des élèves des écoles maternelles ou élémentaires pendant le temps scolaire obligatoire, assuré selon les cas par l'État ou la commune, lorsque les enseignements ne peuvent être dispensés, notamment en cas de grève.

Enfin, la décision rendue par le Conseil constitutionnel (DC n°2007-556 DC du 16 août 2007) sur la loi du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs permet d'observer la nature des questions de constitutionnalité que posent ce type de législation et les réponses qu'apporte le Conseil.

Cette loi, applicable aux services publics de transport terrestre régulier de personnes à vocation non touristique, comprend un volet consacré à la prévention des conflits dans ces entreprises et un second dédié à l'organisation du service en cas de grève. Un « *accord collectif de prévisibilité du service applicable* » en cas de grève doit être conclu pour recenser les catégories d'agents nécessaires pour assurer le « *plan de transport adapté* ». La loi instaure l'obligation pour les salariés d'indiquer quarante-huit heures à l'avance qu'ils ont l'intention de faire grève pour permettre aux collectivités locales de réorganiser le service sur les dessertes les plus importants, en substituant des non-grévistes aux grévistes.

Le Conseil constitutionnel a jugé des points suivants :

- sur l'étendue de la compétence du législateur : la possibilité pour le législateur de renvoyer à la négociation collective (le 8^{ème} alinéa du Préambule de 1946 dispose que « *tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués à la participation collective des conditions de travail* ») ou au décret en matière de droit de grève est admise, dès lors qu'elle demeure très circonscrite. En effet, dans le cas d'espèce, la loi opère un renvoi à la négociation collective et, si aucun accord n'est conclu, au décret. Toutefois, le champ d'intervention de l'accord ou du décret demeure très encadré, car c'est bien la loi qui fixe le délai d'un maximum de trois jours pour réunir les syndicats à compter de la notification de l'intention de dépôt d'un préavis. De même, la loi fixe le délai de négociation préalable d'un maximum huit jours ;
- sur l'exercice du droit de grève, le conseil constitutionnel a admis :
 - o un délai maximum de 13 jours entre la notification des motifs d'une grève potentielle et le début effectif de la grève pour permettre une négociation effective et la mise en place du plan de transport adapté,
 - o le « monopole » accordé aux syndicats représentatifs pour le dépôt des préavis de grève,
 - o la prohibition des « préavis glissants » destiné à éviter le recours à des grèves de courte durée affectant anormalement le fonctionnement régulier des services publics ;
- sur la liberté contractuelle : la loi peut prévoir que les accords de prévention des conflits conclus antérieurement doivent être mis en conformité avec la nouvelle obligation d'instaurer des procédures de prévention des conflits ;
- sur la libre administration des collectivités locales : le législateur doit prévoir l'intervention du représentant de l'Etat pour pourvoir, sous le contrôle du juge, aux difficultés résultant de l'absence de décision de la part des autorités décentralisées lorsque cette absence de décision risque de compromettre le fonctionnement des services publics et l'application des lois ;
- sur l'obligation pour certains salariés de se déclarer grévistes 48 heures avant de participer à la grève (dans le cadre de « l'accord de prévisibilité »: le législateur peut laisser aux partenaires sociaux ou à l'employeur le soin de désigner les agents « *affectés à la nécessité de continuité du service public* » et l'obligation de se déclarer gréviste avant la grève n'est conforme à la Constitution que parce qu'elle ne concerne qu'une partie des salariés (ceux dont la présence détermine directement l'offre de services) ;
- sur la consultation des salariés sur la poursuite du mouvement : la loi peut prévoir une consultation sur la poursuite de la grève qui demeure facultative (elle peut être organisée à l'initiative de l'employeur, d'un syndicat représentatif ou du médiateur désigné), dès lors que le secret du vote est garanti, que le résultat de la consultation ne conditionne pas la

poursuite ou l'interruption de la grève et qu'elle ne confère aucun pouvoir de police à l'employeur.

*

Il ressort de ce panorama que le Conseil constitutionnel a identifié un principe de valeur constitutionnelle (« *la protection de la santé et de la sécurité des personnes et des biens* ») justifiant que, sur un champ d'activités ouvert (au delà du seul service public), l'exercice du droit de grève fasse l'objet de limites tracées par le législateur et pouvant prendre la forme d'un service minimum assorti d'une obligation de préavis.

Dans ces conditions, **l'instauration d'un service minimum par la loi dans le secteur médico-social ne paraît pas – a priori – présenter un risque de constitutionnalité**, sans que soit à établir des distinctions entre les structures selon leur appartenance au service public, à condition toutefois de veiller à ce que les missions à assurer en toute circonstance soient nécessaires au regard de la protection de la santé et de la sécurité des personnes.

Une législation en la matière pourra renvoyer au pouvoir réglementaire ou à la négociation collective les modalités d'application des principes établis par la loi. Si la loi devait confier des prérogatives particulières en la matière à des autorités administratives décentralisées ou au directeur général de l'agence régionale de santé, l'intervention du représentant de l'Etat devrait également être prévue pour pourvoir aux difficultés résultant de l'absence de décision de la part de ces autorités administratives.