

## ÉTUDES

### p. 6 Gilles Trudeau et Frédéric Paré

Pourquoi les *Rights-to-Work Laws* aux États-Unis ?

### p. 18 Yaelsy Lafita Cobas

Les travailleurs indépendants à Cuba. Un regard sur la législation du travail cubaine

### p. 28 Ljubinka Kovačević

Évolution du concept de la relation de travail dans le droit serbe : d'un concept autogestionnaire authentique à une (ré)affirmation tardive du concept contractuel

### p. 38 Stani Ondze

L'harmonisation des régimes de protection sociale en Afrique. L'exemple de la Conférence Interafricaine de la Prévoyance Sociale

### p. 48 Antonio Monteiro

Le droit du travail au centre de la crise : un arrêt de la Cour Constitutionnelle portugaise

### p. 58 Francisco Villanueva, Daniel Crespo-Villarreal, Stéphanie Bernstein, Jill Hanley, Sylvie Gravel et Emmanuelle Ostiguy

Les travailleurs étrangers temporaires au Québec : le paradis, un peu plus loin...

### p. 70 Andrea Allamprese

Le cas italien du personnel A.T.A. de l'école publique : violation d'un droit humain ou d'un droit social ?

### p. 80 Nouri Mzid

L'insertion des droits sociaux fondamentaux dans la nouvelle Constitution tunisienne : une effectivité à l'épreuve

## JURISPRUDENCE SOCIALE COMPARÉE

### THÉMATIQUE : LA GRÈVE : ENTRE PROTECTION ET DÉFIANCE DU JUGE

#### p. 89 Allison Fiorentino

Rochelle Le Roux (Afrique du Sud)

Aiqing Zheng (Chine)

Achim Seifert (Allemagne)

## ACTUALITÉS JURIDIQUES INTERNATIONALES

p. 116 Afrique du Sud

p. 118 Algérie

p. 120 Argentine

p. 122 Australie

p. 124 Autriche

p. 126 Bulgarie

p. 128 Chili

p. 130 Colombie

p. 132 Commissions de contrôle  
des Pactes internationaux

p. 134 Conseil de l'Europe

p. 136 Espagne

p. 138 États-Unis

p. 140 Fédération de Russie

p. 142 France - Travail

p. 144 Grèce

p. 146 Hongrie

p. 148 Israël

p. 150 Italie

p. 152 Japon

p. 154 Lituanie

p. 156 OIT

p. 158 Pérou

p. 160 Roumanie

p. 162 Royaume-Uni

p. 164 Serbie

p. 166 UE - Protection Sociale

p. 168 UE - Travail

**JURISPRUDENCE SOCIALE  
COMPARÉE**

COORDONNÉE PAR  
ALLISON FIORENTINO



# LA GRÈVE : ENTRE PROTECTION ET DÉFIANCE DU JUGE

## ÉDITO

**L**e droit de grève n'est pas toujours du goût des employeurs qui tentent de tarir les sources d'inspiration du juge lorsqu'il protège ce droit. L'une de ces sources est incontestablement le droit international, en particulier le droit de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) et de la Convention européenne des droits de l'Homme. À cet égard, il est intéressant d'examiner, au travers de l'article de Mme Fiorentino, la position des instances internationales de l'OIT et du Conseil de l'Europe concernant le droit de grève (I).

Le travail du juge à l'égard du droit de grève ne se limite pas à la définition de ce droit. D'autres questions connexes peuvent surgir. Ainsi, en 2013 et 2014, plusieurs cours sud-africaines ont dû se prononcer sur l'étendue du droit de grève des syndicats minoritaires. Le Professeur Rochelle Le Roux en a fait une analyse (II).

Enfin, il ne faut pas occulter une certaine réticence prétorienne à l'égard du droit de grève comme le prouve la récente condamnation pénale rendue par une juridiction chinoise du district de Guangzhou et présentée par la Professeure Aiqing Zheng (III). De même, le juge allemand, en dépit de la position de la Cour européenne des droits, se montre toujours défavorable au droit de grève des fonctionnaires comme le souligne le Professeur Achim Seifert (IV).

## ALLISON FIORENTINO

Maître de Conférences à l'Université de Clermont-Ferrand  
Centre de recherche Michel de L'Hospital (EA 4232)

### LE DROIT DE GRÈVE ET LES INSTANCES INTERNATIONALES : ENTRE VOLONTÉ DE RECONNAISSANCE, PRESSIONS POLITIQUES ET OBSTACLES JURIDIQUES

**L**e droit de grève est par essence dénué de consensualisme. En raison de la menace qu'il fait peser sur les entreprises, les droits nationaux n'ont pas toujours été favorables à ce droit collectif. Il n'en demeure pas moins que les instances étatiques et les plus hautes juridictions ont dû admettre que la grève est le corollaire nécessaire à l'exercice de certains droits. Ainsi, le droit à la négociation collective n'est rien de plus qu'un droit « à la mendicité collective » s'il n'est pas assorti de l'épée de Damoclès que représente la grève<sup>1</sup>.

Plusieurs cours suprêmes, de différents horizons juridiques, ont reconnu le lien inextricable entre ces deux droits : le Tribunal fédéral du travail allemand<sup>2</sup>, la Chambre des Lords britannique<sup>3</sup>, la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud<sup>4</sup>, la Cour suprême du Canada<sup>5</sup>... Il est, par conséquent, profondément logique que ce raisonnement soit également adopté par les instances internationales lorsqu'elles sont saisies de la question de l'interprétation d'un droit collectif.

Ainsi, le Comité de la liberté syndicale de l'Organisation Internationale du Travail n'adopte en rien un raisonnement révolutionnaire lorsque, saisi de recours à propos d'un manquement à la Convention n° 87, il fait de la grève un corollaire au droit syndical<sup>6</sup>. De même la Cour européenne des droits de l'homme, après quelques atermoiements, a admis que le droit de grève est un mode d'action légitime pour un syndicat et, à ce titre, relève de l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>7</sup>.

Pour autant, il ne faut pas croire que les instances ou juridictions internationales ont développé une jurisprudence qui va dans un sens toujours plus favorable à l'exercice du droit de grève. La Cour européenne des droits de l'homme a

<sup>1</sup> E. Tucker « *Can Worker Voice Strike Back? Law and the Decline and Uncertain Future of Strikes* », *Comparative Research in Law & Political Economy. Research Paper* n° 58/2013, note 6. <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/300> Aussi publié dans Alan Bogg and Tonia Novitz (eds), *Voices at Work: Continuity and Change in the Common Law World*, Oxford University Press, 2014, pp. 455-474.

<sup>2</sup> Arrêt du 10 juin 1980 (Aff. 1 AZR 822/79). Cité dans International Trade Union Confederation (ITUC), *The right to strike and the ILO: the legal foundations*, mars 2014, p.15, note 53. [http://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/ituc\\_final\\_brief\\_on\\_the\\_right\\_to\\_strike.pdf](http://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/ituc_final_brief_on_the_right_to_strike.pdf).

<sup>3</sup> Crofter Hand Woven Harris Tweed v Veitch [1942] AC 43.

<sup>4</sup> NUMWSA v Bader POP (pty) Ltd and Minister of Labour 2003 (2) BCLR 182.

<sup>5</sup> SEIU, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home (1983) 44 O.R. (2d) 392.

<sup>6</sup> J. R. Bellace, « L'OIT et le droit de grève », *Revue internationale du Travail*, Vol. 153, 2014, pp. 31-74 ; J. M. Servais, « Les normes de l'OIT sur la liberté syndicale et leur mise en œuvre », *Revue internationale du Travail*, Vol. 123, 1984, pp. 823-840 ; « The ILO law and the freedom to strike », *The Canadian Labour and Employment Law Journal*, Vol. 15, 2010, pp. 147-163.

<sup>7</sup> Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie [Cour EDH, 3e Sect. 21 avril 2009, req. no 68959/01].

une jurisprudence parfois hésitante. La Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt Viking, rappelle que le droit d'action collective ne peut faire échec à la liberté d'établissement<sup>8</sup>.

En outre, il existe un certain nombre d'obstacles au pouvoir d'instances internationales d'imposer le respect du droit de grève. En témoigne le récent incident diplomatico-juridique dont la Commission tripartite de l'OIT (CIT) a été le théâtre. De 2012 à 2014, les représentants employeurs, contestant la position du Comité de la liberté syndicale relative au droit de grève, ont paralysé le fonctionnement de la CIT empêchant le processus normal de contrôle de l'application des conventions.

Un autre obstacle réside dans le manque de pouvoir des structures dont la nature juridictionnelle peut être contestée. C'est le cas du Comité d'experts indépendants chargé d'examiner les réclamations en cas de non-respect de la Charte sociale européenne révisée. Depuis plusieurs années, ce comité a attiré l'attention de la France sur le fait que son droit méconnaît l'article 6§4 qui reconnaît le droit de grève<sup>9</sup>.

Cet article a pour objet d'examiner l'attitude à l'égard des instances internationales à l'égard du droit de grève. Ne seront examinés que les instances de l'OIT (I) et celles du Conseil de l'Europe (II).

## I - L'Organisation Internationale du Travail

Il existe plusieurs instances qui oeuvrent au sein de l'OIT et deux d'entre elles ont joué un rôle capital dans la reconnaissance du droit de grève<sup>10</sup>. Tout d'abord il s'agit du Comité de la liberté syndicale. Institué en 1951, il est chargé d'examiner les plaintes faisant état de violations de deux conventions jugées fondamentales : la convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical et la convention n° 98 sur le droit d'organisation et la négociation collective<sup>11</sup>. Il s'agit ensuite de la Commission d'experts, créée en 1926, afin d'examiner les rapports des États membres sur les conventions ratifiées.

Le Comité de la liberté syndicale s'est très tôt prononcé en faveur d'une reconnaissance du droit de grève. Dans une décision de 1952, ce Comité avait affirmé que : « Le droit de grève et celui d'organiser des réunions syndicales sont des éléments essentiels du droit syndical »<sup>12</sup>. A cette époque cette décision n'avait suscité aucune controverse<sup>13</sup>. S'enhardissant, le Comité avait déclaré dans le cas n° 163 relatif au Myanmar que : « les allégations concernant le droit de grève n'échappent pas à sa compétence (du Comité) quand elles mettent en cause la liberté syndicale »<sup>14</sup>.

Le Comité n'a pas « découvert » un droit de grève ex nihilo. Saisi de réclamations sur d'éventuels manquements aux conventions n° 87 et 98, il a interprété ces textes comme incluant un droit de grève. Plus précisément il s'est appuyé sur l'article 3 de la convention n° 87 qui dispose : « Les organisations de travailleurs et d'employeurs ont le droit d'élaborer leurs statuts et règlements administratifs, d'élire librement leurs représentants, d'organiser leur gestion et leur activité, et de formuler leur programme d'action ».

<sup>8</sup> CJCE, 11/12/2007, aff. C-438/05, considérants 40 à 47.

<sup>9</sup> Ces conclusions ont été réitérées en 2001, 2002, 2004, 2006, 2010 et 2015.

<sup>10</sup> Aucune convention ou recommandation ne reconnaît le droit de grève. Un texte y fait cependant allusion : la recommandation n° 92 sur la conciliation et l'arbitrage volontaires de 1951 qui dispose en son article 7 : «Aucune disposition de la présente recommandation ne pourra être interprétée comme limitant d'une manière quelconque le droit de grève».

<sup>11</sup> Ces textes ont été jugés tellement fondamentaux qu'ils ont été incorporés dans la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail adoptée en 1998.

<sup>12</sup> Cas n° 28 (Royaume-Uni), § 68.

<sup>13</sup> International Trade Union Confederation (ITUC), *The right to strike and the ILO: the legal foundations, op. cit.*, p. 24.

<sup>14</sup> Rapport n° 27, 1958, Cas n° 163 (Myanmar) § 51.

Aucun doute ne peut subsister au sujet de la réitération constante de cette reconnaissance par le Comité de la liberté syndicale. Pour s'en convaincre il suffit de lire les publications parues à ce sujet<sup>15</sup> ou des extraits du Recueil des décisions du Comité<sup>16</sup>.

La Commission d'experts a suivi cette position à partir 1959. Dans un document publié à cette date, la Commission considère<sup>17</sup> qu'il existe une possibilité que l'interdiction du droit de grève aille à l'encontre de l'article 8, paragraphe 2, de la convention n° 87<sup>18</sup>. Lors de la publication d'une étude d'ensemble de 1994 sur l'application des conventions n° 87 et 98, il affirme clairement que : « le droit de grève est un corollaire indissociable du droit d'association protégé par la convention n° 87 »<sup>19</sup>.

Les représentants d'employeurs présents à la Conférence internationale du Travail et à la Commission de l'application des normes de la Conférence (CIT) n'ont jamais contesté l'existence même d'un droit de grève seulement son étendu<sup>20</sup>. Au début de l'année 2012, un incident imprévu révéla une nouvelle position des employeurs à ce sujet. Le porte parole du représentant des employeurs à la Conférence internationale du travail annonça qu'il n'y aurait aucune discussion de la CIT à propos du droit de grève. En d'autres termes, et contrairement à la coutume, les représentants des employeurs refusaient que soit examinée la question d'une éventuelle méconnaissance du droit de grève par les États membres<sup>21</sup>.

Argumentant leur position sur par le fait que le droit de grève n'a jamais été reconnu par une convention de l'OIT et par le fait que le Comité de la liberté syndicale avait outrepassé ses fonctions en créant de toute pièce un droit, les représentant des employeurs ont obstinément refusé tout dialogue. Persistant dans leur attitude de nombreux mois, les employeurs ont même refusé, en novembre 2014, que la question soit renvoyée devant la Cour internationale de justice pour un avis consultatif<sup>22</sup>.

<sup>15</sup> R. Ben Israel, *International Labour Standards: The Case of Freedom to Strike*, Kluwer Law and Taxation, 1988, pp. 64-66; B. Creighton, « Chapter 11. Freedom of association », in Roger Blanpain, Jim Baker (eds.) *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Kluwer Law International, 2010, pp. 331-338; E. Gravel, I. Duplessis, B. Gernigon, *Le Comité de la liberté syndicale : quel impact depuis sa création ?*, Genève, Bureau international du Travail, 2<sup>ème</sup> éd., 2002, [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_087815.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_087815.pdf); B. Gernigon, A. Odero, H. Guido, *Les principes de l'OIT sur le droit de grève*, Genève, Bureau international du Travail, 2000, [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_087988.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_087988.pdf); T. Novitz, *International and European Protection of the Right to Strike*, Oxford University Press, 2003, p. 192.

<sup>16</sup> BIT, *La liberté syndicale. Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT*, Genève, Bureau international du Travail, 5<sup>ème</sup> éd., 2006, § 520-676 ; [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_090633.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_090633.pdf).

<sup>17</sup> Citation rapportée par L. Swepston, « Human rights law and freedom of association: Development through ILO supervision, Development of freedom of association through ILO », *International Labour Review*, Vol. 137, n° 2, 1998, pp. 170-194, spéc. p. 187. V. également B. Gernigon, A. Odero, H. Guido, *Les principes de l'OIT sur le droit de grève*, op. cit., p. 8.

<sup>18</sup> Ce texte dispose : « La législation nationale ne devra porter atteinte ni être appliquée de manière à porter atteinte aux garanties prévues par la présente convention ».

<sup>19</sup> BIT, Liberté syndicale et négociation collective. Étude d'ensemble des rapports sur la convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948, et la convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, §179, p. 80. <http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09662/09662%281994-81-4B%29.pdf>.

<sup>20</sup> A. Wisskirchen, C. Hess, *Employer's Handbook on ILO Standards-Related Activities*, International Labour Office, Genève, 2001, pp. 35- 36, [http://www.ilo.org/public/english/dialogue/actemp/downloads/projects/employers\\_handbook\\_en.pdf](http://www.ilo.org/public/english/dialogue/actemp/downloads/projects/employers_handbook_en.pdf); J.-M. Verdier, « Débat sur le droit de grève à la Conférence internationale du Travail », *Dr. soc.*, Déc. 1994, pp. 968-971.

<sup>21</sup> K. D. Ewing, « Myth and Reality of the Right to Strike as a Fundamental Labour Right », *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2013, Vol. 29, n° 2, pp. 145-165; International Trade Union Confederation (ITUC), *The right to strike and the ILO: the legal foundations*, op. cit., p. 5; C. La Hovary, « Showdown at the ILO? A Historical Perspective on the Employers' Group's 2012 Challenge to the Right to Strike », *Industrial Law Journal* 2013, Vol. 42, n° 4, pp.338-368; L. Swepston, « Crisis in the ILO supervisory system: Dispute over the right to strike », *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2013, vol. 29, n° 2, pp. 199-218.

<sup>22</sup> <http://www.europaforum.public.lu/fr/actualites/2015/02/pe-droit-greve-oit/index.html>.

Afin de sortir de l'impasse, une réunion tripartite a été organisée à Genève et a débouché le 23 février 2015 sur une victoire en faveur du droit de grève. En effet une déclaration conjointe du Groupe des travailleurs et du Groupe des employeurs adoptée à l'issue de cette réunion dispose : « Les mandants de l'Organisation internationale du Travail reconnaissent aux travailleurs et aux employeurs le droit de mener des actions collectives pour défendre leurs intérêts professionnels légitimes<sup>23</sup> ». Cette déclaration favorable au droit de grève ne permet pour autant de présager d'un avenir dénué de tout conflit ou de tout changement. Le droit de grève connaît parfois une éclatante victoire avant d'être désavoué, ou tout du point atténué comme en témoigne la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme.

## II - Les instances du Conseil de l'Europe

Le Conseil de l'Europe repose sur deux traités, l'un protégeant les droits civils et politiques (la Convention européenne des droits de l'Homme) et l'autre les droits sociaux (la Charte sociale européenne). Cette présentation ne met cependant pas en lumière l'inégalité fondamentale qui oppose ces deux textes. Alors que la Convention européenne des droits de l'Homme est dotée d'un redoutable mécanisme de contrôle qui en assure l'effectivité, les manquements à la Charte sociale ne sont condamnés que par une institution non juridictionnelle<sup>24</sup> et dont les décisions sont dépourvues de conséquences pécuniaires.

À l'inverse des conventions de l'OIT qui ne reconnaissent pas explicitement le droit de grève, la Charte sociale européenne le proclame solennellement en son article 6§4<sup>25</sup>. Malheureusement, l'instance compétente pour se prononcer sur des manquements (le Comité européen des Droits sociaux) rend des décisions privées de la force obligatoire attachée aux arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme. Tout au plus, le Comité des Ministres peut adopter une recommandation à l'adresse de l'État qui méconnaît la Charte<sup>26</sup>.

Cette situation est particulièrement regrettable car nombre de pays signataires de la Charte enfreignent impunément son article 6§4. Il en va ainsi du droit français. Dans ses conclusions de janvier 2015<sup>27</sup>, le comité européen des droits sociaux reprochait une nouvelle fois à l'État français la méconnaissance de l'article 6§4. D'une part Le Comité conclut que la situation de la France n'est pas conforme à la Charte au motif que seuls les syndicats représentatifs ont le droit de déclencher une grève dans le secteur public. D'autre part, il souligne que le législateur français maintient une retenue sur salaire mensuel de 1/30<sup>e</sup> du salaire des fonctionnaires de l'État et des agents d'autres services publics nationaux pour des grèves de moins d'un jour, quelle que soit leur durée. Il ne conclut pas à la violation de la Charte pour autant mais attend des explications de l'État français sur ce point pour rendre sa décision<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> Organisation Internationale du Travail, Réunion tripartite sur la convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948, pour ce qui est du droit de grève ainsi que les modalités et pratiques de l'action de grève au niveau national, Genève 23-25 février 2015, TMFAPROC/2015/2, Annexe 1, p. 2 ; [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_346765.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_346765.pdf).

<sup>24</sup> Il existe un débat concernant la nature de cette instance. R. Brillat, « La mise en oeuvre des droits sociaux fondamentaux: remarques générales », in *La protection des droits sociaux fondamentaux en Europe par la Charte sociale européenne: actes du colloque de Sofia, juillet 2000*, Conseil de l'Europe, 2001, p. 90 ; J-M. Belorgey, « La Charte sociale du Conseil de l'Europe et son organe de régulation : le Comité européen des droits sociaux », RDSS 2007, p. 226 ; J-P. Marguenaud, J. Mouly, « Le Comité européen des Droits sociaux, un laboratoire d'idées sociales méconnu », RDP 2011, n° 3, p. 685.

<sup>25</sup> « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit de négociation collective, les Parties (...) reconnaissent le droit des travailleurs et des employeurs à des actions collectives en cas de conflits d'intérêt, y compris le droit de grève, sous réserve des obligations qui pourraient résulter des conventions collectives en vigueur. ».

<sup>26</sup> Article 9 du Protocole prévoyant un système de réclamations collectives, STCE n° 158.

<sup>27</sup> Comité européen des Droits sociaux, Conclusions, janvier 2015 ; [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/Prep/France2014\\_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/Prep/France2014_fr.pdf).

<sup>28</sup> *Ibid* p. 38.

La France n'est pas le seul État à avoir été rappelé à l'ordre pour méconnaissance de l'article 6§4. Ainsi le 8 décembre 2014<sup>29</sup>, l'Arménie s'est attiré le même reproche aux motifs que :

- la majorité requise de travailleurs pour déclencher une grève est trop élevée ;
- il n'est pas établi que les salariés grévistes sont protégés contre le licenciement après une grève.

De même le 5 décembre 2014<sup>30</sup>, le Comité conclut que le droit de la Bulgarie n'est pas conforme à l'article 6§4 de la Charte aux motifs que :

- la grève est interdite au personnel civil relevant du ministère de la Défense ;
- la restriction du droit de grève des personnels des chemins de fer ne respecte pas la Charte ;
- les fonctionnaires ne sont autorisés qu'à recourir à des actions symboliques et n'ont pas le droit de grève ;
- l'obligation de notifier à l'employeur ou à ses représentants la durée des grèves avant le début de celles-ci ne respecte pas la Charte.

Très différente est la situation qui prévaut devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Ses décisions sont assorties de la force obligatoire et de sanctions pécuniaires. Cela étant la Cour n'est pas chargée d'assurer le respect de la Charte sociale européenne mais de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce texte est dénué de référence expresse au droit du travail à l'exception de l'article 4 qui interdit le travail forcé et de l'article 11 qui précise que le droit à la liberté d'association comprend aussi le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'y affilier pour la défense de ses intérêts. A priori, la Convention n'est pas une source de protection du droit de grève. Toutefois il ne faut pas occulter l'interprétation extensive de la Convention par la Cour européenne.

La Cour européenne n'a pas toujours été favorable à l'utilisation de la Convention dans des situations relevant du droit du travail. Ainsi, dans un arrêt de 1975, elle avait refusé de consacrer un droit des syndicats à la consultation (que les requérants estimés fondé sur l'article 11 de la Convention) au motif de l'existence de la Charte sociale qui avait vocation à s'appliquer en droit du travail<sup>31</sup>. Cette position ne devait pas durer puisque aujourd'hui la Cour européenne rend des arrêts qui ont une incidence en droit du travail, à tel point que le professeur Marguénaud venait à se demander si le moment n'était pas venu pour la Cour de s'affirmer comme une véritable juridiction européenne de droit du travail, que personne ne lui a jamais demandé de devenir<sup>32</sup>.

Concernant le droit de grève, la Cour a eu une position fluctuante. En 1976, elle avait expressément affirmé que l'article 11 ne garantissait pas le droit de grève<sup>33</sup>. En 2002, elle avait déclaré irrecevable une requête de grévistes sanctionnés qui plaiaient la violation de l'article 11 de la Convention mais, chose curieuse, elle avait longuement analysé leur demande<sup>34</sup>. En 2007, un nouveau pas avait été franchi lorsque la Cour avait considéré qu'un salarié sanctionné pour avoir participé à une journée nationale d'action, avait été victime d'une violation des droits garantis par l'article 11<sup>35</sup>. La recon-

<sup>29</sup> Conclusions 2014 - Arménie, 2014/def/ARM/6/4/FR.

<sup>30</sup> Conclusions 2014 - Bulgarie, 2014/def/BGR/6/4/FR.

<sup>31</sup> « Au demeurant, les questions touchant aux syndicats ont été traitées en détail dans une autre convention, élaborée elle aussi dans le cadre du Conseil de l'Europe, la Charte sociale du 18 octobre 1961. L'article 6, § 1, de cet instrument oblige les États contractants « à favoriser la consultation paritaire entre travailleurs et employeurs » *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, CEDH 27 oct. 1975, req. 4464/70, § 38.

<sup>32</sup> J.-P. Marguénaud, « Convention Européenne des Droits de l'Homme et droit du travail », Association française de Droit du travail et de la Sécurité sociale, Séance du 21 mars 2008, <http://www.afdt-asso.fr/fichiers/publications/cedh.pdf>.

<sup>33</sup> Schmidt et Dahlström c. Suède, CEDH 6 fév. 1976, req.5589/72, § 36.

<sup>34</sup> Wilson, National union of journalists et autres c. Royaume-Uni, CEDH 2 juill. 2002, req. 30668/96, 30671/96 et 30678/96. Les professeurs Mouly et Marguénaud y voyaient un signe de bon augure pour la future protection du droit de grève par la Cour européenne. J.-P. Marguénaud, J. Mouly, « La Cour européenne des droits de l'homme à la conquête du droit de grève », *RDT Dalloz* 2009, p. 499.

<sup>35</sup> Karaçay c. Turquie, CEDH 27 mars 2007, req.6615/03.



naissance d'un droit de grève rattaché à l'article 11 de la Convention semblait imminente lorsque, quelques semaines plus tard, la Cour détruisait cette espérance à l'occasion d'un autre arrêt<sup>36</sup>.

Quelques mois plus tard l'espoir renaissait grâce à un arrêt de 2009 dans lequel elle consacrait indirectement le droit de grève en se référant notamment à la convention n° 87 de l'OIT et à la Charte sociale européenne<sup>37</sup>. Elle s'appuyait sur ces textes pour déclarer le droit de grève comme un corollaire essentiel de la liberté d'association.

Le 8 avril 2014, la Cour de Strasbourg semble de nouveau méfiante à l'égard de ce droit en rendant un arrêt qui, contre toute attente, manifeste une forme de sévérité envers les actions collective<sup>38</sup>. La question posée à la Cour était de savoir si l'interdiction des grèves de solidarité était ou non conforme à l'article 11. La grève de solidarité est le mouvement organisé dans une entreprise pour soutenir les revendications professionnelles d'autres grévistes. Au Royaume-Uni un tel mouvement est interdit<sup>39</sup>. La Cour rejeta la requête des syndicats demandeurs à l'action en considérant que le droit britannique était en parfaite conformité avec la Convention européenne.

Non seulement la position conservatrice de la Cour surprend mais son argumentation a été soumise aux feux de la critique. En effet, parmi les motifs au soutien de sa décision, certains semblent particulièrement contestables, notamment le quatrième<sup>40</sup>. Selon la Cour l'interdiction totale des actions de solidarité date de 20 ans et n'a jamais été amendée depuis. Il y a donc un consensus démocratique à ce sujet et la Cour ne se reconnaît pas la légitimité nécessaire pour remettre en cause une telle mesure. Cet argument prête à sourire surtout lorsqu'il est comparé avec les audacieuses solutions de la Cour dans certains domaines comme la procréation médicalement assistée.

D'ailleurs, la doctrine ne s'y est pas trompée. Si l'arrêt a suscité assez peu de réactions en France, il a été violemment critiqué notamment par les professeurs britanniques Bogg et Ewing qui n'ont pas hésité à soutenir que le raisonnement de cet arrêt était profondément défectueux et qu'il était le fruit de pressions politiques<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> *Satilmis c. Turquie*, CEDH 17 juill. 2007, req.74611/01, 26876/02 et 27628/02. J.-P. Marguénaud, J. Mouly, « Les incursions de la Cour européenne des droits de l'homme en droit du travail : une oeuvre encore en demi-teinte », *RDT Dalloz* 2008, p. 16.

<sup>37</sup> *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie*, CEDH 21 avr.2009, req. 68959/01, [§ 34]. J.-P. Marguénaud, J. Mouly, « La Cour européenne des droits de l'homme à la conquête du droit de grève », *RDT Dalloz* 2009. p.499 ; A. Veldman, « *The Protection of the Fundamental Right to Strike within the Context of the European Internal Market: Implications of the Forthcoming Accession of the EU to the ECHR* », *Utrecht Law Review* 2013, Vol. 9, n° 1, pp. 104-117.

<sup>38</sup> *R.M.T. c. Royaume-Uni*, CEDH 8 avr. 2014, req. 31045/10.

<sup>39</sup> Seuls trois autres États en Europe l'interdisent totalement : l'Autriche, les Pays-Bas et le Luxembourg. W. Warneck, *La réglementation des grèves dans l'Union des 27 et au-delà. Synthèse comparative*, Institut syndical européen pour la Recherche, la Formation et la Santé et Sécurité, 2008, Bruxelles, <https://www.etui.org/Publications2/Reports/Strike-rules-in-the-EU27-and-beyond>.

<sup>40</sup> §99.

<sup>41</sup> A. Bogg, K. D. Ewing, « *The implications of the RMT case* », *Industrial Law Journal* 2014, vol. 43, pp. 221-252, spéc. p. 221.

## ROCHELLE LE ROUX

University of Cape Town, Institute of Development and Labour Law

### LE PRINCIPE DE LA MAJORITÉ EST-IL TOUJOURS APPLIQUÉ EN AFRIQUE DU SUD ?

**L**a loi sud-africaine en matière de grève a souvent été reconnue comme étant un modèle du genre. Toutefois, au cours de ces dernières années, non seulement les grèves sont devenues extrêmement violentes, mais les statistiques officielles montrent que les syndicats<sup>1</sup> méprisent régulièrement les dispositions légales sur la protection des grèves. Par exemple, en 2013, 52 % des grèves n'étaient pas protégées<sup>2</sup>. On a souvent suggéré que la rivalité entre syndicats et la position marginalisée des syndicats minoritaires sont en partie responsables de cette situation. En Afrique du Sud, la fédération de syndicats la plus influente est le Congrès des syndicats sud-africains (COSATU) qui a toujours respecté le principe d'un syndicat unique par industrie. Cependant, en raison de son éclatement actuel, les rivalités et la présence de multiples syndicats sur le lieu de travail risquent d'être source de davantage de litiges. C'est dans ce contexte que sont présentés les jugements sud-africains concernant les deux thèmes suivants :

- La mesure dans laquelle les syndicats minoritaires peuvent se mettre en grève pour améliorer les conditions de travail ainsi que les droits syndicaux. Ce thème porte sur l'application de ce qu'on appelle généralement le « principe de la majorité » (Section B).

- La mesure dans laquelle les membres non syndiqués et ceux de syndicats minoritaires peuvent participer à une grève appelée par un syndicat majoritaire sans délai de préavis, et l'application de ce principe dans le cas d'un lock-out (secondaire) (Section B).

La Section A propose un bref aperçu du paysage législatif concernant le droit de grève, ainsi que de ses limites. Les remarques finales sont résumées dans un paragraphe de conclusion.

## Section A - Paysage législatif et limites générales du droit de grève

La Constitution sud-africaine dispose que tout travailleur a droit à des pratiques de travail équitables et qu'un travailleur a le droit de fonder un syndicat, d'y adhérer et de faire grève. Elle dispose aussi que les syndicats ont le droit de s'organiser et de mener des négociations collectives<sup>3</sup>. Le droit à la liberté d'association et le droit de manifester pacifiquement et de faire le piquet de grève sont également garantis par la Constitution. Cependant, comme dans de nombreuses constitutions, son champ d'application est limité selon les termes de l'article 36, paragraphe 1 de la Consti-

<sup>1</sup> Les termes « syndicats » et « groupes de syndicats » sont utilisés de la même manière dans ce document.

<sup>2</sup> <http://www.labour.gov.za/DOL/downloads/documents/annual-reports/industrial-action-annual-report/2013/industrialactionreport2013.pdf>.

<sup>3</sup> Article 23 de la Constitution.

tution (la « clause de limitation »).

Qu'il s'agisse de l'application de la clause de limitation, ou bien de l'interprétation de la législation, la Constitution accorde une très grande importance au droit international. Les Conventions de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) et les rapports de ses organes de contrôle ont été identifiés comme des sources pertinentes de droit international.

Le contenu du droit de grève accordé par la Constitution, ainsi que les limites de ce droit, sont décrits dans la Loi n° 66 de 1995 sur les relations de travail (LRA) (*Labour Relations Act 66 of 1995*). La LRA impose un certain nombre d'exigences procédurales avant le début du mouvement de grève, telles qu'un préavis et une conciliation<sup>4</sup>. Toutefois, une exigence qui est courante dans d'autres juridictions, à savoir le vote, n'est pas nécessaire. Les limites substantielles portent sur les clauses de paix, les conventions d'arbitrage ou les questions faisant l'objet d'un arbitrage ou d'un jugement selon la législation du travail<sup>5</sup>. Les grèves répondant à ces restrictions sont protégées<sup>6</sup>. Les grèves non protégées peuvent être interdites par le Tribunal du travail et les grévistes licenciés pour faute.

## Section B - Syndicats minoritaires et limites du droit de grève

Afin de comprendre la capacité des syndicats minoritaires à entamer un mouvement de grève, de manière générale et plus particulièrement en vue d'obtenir des droits d'organisation, il est nécessaire d'expliquer brièvement au préalable le fonctionnement de la LRA à l'égard des conventions collectives et des droits d'organisation.

Les conventions collectives se définissent comme des accords écrits sur les conditions générales de travail ou tout autre sujet représentant un intérêt mutuel pour les syndicats enregistrés et un employeur. L'article 23(1)(d) de la LRA prévoit que les conventions collectives peuvent être étendues aux salariés n'étant pas membres du ou des syndicats qui sont parties à cette convention. Pour cela, une condition importante est que les membres du ou desdits syndicats représentent la majorité des salariés de l'employeur sur le lieu de travail. Les conventions collectives selon les termes de l'article 23 de la LRA concernent généralement les salaires et les conditions générales d'emploi. En pratique, cela veut dire qu'un syndicat majoritaire (voire deux ou plusieurs syndicats représentant la majorité) sur un lieu de travail peut s'accorder sur la question des salaires avec l'employeur et étendre cette convention aux salariés non syndiqués ou à ceux dont le syndicat ne fait pas partie de la convention collective (généralement un syndicat minoritaire). En outre, si la convention collective contient une clause de paix, en vertu de l'application de l'article 65 de la LRA, le syndicat minoritaire ne doit pas entamer de mouvement de grève en vue d'obtenir de meilleurs salaires pendant la durée de la clause de paix.

La LRA prévoit des droits d'organisation prévus par la loi, tels que l'accès au lieu de travail pour les syndicats<sup>7</sup>, des déductions des cotisations syndicales<sup>8</sup>, un congé accordé aux responsables syndicaux afin qu'ils participent aux activités syndicales<sup>9</sup>, l'élection de délégués syndicaux<sup>10</sup>, et le droit à la divulgation de certaines informations<sup>11</sup>. La LRA accorde (de plein droit) des droits d'organisation uniquement aux syndicats suffisamment représentatifs et leur permet, en cas de conflit concernant leur représentativité et d'échec des négociations, d'établir ces droits soit par un arbitrage, soit par

<sup>4</sup> Article 64 de la LRA.

<sup>5</sup> Article 65 de la LRA. On affirme souvent que les grèves sont permises dans le cadre de « conflits d'intérêts » (conflits à propos de la création de nouveaux droits), mais pas dans celui de « conflits de droits » (conflits sur l'interprétation et l'application de droits existants). Cependant, cette distinction n'est pas exprimée formellement dans la LRA.

<sup>6</sup> Article 67 de la LRA.

<sup>7</sup> Article 12 de la LRA.

<sup>8</sup> Article 13 de la LRA.

<sup>9</sup> Article 15 de la LRA.

<sup>10</sup> Article 14 de la LRA.

<sup>11</sup> Article 16 de la LRA.

un mouvement de grève<sup>12</sup>. Dans le cas des trois premiers droits d'organisation suscités, « suffisamment représentatifs » désigne un syndicat, ou plusieurs syndicats agissant conjointement, représentant une part substantielle des salariés travaillant pour un employeur sur un lieu de travail, sans forcément représenter la majorité des salariés. Toutefois, dans le cas des deux derniers droits d'organisation suscités, « suffisamment représentatifs » désigne un syndicat, ou plusieurs syndicats agissant conjointement, représentant la majorité des salariés sur le lieu de travail de l'employeur. Dans le contexte des droits d'organisation, l'article 18 de la LRA stipule également qu'un employeur et un syndicat majoritaire (dans ce cas, la LRA ne prévoit pas que deux ou plusieurs syndicats forment conjointement la majorité) peuvent conclure une convention collective établissant un seuil de représentativité requis en ce qui concerne le droit d'accès au lieu de travail, les cotisations syndicales ainsi que les congés pour activités syndicales. En d'autres termes, ce mécanisme peut être utilisé pour marginaliser encore plus les syndicats minoritaires. Par exemple, l'employeur et le syndicat majoritaire peuvent convenir conjointement que les cotisations syndicales pourront être déduites pour les membres d'un autre syndicat uniquement dans le cas où celui-ci atteint 25% de représentativité sur le lieu de travail.

Les articles 23, paragraphe 1(d) et 18 de la LRA (ainsi que ceux n'accordant des droits d'organisation qu'aux syndicats majoritaires) sont des expressions claires de principe de la majorité. Étant donné qu'un syndicat ne peut pas faire grève s'il est lié par une convention collective (même s'il est soumis à cette convention par extension et non par un accord direct)<sup>13</sup>, il se peut que ces deux articles limitent le droit de grève des syndicats minoritaires. Ou bien la LRA fait-elle une distinction entre les conventions collectives aux termes de l'article 23, paragraphe 1(d) et celles de l'article 18 de la LRA réglementant les droits d'organisation ?

En 2003, dans l'affaire *Bader Bop*<sup>14</sup>, la Cour constitutionnelle a examiné la question de savoir si un syndicat minoritaire qui reconnaissait ne pas être représentatif pouvait négocier et faire grève afin d'obtenir la reconnaissance de ses délégués syndicaux. En l'espèce, le syndicat ne faisait pas l'objet d'une convention collective qui lui était étendue aux termes de l'article 23, paragraphe 1(d) de la LRA, et aucune convention collective ne réglementait les droits d'organisation aux termes de l'article 18 de la LRA. La Cour constitutionnelle s'est basée sur le principe général que si un syndicat est autorisé à négocier collectivement sur un sujet précis, il est également autorisé à entamer un mouvement de grève sur ce sujet<sup>15</sup>, sous réserve de certaines limites reconnues. Étant donné qu'aucune des limites reconnues par la LRA n'était présente en l'espèce<sup>16</sup>, la cour a conclu que la reconnaissance des délégués syndicaux constitue un argument légitime de négociation et de mouvement de grève d'un syndicat minoritaire<sup>17</sup>. La Cour constitutionnelle a établi que cela serait cohérent avec la position de l'OIT selon laquelle la liberté d'association peut être maintenue dans un système accordant un traitement de faveur aux syndicats représentatifs, à condition que « les syndicats minoritaires soient autorisés à exister, à s'organiser, à représenter leurs membres à l'égard de plaintes individuelles et à chercher à contester les syndicats majoritaires occasionnellement »<sup>18</sup>.

Cela soulève la question de savoir si une convention collective, que ce soit aux termes de l'article 23, paragraphe 1(d) ou de l'article 18 de la LRA, peut limiter le droit de grève d'un syndicat minoritaire qui n'est pas partie à cette convention ?<sup>19</sup>

<sup>12</sup> Article 21 avec l'article 65(2) de la LRA.

<sup>13</sup> Voir l'article 65(1)(a) de la LRA.

<sup>14</sup> *National Union of Metalworkers of South Africa and Others v Bader Bop (Pty) Ltd and Another* 2003 (3) SA 513 (CC).

<sup>15</sup> *Ibid* par 43.

<sup>16</sup> *Transnet Soc Ltd v National Transport Movement et autres* [2014] 1 BLLR 98 (TT).

<sup>17</sup> *Ibid* par 45.

<sup>18</sup> *Ibid* par 32.

<sup>19</sup> Voir T Cohen « Limiting Organisational Rights of Minority Unions : POPCRU v Ledwaba 2013 11 BLLR 1137 (TT) » 2014 (17)5 *Potchefstroom Electronic Law Journal*.

## *Article 23, paragraphe 1(d) de la LRA*

L'affaire *Chambre des Mines*<sup>20</sup> a été jugée par le Tribunal du travail en 2014. Les employeurs parties au litige possèdent plusieurs exploitations de mines d'or. L'Association of Mineworkers & Construction Union (AMCU) représentait la majorité des salariés de certaines mines individuelles, et non de l'ensemble des exploitations. Les employeurs ont conclu une convention collective portant sur les salaires et les conditions de travail avec trois syndicats (mais pas l'AMCU) représentant collectivement la majorité des salariés de l'ensemble des exploitations. La convention collective a ensuite été étendue à l'AMCU, selon l'article 23, paragraphe 1(d) de la LRA. Toutefois, l'AMCU a affirmé que les mines individuelles étaient toutes des lieux de travail distincts, et que, étant donné qu'elle détenait la majorité dans certaines de ces mines, la convention collective ne pouvait pas être étendue aux dites mines. Elle a entamé un mouvement de grève afin d'obtenir de meilleurs salaires dans les mines individuelles où elle détenait la majorité, mais les employeurs ont prétendu qu'elle était soumise à la convention collective et qu'il lui était donc interdit de faire grève. En décidant une interdiction finale de la grève, le tribunal a jugé que les mines individuelles partageaient plusieurs services centraux (par exemple les ressources humaines, la gestion financière et la planification de la production) et que chaque mine n'était pas une exploitation indépendante, et n'était donc pas un lieu de travail individuel.

Au cours du débat devant le Tribunal du travail, l'AMCU a remis en question la constitutionnalité du principe de la majorité de l'article 23, paragraphe 1(d) de la LRA, car celle-ci limite le droit constitutionnel des syndicats minoritaires de faire grève dans certains cas. Le Tribunal du travail a jugé qu'elle était cohérente avec le droit constitutionnel et n'était pas anticonstitutionnelle. De fait, le tribunal a souligné que le but du principe de la majorité est de promouvoir des négociations collectives harmonieuses et améliorer la paix sociale<sup>21</sup>. Appliquant la clause de limitation de la Constitution, le Tribunal du Travail a jugé que l'article 23, paragraphe 1(d) de la LRA servait un but légitime et était proportionné car il n'existe pas d'autres moyens d'y parvenir. Le tribunal a conclu que « si un employeur et un syndicat partie à une convention collective devaient se voir refuser le droit d'étendre leur convention aux salariés non-membres, les négociations collectives seraient caractérisées par l'opportunisme, constituant ainsi une menace pour la formation de relations stables. Dans la mesure où cela implique une limitation du droit de grève... c'est entièrement justifiable<sup>22</sup>.

Il convient de souligner que ce verdict ne porte que sur une convention collective aux termes de l'article 23, paragraphe 1(d) de la LRA, qui ne concerne normalement que la réglementation des conditions générales d'emploi. Mais ce sentiment peut-il être légitimement appliqué aux droits d'organisation et à une convention collective prévus à l'article 18 de la LRA ?

## *Article 18 de la LRA*

À cet égard, il existe deux jugements contradictoires du Tribunal du travail en 2014. Dans l'affaire *POPCRU*<sup>23</sup>, le tribunal devait décider s'il était possible ou non pour un employeur de conclure une convention collective concernant des droits d'organisation avec un syndicat minoritaire qui n'atteignait pas les seuils de représentativité définis dans une convention collective aux termes de l'article 18 de la LRA (en d'autres termes, contrairement à l'affaire *Bader Bop*, la question était réglée par une convention collective aux termes de l'article 18 de la LRA). Le tribunal, qui était clairement méfiant vis-à-vis des complications que présentait la multiplication des syndicats<sup>24</sup>, a jugé qu'une convention collective n'était pas différente d'une autre simplement parce qu'elle réglementait les droits d'organisation<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> *Chamber of Mines of South Africa obo Harmony Gold Mining Company Ltd and Others c Association of Mineworkers of SA et Autres ; en réponse à : Association of Mineworkers and Construction Union and Others v Chamber of Mines of South Africa obo Harmony Gold Mining Company Ltd et Autres* [2014] 9 BLLR 895 (TT).

<sup>21</sup> *Ibid* pars 69, 71 et 73.

<sup>22</sup> *Ibid* par 69.

<sup>23</sup> *Police & Prisons Civil Rights Union c Ledwaba NO & autres* (2014) 35 ILJ 1037 (TT).

<sup>24</sup> *Ibid* par 46.

<sup>25</sup> *Ibid* par 44.

Une convention collective, y compris celle prévue par l'article 18, qui répond aux exigences de l'article 23, paragraphe 1(d), lie les personnes n'étant pas parties à la convention<sup>26</sup>.

D'après l'article 65 de la LRA, elles n'ont donc pas le droit de faire grève à propos de cette question (dans ce cas, les droits d'organisation)<sup>27</sup>.

En admettant qu'il s'agisse ici d'une interprétation correcte de la LRA, cela pose la question de savoir si elle ne limite pas la capacité des syndicats minoritaires à s'organiser et à représenter leurs membres, si elle est cohérente avec la vision du principe de la majorité de l'OIT et si elle est justifiable d'un point de vue constitutionnel. Alors que le principe de la majorité peut être justifié, comme dans l'affaire *Chambre des Mines*, dans le cadre de négociations collectives concernant les conditions de travail, des intérêts et aspects pratiques différents sont en jeu en termes de droits d'organisation et c'est peut être simplement trop évident pour ne pas faire la distinction<sup>28</sup>.

C'est peut-être la raison pour laquelle le Tribunal du travail a adopté une approche un peu plus conservatrice<sup>29</sup> dans un autre jugement rendu en 2014. Dans l'affaire *Transnet*, le tribunal devait décider si un syndicat minoritaire qui n'atteignait pas le seuil de représentativité pour les droits d'organisation définis dans une convention collective aux termes de l'article 18 de la LRA (entre l'employeur et quatre syndicats formant ensemble une majorité) pouvait faire grève en vue d'obtenir sa reconnaissance. Le syndicat minoritaire n'était pas partie à cette convention collective et ladite convention ne s'étendait pas non plus aux non-parties aux termes de l'article 23, paragraphe 1(d) de la LRA. La limitation du droit de grève de l'article 65 de la LRA s'appliquait-elle quand même ? En appliquant le raisonnement de l'affaire *POPCRU* selon lequel une convention concernant des droits d'organisation aurait le même effet qu'une extension aux termes de l'article 23, paragraphe 1(d), le syndicat minoritaire n'aurait pas le droit de faire grève pour obtenir des droits d'organisation. Le tribunal a jugé que l'article 18 de la LRA ne permettait pas à plusieurs syndicats d'agir conjointement lors de la conclusion d'une convention collective aux termes de cet article, et que cet article ne s'appliquait pas en l'espèce. Il n'était donc pas interdit au syndicat minoritaire de faire grève pour obtenir des droits d'organisation. Toutefois, le tribunal, qui n'avait manifestement pas connaissance du jugement rendu dans l'affaire *POPCRU*, a contredit les idées exprimées dans ce jugement et a indiqué (obiter) que même si les exigences de l'article 18 étaient remplies, il n'existe dans la LRA aucune limitation expresse empêchant un syndicat minoritaire de négocier collectivement dans ces circonstances, et de faire grève si nécessaire pour obtenir des droits d'organisation. Il semble alors, dans l'affaire *Transnet*, que le tribunal était déterminé à maintenir une distinction entre les négociations collectives à propos des droits d'organisation d'un côté, et les négociations collectives à propos des conditions de fond de l'emploi de l'autre.

Le dernier jugement (*Transnet*) s'avère plus cohérent avec le droit international, mais des doutes subsisteront jusqu'à ce qu'un jugement définitif sur la question ne soit rendu par un tribunal d'instance supérieure. À l'instar de l'approche adoptée dans l'affaire *Bader Bop*, un tel tribunal va probablement préférer une interprétation de la LRA plus cohérente avec le droit international. Cependant, s'il juge que la LRA ne peut être interprétée de cette façon, il examinera certainement la question de savoir si, à l'instar de l'approche du tribunal dans l'affaire *Chambre des Mines*, la limitation est justifiable selon la clause de limitation de l'article 36 de la Constitution.

Il est également peu probable que le dernier amendement de la LRA<sup>30</sup> ne change la position des syndicats minoritaires à cet égard. Il donne aux syndicats minoritaires qui n'atteignent pas le seuil prévu par une convention collective conclue aux termes de l'article 18 de la LRA, la possibilité d'acquérir certains droits d'organisation (l'accès du syndicat au lieu de travail, cotisations syndicales et congé pour activités syndicales) par voie d'arbitrage si toutes les parties à cette convention se sont vues accorder la possibilité de participer aux procédures d'arbitrage et si le syndicat minoritaire

<sup>26</sup> *Ibid* par 48.

<sup>27</sup> Voir Cohen ci-dessous.

<sup>28</sup> M Brassey « Labour Law After Marikan : Is institutionalized Collective Bargaining in SA Wilting ? If So, Should We Be Glad or Sad.

<sup>29</sup> *Transnet Soc Ltd c National Transport Movement et autres* [2014]1 BLLR 98 (TT).

<sup>30</sup> Amendement de la loi 6 de 2014 relatives aux relations de travail.

représente un intérêt significatif ou un nombre considérable de salariés<sup>31</sup>.

Généralement, le mouvement de grève n'est pas autorisé si la partie à un conflit a le droit de soumettre le conflit à un arbitrage ou au Tribunal du travail, mais cette interdiction ne s'applique pas lorsque le conflit porte sur des droits d'organisation<sup>32</sup>. Bien qu'il introduise la possibilité pour les syndicats minoritaires d'acquérir certains droits d'organisation par voie d'arbitrage même s'ils n'atteignent pas le seuil envisagé dans une convention collective aux termes de l'article 18 de la LRA, cet amendement n'empêche pas en soi un syndicat minoritaire de faire grève pour acquérir ces droits. En d'autres termes, la question des jugements rendus dans l'affaire *POPCRU* et *Transnet*, qui ont abouti à deux réponses opposées, n'est pas réglée par cet amendement.

Bien qu'il semble que les syndicats minoritaires puissent être lésés lorsqu'il s'agit de négocier et d'appliquer des conventions collectives, ils ont la possibilité de se placer dans le sillage des syndicats majoritaires lorsqu'il s'agit de participer au mouvement de grève. Pour que le mouvement de grève soit protégé, l'une des exigences procédurales impose de donner à l'employeur un préavis écrit d'au moins 48 heures (sept jours si l'employeur est l'État) avant le début de la grève<sup>33</sup>. En 2012, dans l'arrêt *Moloto*<sup>34</sup>, la Cour constitutionnelle a jugé que dans les cas où il était clair, en raison de la présence d'un accord de précompte syndical, que le syndicat majoritaire agissait au nom de salariés qui ne faisaient pas partie de ses membres, le préavis donné par un syndicat majoritaire permettait également aux salariés non syndiqués de faire grève sans autre préavis. Le licenciement de ces employés du fait de leur mouvement de grève a donc été jugé abusif de plein droit. La Cour constitutionnelle, veillant à ce qu'il n'y ait aucune limitation inutile du droit de grève, a refusé d'y voir une exigence de la LRA qui n'était pas prévue expressément et a indiqué que « en décider autrement constituerait une plus grande restriction au droit de grève de salariés non syndiqués et ceux de syndicats minoritaires par rapport à ceux appartenant à des syndicats majoritaires. Ce sont ces salariés, plus que ceux qui sont syndiqués ou représentés par un syndicat majoritaire, qui souffriront davantage d'exigences plus contraignantes. Il n'y a aucune garantie pour cela, étant donné qu'ils se sont déjà vus refuser le droit de négocier collectivement en leur nom propre lors de la précédente procédure »<sup>35</sup>.

Cependant, en 2014, les répercussions de ce jugement ont été vérifiées dans le cadre de lock-outs. Dans l'affaire *Autopax*<sup>36</sup>, un syndicat majoritaire et un syndicat minoritaire étaient parties à une convention collective avec l'employeur. Le syndicat majoritaire a entamé un mouvement de grève en vue de l'amélioration des conditions de travail, mais les membres du syndicat minoritaire ont continué d'assurer leurs services. L'employeur a répondu par certaines exigences et a ensuite donné un préavis de lock-out aux deux syndicats, bien qu'il n'était pas en conflit direct avec le syndicat minoritaire. Même après le lock-out, les membres du syndicat minoritaire ont continué d'assurer leurs services, mais le lock-out a continué et l'employeur ne les a pas rémunérés durant la période du lock-out. Après la résolution du conflit, les membres du syndicat minoritaire ont voulu récupérer la rémunération impayée auprès de l'employeur, étant donné qu'ils avaient continué d'assurer leurs services. Le Tribunal du travail a rejeté leur demande. En transposant le jugement de la Cour Constitutionnelle dans l'affaire *Moloto* au lock-out, il a jugé que puisque la résolution du problème aurait également bénéficié aux membres du syndicat minoritaire, l'employeur avait également le droit de leur imposer un lock-out bien qu'ils n'aient pas été en conflit direct avec lui. Les membres du syndicat minoritaire auraient donc dû régler ce problème non pas en continuant leurs services, mais en accédant aux exigences de l'employeur.

<sup>31</sup> Voir article 22 (8C) de la LRA dans sa version amendée.

<sup>32</sup> Article 65, paragraphe 1(c) et a 65, paragraphe 2(a) de la LRA.

<sup>33</sup> Article 64 de la LRA.

<sup>34</sup> *SA Transport & Allied Workers Union C Moloto NO* (2012) 33 ILJ 2549 (CC).

<sup>35</sup> *Ibid* par 92.

<sup>36</sup> *United Transport & Allied Trade Union/SA Railways & Harbours Union & autres c Autopax Passenger Services (SOC) Ltd & autre* (2014) 35 ILJ 1425 (TT).

Cependant, ce jugement est en conflit avec un jugement du Tribunal du travail rendu en 2013 dans lequel les faits étaient très similaires. Dans l'affaire *Algoa Bus*<sup>37</sup>, le tribunal a jugé que le lock-out à l'égard du syndicat minoritaire était illégal car l'employeur n'était pas en conflit avec ce syndicat minoritaire. Cependant, le juge dans l'affaire *Autopax* a décidé qu'il n'était pas lié par cette décision antérieure du Tribunal du Travail puisqu'elle était manifestement fautive<sup>38</sup>.

### Conclusion

Les jugements ci-dessus tendent à montrer que les syndicats minoritaires sont généralement dans une position très subalterne en ce qui concerne les conventions collectives concernant les conditions générales d'emploi (en d'autres termes, qu'elles n'incluent pas les droits d'organisation) et que le principe de la majorité est établi à cet égard. Il est difficile de savoir si le principe de la majorité s'applique dans la même mesure au droit pour les syndicats minoritaires de faire grève en vue de l'obtention de droits d'organisation, et les tribunaux du travail montrent des signes contradictoires à cet égard. C'est la même incertitude qui prévaut par rapport au droit d'un employeur d'imposer un lock-out à un syndicat minoritaire lorsqu'il n'est pas en conflit avec ce syndicat. L'incertitude dans ces deux cas ne sera réglée qu'après avoir été jugée par un tribunal d'instance supérieure. D'ici là, les syndicats minoritaires continueront d'opérer avec des zones d'ombre dans ces domaines.

<sup>37</sup> *Transport & Allied Workers Union of SA obo Membres v Algoa Bus Co & another (Pty) Ltd* (2013) 34 ILJ 2949 (TT).

<sup>38</sup> Le principe de l'autorité de la chose jugée s'applique au Tribunal du Travail. Cela implique qu'un juge n'a pas besoin de respecter un jugement qu'il est normalement obligé de suivre si d'après lui ce jugement est « manifestement faux ».



## AIQING ZHENG

Professeur associé à la Faculté de droit de Renmin - Université de Chine  
Docteur en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne

### UNE AFFAIRE PÉNALE LIÉE À LA REVENDICATION OUVRIÈRE EN CHINE

**L**e 14 avril 2014, le tribunal du district Baiyun à Guangzhou a prononcé la condamnation pénale de 12 ouvriers qui avaient revendiqué une amélioration de leurs conditions de travail par des actions collectives anormales<sup>1</sup>, au nom du crime « d'atteinte à l'ordre social en rassemblant une foule ». Trois ouvriers sont condamnés à neuf mois de prison, six autres à huit mois de prison, et les trois autres sont condamnés pour avoir commis ce crime mais sont dispensés de sanction pénale.

Ce jugement mérite deux discussions, tant sur la définition du crime « d'atteinte à l'ordre social en rassemblant une foule » prévu par l'article 298 de la loi pénale chinoise et des actions ouvrières revendicatives fautives (I), que sur la nécessité du mécanisme de négociation collective en Chine pour la détermination des conditions de travail et pour la résolution des conflits collectifs (II).

#### I - Le crime et les actions de revendication fautives ouvrières : quel rapport ?

Dans le rapport subordonné juridique de relation de travail, il est normal que les ouvriers revendiquent leurs droits et intérêts lorsqu'ils ne sont pas satisfaits des conditions de travail. Comment peuvent-ils réagir et quelle forme peut prendre leur revendication, toutes ces questions sont effectivement cruciales pour le sort des ouvriers. La méthode de revendication et les actions ouvrières en l'Occident sont protégées et bien encadrées juridiquement, après un développement historique du droit du travail dans ces pays. Qualifier les actions ouvrières de fait criminel comme cela fut le cas dans la première moitié de XIX<sup>ème</sup> siècle dans ces pays, est dépassé. Mais, ceci demeure bien la réalité dans un pays comme la Chine où le mouvement ouvrier connaît un essor dans ce processus d'industrialisation accélérée et qu'il manque encore des protections juridiques vis-à-vis les actions collectives ouvrières.

Dans l'affaire en question, les ouvriers, après le refus ou l'échec à la suite de leur plainte, se sentaient obligés de

<sup>1</sup> Le 19 août 2013, pour avoir revendiqué leur indemnité et la cotisation sociale qui leur étaient dues en raison de leur licenciement sans préavis par l'hôpital N°1 attaché à l'Université de la médecine traditionnelle de Guangzhou, une dizaine de gardiens de cet hôpital, après trois mois de vaines tentatives pour lancer le dialogue avec l'hôpital, et trois mois après avoir porté plainte au gouvernement local, se sont sentis obligés, un matin de bonne heure, de grimper sur le préau d'un bâtiment juste en face du portail de l'hôpital, tout en affichant leur revendication sur de grosses banderoles, et en distribuant le tract revendicatif. Sans réponse de la part de l'hôpital, leur action a continué toute la journée. Dans la matinée, la police est venu installer la ligne d'alerte dans l'environ du bâtiment et une dizaine de policiers tentaient d'expulser ces ouvriers. Cela a eu pour conséquence le rassemblement d'une foule devant le portail de l'hôpital, et la chaîne de télévision locale est venue faire un reportage. Jusqu'à 18h37, les 13 personnes impliquées ont été détenues par la police.

recourir à des actions fautives pour aboutir à un dialogue avec l'employeur afin de trouver une solution partagée<sup>2</sup>. Le fait de grimper et de s'asseoir sur le préau, de distribuer leurs tracts, d'installer des banderoles de revendication, d'appeler à la négociation avec l'employeur, de communiquer avec la chaîne télévisée et la police, de refuser de quitter le préau à la demande de police, est-il constitutif d'infractions caractérisant le crime « d'atteinte à l'ordre social en rassemblant une foule » ?

En terme de l'article 290 de la loi pénale, ce crime désigne les actions qui portent atteinte à l'ordre social en rassemblant une foule, avec des circonstances aggravantes, qui rendent impossible le fonctionnement de la production, du business, du soin, de l'éducation ou de la recherche, ayant causé de graves dégâts ; le coupable principal d'un tel crime peut être condamné à une peine de trois à sept ans de prison, et les autres participants peuvent être condamnés soit à de la prison, soit à de la détention, soit à de la surveillance à domicile dont la durée doit être inférieure à trois ans. Il est donc crucial de décider si les actions fautives revendicatives de ces ouvriers peuvent être jugées comme des actions « ayant des circonstances aggravantes », et qui « rendent impossible le fonctionnement du soin ». L'avocat de ces ouvriers a plaidé que leurs actions, bien que fautives, n'ont pas provoqué le dysfonctionnement de la section de transfusion qui se trouve dans le bâtiment concerné de l'hôpital car les ouvriers étaient perchés sur le préau. Ceci ne pouvait empêcher le fonctionnement de la section de transfusion en bas.

Le changement du lieu de transfusion ailleurs dans l'après-midi était une décision prise par l'hôpital et ne pouvait pas établir l'impossibilité du fonctionnement. De même, la présence des policiers et les mesures de sécurité adoptées sur place par la police elle-même ne pouvaient pas non plus justifier l'existence de graves dégâts ou l'atteinte grave à l'ordre social. En plus, pour satisfaire aux conditions de ce crime, il doit être démontré l'intention caractérisée des acteurs de provoquer de graves dégâts ou de rendre le fonctionnement de l'entreprise impossible. À défaut de ces trois éléments essentiels pour caractériser ce crime – la survenance de dysfonctionnements, de graves dégâts et l'intention de les causer – les actions de ces ouvriers ne peuvent être jugées comme constituant ce crime<sup>3</sup>. Aux yeux de cet avocat, les actions fautives de ces ouvriers doivent cependant faire l'objet de la sanction administrative prévue par le règlement sur le contrôle de la sécurité sociale et les sanctions. L'aliéna 1 de l'article 19 de ce règlement prévoit que les actions perturbant l'ordre normal des entreprises, des établissements ou des organisations, provoquant le dysfonctionnement de la production, du business, du soin, de l'éducation ou de la recherche, mais sans avoir causé de graves dégâts, sont frappées d'une détention administrative inférieure à 15 jours et d'une amende administrative inférieure à 200 yuans (une dizaine d'euros).

À nos yeux, il est clair que les actions fautives des ouvriers n'ont pas causé un trouble suffisamment grave de l'ordre social, et n'ont pas non plus provoqué de graves dégâts à l'hôpital. La condamnation pénale, au lieu d'une sanction administrative, témoigne de l'attitude extrêmement répressive du gouvernement local vis-à-vis des actions revendicatives ouvrières. Ce jugement pénal est néanmoins un cas rare depuis une décennie.

Il était très probable que la répression criminelle à l'encontre des ouvriers en cas de conflit collectif similaire aurait été une des solutions choisies dans les années 1990. À défaut de reportages publics, nous ne pouvons ni l'exclure ni le confirmer. À la fin des années 1990 ou au début du XXI<sup>ème</sup> siècle, il a été oralement révélé que des leaders de la grève spontanée ou des organisateurs de manifestations ont été pénalement accusés du crime de provocation de désordres prévu à l'article 293 de la loi pénale. Cependant, depuis une décennie, nous n'avons pas eu connaissance de jugement pénal infligé à des ouvriers concernés par un conflit collectif. Par exemple, dans les quelques conflits collectifs où les actions des ouvriers ont perturbé le transport en commun local, ces derniers n'ont pas été poursuivis pénalement. Dans un autre cas de Guangzhou en 2014 où l'ouvrier WU Guiju risquait, à la suite du jugement susmentionné, d'être condamné pénalement, le

<sup>2</sup> Au début du conflit, il s'agissait de plus de deux cent ouvriers, parmi lesquels cent vingt deux gardiens et aides-soignants, ont été concernés. Tout au long de ce processus, l'employeur a divisé les ouvriers par des promesses individuelles. Finalement, une dizaine de gardiens, refusant cette résolution, n'ont absolument rien obtenu malgré leurs revendications.

<sup>3</sup> *Focus on the condemnation of 12 workers : Research on The System of Collective Bargaining* (une revue interne du website [www.jttp.cn](http://www.jttp.cn)), N°10, p. 7.

procureur local a finalement retiré l'accusation de crime de « rassemblement d'une foule et de perturbation du transport en commun » selon l'article 291 de la loi pénale<sup>4</sup>.

Pourtant, la détention administrative à l'encontre des ouvriers en cas de conflit collectif n'est pas rare<sup>5</sup>. La police constitue une force principale pour frapper les manifestations ou les actions collectives ouvrières au nom du « maintien de la stabilité », et de la primauté du gouvernement central.

À travers ces faits, nous constatons que le tribunal et le procureur ont montré quand même une attitude incertaine en ce qui concerne les conflits collectifs. Au fond, ils n'adoptent pas une position claire quant à ce moyen de répression pénale face aux ouvriers qui revendiquent en faveur de la protection de leurs intérêts. Ainsi, à nos yeux, ils sont plutôt ambigus au regard de l'attitude du gouvernement local.

Mais, cette affaire concernée ici constitue un cas à part, parce que l'impact social est effectivement moins grave que la perturbation du transport en commun.

## II - La grève et la négociation collective : quel avenir ?

Cette condamnation pénale révèle au fond deux problèmes juridiques en droit du travail chinois : d'une part, l'absence de la reconnaissance et de la garantie du droit de grève ou du droit à l'action collective des salariés (A), et l'absence du mécanisme de la négociation collective, d'autre part (B).

### A - Concernant la grève

Dans le contexte du silence de la Constitution actuelle sur le droit de grève et de l'absence du droit de déclencher la grève par un syndicat, la manière dont le gouvernement réagit en cas de grève spontanée demeure toujours un sujet épineux. La question du comportement des ouvriers reste également équivoque.

Effectivement, ce silence constitutionnel donne éventuellement lieu à deux types de réactions gouvernementales en cas de grève, accompagnée éventuellement d'actions fautives ou illégales : soit une sanction pénale, en cas d'actions illégales qu'il peut justifier ; soit la non intervention ou l'orientation vers le dialogue entre l'entreprise et les grévistes. Le choix précis en pratique est plutôt au cas par cas, cela révèle une stratégie aléatoire du gouvernement.

L'éventuelle répression pénale, en pratique, en Chine nous fait évidemment penser à la condamnation pénale des actions syndicales dans l'histoire occidentale. Cette sanction pénale à l'égard des grévistes en Chine est vraiment absurde dans le contexte moderne où s'est développé davantage le concept des droits de l'Homme.

Quant aux salariés, ils ne sont pas bien éclairés sur la question : comment peuvent-ils se comporter pour revendiquer leurs droits ou intérêts ? Cette ignorance ouvrière peut les conduire à commettre des infractions : ils ne savent nullement où se trouve la limite. En plus, nous avons constaté des représailles des entreprises à la suite de grèves spontanées, notamment le licenciement des grévistes au nom de la conformation des comportements ouvriers au règlement intérieur. Il en résulte que la situation sur la grève est plutôt confuse. Sans encadrement raisonnable, son exercice donne lieu à des conséquences dangereuses pour les ouvriers.

La croissance incessante des conflits collectifs a mis en évidence ces problèmes. Mais, nous voyons que le gouvernement central est encore loin d'être prêt à légiférer tant sur la grève que sur la négociation collective.

<sup>4</sup> WU Guijun a mobilisé des ouvriers pour revendiquer leur salaire dû, la foule a à un moment donné perturbé le transport en commun.

<sup>5</sup> Par exemple, d'après l'avocat des ouvriers DUAN Yi, en 2014, au moins 1 000 ouvriers ont été détenus par la police. Un reportage sur le site internet ([www.jttp.com.cn](http://www.jttp.com.cn)) a révélé que le 5 janvier 2015, six ouvriers qui réclamaient le paiement de leurs salaires et des cotisations sociales ont été détenus par la police.

Il est difficile de faire changer les pensées idéologiques attachées à la grève lors de l'adoption de la Constitution en 1982. Il y en a quatre. Premièrement, la grève, qualifiée de recours ultime des travailleurs pour faire valoir leurs revendications, a été considérée comme un phénomène inhérent au régime capitaliste, relevant des antagonismes propres à la société capitaliste. Au contraire, la socialisation des moyens de production et d'échange entraîne naturellement la disparition des conflits du travail, puisque leur origine même, l'antagonisme de classe, a disparu. À quoi bon cesser le travail puisque les travailleurs sont devenus « maîtres du pays et de l'usine » ? Ils n'ont pas besoin de faire grève en portant à la fois atteinte aux intérêts du peuple et à leurs propres intérêts. Deuxièmement, les travailleurs peuvent recourir à d'autres moyens d'expression de leurs griefs contre le bureaucratisme au lieu de déclencher la grève. Troisièmement, la grève en tant qu'action nuisible, peut provoquer la perturbation économique, sociale, en portant atteinte à la stabilité de la société. Enfin, si le droit de grève était octroyé au citoyen, il serait mis à profit ou manipulé par les dissidents au détriment de la stabilité sociale ou du maintien du régime politique<sup>6</sup>.

Si les deux premières considérations idéologiques au-dessus ne sont plus adaptées à l'actualité des entreprises ou aux circonstances économiques chinoises, les deux dernières ne sont pas abandonnées par le gouvernement central.

Nous constatons que cette situation de non-permission, comme de non-interdiction de la grève donne naturellement lieu à étendre le pouvoir discrétionnaire de l'employeur, dès lors que celui-ci peut l'interdire via la discipline du travail ou le règlement intérieur qui exige des salariés qu'ils ne s'absentent pas de leur poste de travail ou ne le quittent pas sans avoir d'excuses raisonnables, ni sans avoir obtenu l'autorisation de l'employeur à l'avance. Les salariés en grève sont considérés comme s'étant absentés de façon non autorisée de leur poste, ainsi, ceci prouve une violation au règlement intérieur, donc, entraîne le licenciement<sup>7</sup>. D'après les informations provenant des avocats qui ont défendu ces licenciés, devant le comité d'arbitrage du travail ou devant le tribunal, ces licenciements ont tous été confirmés par les arbitres ou les juges.

Par conséquent, le silence constitutionnel à l'égard de la grève a pour conséquence non seulement l'éventuelle intervention pénale du gouvernement local, mais aussi le renforcement du pouvoir de l'employeur vis-à-vis des conduites des salariés dans l'entreprise.

### **B - Concernant la négociation collective**

De nombreux conflits sociaux ont montré qu'il manque un mécanisme légal pour résoudre les conflits collectifs : lesquels sont provoqués par de multiples causes, telles que le changement juridique du statut de l'entreprise, la violation des règlements sur le salaire, sur les cotisations sociales, etc.

La négociation collective en Chine demeure en phase d'expérimentation depuis une dizaine d'année, sans être prévue comme une obligation imposée aux entreprises. Le modèle officiel d'incitation à la consultation collective – le terme paraît plus harmonieux que celui de négociation collective – se fait de haut en bas, à travers des tâches administratives confiées à la fédération syndicale de chaque échelon dans les entreprises dans lesquelles il existe un comité syndical. Malgré une couverture de 80% des entreprises ayant un comité syndical<sup>8</sup>, ce modèle officiel, s'est avéré très superficiel, car il ne sert pas à améliorer les conditions de travail même en cas de conclusion d'une convention collective. Parallèlement, peut être observé un modèle spontané établi par les actions revendicatives ouvrières : les ouvriers lancent l'appel au dialogue à la direction de l'entreprise pour négocier sur le salaire, les cotisations sociales ou les indemnités du licenciement, etc. Mais il existe encore peu de cas pour ce modèle car cet appel revendicatif ouvrier est souvent refusé par l'entreprise. Il est constaté que le refus de l'entreprise a provoqué de nombreuses grèves ou conflits collectifs depuis ces deux dernières années<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> A. Zheng, *Libertés et droits fondamentaux des travailleurs en Chine*, l'Harmattan, 2007, p. 164-165.

<sup>7</sup> De nombreux cas de licenciements à la suite de la grève ont été révélés par le site internet [www.jtpt.com](http://www.jtpt.com).

<sup>8</sup> Reportage de la Fédération panchinoise des syndicats à la fin 2014. [www.acftu.org](http://www.acftu.org).

<sup>9</sup> Les reportages sont accessibles en permanence sur le site internet [www.jtpt.cn](http://www.jtpt.cn).

En l'absence d'obligation de négociation collective imposée aux entreprises, l'appel des salariés ou de leurs représentants se voit opposer un refus de l'entreprise. Il en va de même pour certains comités syndicaux officiels, si ceci concerne des entreprises privées. Cette situation révèle effectivement l'attitude exacte de la législation. Le droit à la négociation collective des travailleurs n'est confirmé nulle part, ni dans la loi sur le travail de 1994, ni dans le règlement sur la convention collective de 2004, ou même dans le chapitre spécial de la loi sur le contrat de travail de 2007.

Sur le plan national, aucune législation n'est encore prévue sur ce droit. Mais, il est probable qu'il y ait des essais ou des exceptions dans les provinces. C'est justement le cas récent du règlement de la province du Guangdong, au sud du pays. Le règlement sur la convention collective de Guangdong, adopté en septembre 2014 après des compromis, entré en vigueur le 1er janvier 2015, prévoit que l'entreprise est tenue de répondre dans un délai de treize jours après avoir reçu l'appel écrit du comité syndical sur la consultation de divers sujets, et que les deux parties doivent entamer la consultation pendant les trois mois à la réception de l'appel écrit d'une partie. Ce droit de lancer un appel écrit à la consultation collective est également octroyé à l'employeur. À l'appel écrit d'une partie, l'autre partie ne peut pas refuser d'effectuer la consultation.

Si la reconnaissance du droit à la consultation collective par ce règlement provincial constitue une avancée, il faut toutefois constater que les autres articles de ce règlement restent très sobres quant à l'exercice de ce droit. Par exemple, il ne prévoit pas de conséquence à l'encontre de l'entreprise qui refuse de dialoguer avec le syndicat ou les représentants des salariés. La consultation doit se dérouler en vertu des principes d'un dialogue pacifique et raisonnable. Pour le conflit engendré par la consultation collective, les deux parties doivent accepter la conciliation intervenue par la fédération supérieure syndicale ou l'association des entreprises, voire par l'administration du travail local. Il est interdit aux salariés d'enfreindre la discipline du travail, de persuader les autres de quitter leur poste, d'empêcher le transport en commun, de porter atteinte à l'ordre normal de la production ou du fonctionnement de l'entreprise, ou à l'ordre social. Il est évident que ni les salariés ni le syndicat ne peuvent recourir à la grève durant la consultation collective.

## Conclusion

Le retard de la législation concernant les relations collectives de travail coexiste actuellement avec la pratique de plus en plus fréquente des conflits collectifs, ou des revendications ouvrières, notamment au sud du pays. Peut-être que cette dernière n'est pas suffisante pour combler ce retard ? Combien de cri, de sang ou de sueur des ouvriers, avant de pouvoir y arriver ?

**ACHIM SEIFERT**

Université d'Iéna

Professeur de droit civil, de droit du travail allemand, européen et comparé.

## LE DROIT DE GRÈVE DES FONCTIONNAIRES DE L'ÉTAT

### L'INCIDENCE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME RELATIVE AU DROIT DE GRÈVE SUR LA JURISPRUDENCE DE LA COUR FÉDÉRALE ADMINISTRATIVE EN ALLEMAGNE

**A**

À la différence d'un grand nombre de pays européens dont notamment la France<sup>1</sup>, le droit allemand interdit traditionnellement la grève des fonctionnaires de l'État [*Beamte*]. Presque 1,7 millions de travailleurs de la fonction publique des différents niveaux en Allemagne<sup>2</sup>, à savoir de l'État fédéral, des 16 États fédérés [*Länder*] et des municipalités ne sont donc pas autorisés à défendre leurs intérêts professionnels par des arrêts de travail collectifs. Leurs conditions de travail sont réglementées par la loi et ne font pas l'objet d'une négociation collective. Pour compenser cette absence complète de la négociation collective et du conflit collectif comme moyen coercitif pour défendre les intérêts professionnels des fonctionnaires, la loi donne aux regroupements des organisations professionnelles des fonctionnaires le droit d'être consultés lors de l'élaboration d'actes législatifs qui déterminent le statut des fonctionnaires<sup>3</sup>.

La grève des fonctionnaires n'est pas explicitement interdite par la loi. Son interdiction qui remonte, dans ses origines, aux années de la République de Weimar (1918-1933), revêt un caractère prétorien. En effet, la Cour fédérale constitutionnelle [*Bundesverfassungsgericht – abr. BVerfG*] ainsi que la Cour fédérale administrative [*Bundesverwaltungsgericht – abr. BVerwG*], dans leur jurisprudence constante<sup>4</sup>, considèrent que le droit de grève, constitutionnellement garanti par l'article 9, § 3 de la Loi fondamentale [*Grundgesetz – abr. GG*], ne s'applique pas aux fonctionnaires puisque les dispositions constitutionnelles sur la fonction publique superposeraient la garantie constitutionnelle du droit de grève.

<sup>1</sup> V. CE, arrêt du 7 juillet 1950, n° 01645 [*Dehaene*].

<sup>2</sup> D'après les chiffres du bureau fédéral de statistiques [*Statistisches Bundesamt*], l'État fédéral, les 16 *Länder* et les municipalités occupaient le 30 juin 2013 1,694 millions de fonctionnaires ; v. <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/OeffentlicheFinanzenSteuern/OeffentlicherDienst/Personal/Tabellen/Beschaeftigungsart.html>.

<sup>3</sup> Pour la consultation des regroupements des fonctionnaires dans les *Landerv.* l'article 53 de la loi sur le statut de fonctionnaire [*Beamtenstatusgesetz*] et pour leur implication au niveau fédéral v. l'article 118 de la loi relative aux fonctionnaires de l'État fédéral [*Bundesbeamtengesetz*].

<sup>4</sup> V. p. ex. *BVerfG*, arrêt du 11 juin 1958 – 1 BvR 1/52, 1 BvR 46/52, *BVerfGE* 8, p. 1; *BVerwG*, arrêt du 10 mai 1984 – 2 C 18.82, *Arbeitsrechtliche Praxis* (AP), n° 87 ad article 9 Grundgesetz "Arbeitskampf"; *Oberverwaltungsgericht Hamburg*, résolution du 22 octobre 1988 – Bs I 195/88, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1989, p. 605; *Bundesgerichtshof*, arrêt du 31 janvier 1978 – VI ZR 32/77, AP, n° 61 ad article 9 Grundgesetz "Arbeitskampf". Pour une analyse doctrinale cf. Otto, *Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht* (2006), § 45, notes 8 et s., ainsi que Kissel, *Arbeitskampfrecht*, § 9, notes 1 et s. ; v. aussi Di Fabio, *Das Streikverbot der Beamten als konstitutiver Bestandteil der Demokratie*, Munich 2012.

Cette jurisprudence allemande a été mise en cause à plusieurs reprises par le Comité d'experts pour l'application des conventions et des recommandations et par le Comité européen des droits sociaux du Conseil de l'Europe : or, ces critiques de l'OIT et du Conseil de l'Europe n'ont pas mené à des changements. La nouvelle jurisprudence de la Cour EDH relative à l'article 11 CEDH, la garantie de la liberté d'association, a cependant changé la donne : la reconnaissance du droit à la négociation collective et du droit de grève des fonctionnaires dans les arrêts *Demir et Baykara c. Turquie et Enerji Yapı-Yol Sen c. Turquie* met en cause l'interdiction allemande de la grève des fonctionnaires. Le législateur allemand restant inactif à cet égard, c'est la juridiction administrative qui fut saisie récemment pour décider sur la question de savoir si cette jurisprudence constante devra être abandonnée pour aligner le droit allemand à l'article 11 CEDH dans sa nouvelle interprétation. Dans ce contexte, un arrêt de la *BVerwG* du 27 février 2014<sup>5</sup> qui avait statué sur cette question mérite une attention particulière.

## I - L'interdiction du droit de grève et sa mise en cause par la Cour de Strasbourg

### A - La jurisprudence constante de la Cour fédérale constitutionnelle

Il est clair que les fonctionnaires de l'État sont titulaires du droit à la liberté de coalition tel qu'il est garanti par l'article 9, § 3 *GG*. À l'instar de tous les salariés, ils disposent donc du droit d'adhérer à un syndicat de leur choix et de participer à ses activités. Selon la jurisprudence constante de *BVerfG*, le droit fondamental à la liberté de coalition inclut également le droit de grève dans la mesure où l'arrêt collectif du travail est exercé en vue d'obtenir la conclusion d'une convention collective<sup>6</sup>; on conçoit donc le droit à la négociation collective et le droit de grève comme deux droits connexes.

Ces principes constitutionnels ne s'appliquent pourtant pas aux fonctionnaires de l'État. En effet, la jurisprudence mais aussi la doctrine majoritaire en droit du travail et en droit public considèrent que la liberté de coalition de l'article 9, § 3 *GG* est superposé par l'article 33, § 4 et § 5 *GG* qui interdiraient aux fonctionnaires d'avoir recours à la grève pour défendre leurs intérêts professionnels<sup>7</sup>. L'article 33, § 4 *GG* dispose que le statut des fonctionnaires de l'État relève du droit public. Ainsi, la plupart de leurs conditions de travail, à savoir le montant du traitement des fonctionnaires, leur durée de travail, leur congé, etc., sont réglementées par la loi. La loi fédérale relative au cadre général du statut des fonctionnaires [*Beamtenstatusgesetz*] définit les principes généraux régissant le statut de tous les fonctionnaires, et est complétée par des lois fédérales déterminant le statut des fonctionnaires fédéraux ainsi que par des lois des 16 *Länder* réglementant le statut de leurs fonctionnaires et de ceux des municipalités. Ce principe constitutionnel exclut que les conditions de travail des fonctionnaires fassent l'objet d'une négociation collective : le recours à la grève en vue d'obtenir la conclusion d'une convention collective applicable aux fonctionnaires irait donc à l'encontre de l'article 33, § 4 *GG*. Mais aussi toute grève des fonctionnaires se dirigeant contre le législateur qui vote des lois sur le statut des fonctionnaires est considérée comme illicite car le droit allemand ne permet pas le recours au conflit collectif pour obtenir la conclusion d'une convention collective ; la grève contre le législateur est donc illicite sans exception<sup>8</sup>.

La jurisprudence se base également sur l'article 33, § 5 *GG*, suivant lequel le droit de la fonction publique devra être réglementé et développé en prenant en considération les principes traditionnels du statut des fonctionnaires [*Hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums*]. Par ailleurs, on met en avant l'argument que l'article 33, § 5 *GG* contient également une obligation de loyauté du fonctionnaire qui exige de lui de se donner à sa fonction avec toute sa force et de l'exercer de manière neutre : cette obligation qui fait partie des principes traditionnels du statut des fonctionnaires au sens de l'article 33, § 5 *GG*, interdit que le fonctionnaire ait recours à la grève pour défendre ses intérêts professionnels.

<sup>5</sup> *BVerwG*, arrêt du 27 février 2014 – n° du rôle : 2 C 1/13, *BVerwGE* 149, p. 117 et s.

<sup>6</sup> Pour une vue d'ensemble du droit des conflits collectifs en Allemagne, v. A. Seifert, "Le régime des conflits collectifs en droit allemand", *RDT* 2010, p. 250 et s. avec des références.

<sup>7</sup> Cf. les références sous note 2.

<sup>8</sup> Cf. Seifert, *RDT* 2010, p. 250 et s.

## B - Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme

Cette jurisprudence allemande est mise en cause par les arrêts de la Cour EDH *Demir et Baykara c. Turquie et Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie*.

Pendant longtemps, la Cour EDH interprétait la liberté d'association de l'article 11 CEDH de manière restrictive en excluant le droit à la négociation collective et le droit de grève. Ainsi, elle décidait, dans les affaires *Syndicat suédois de conducteurs de train c. Suède*<sup>9</sup> et *Schmidt et Dahlström c. Suède*<sup>10</sup>, que l'article 11 CEDH ne garantit que les moyens « indispensables à l'exercice efficace de la liberté syndicale » et que la négociation collective et le conflit collectif ne faisaient pas partie de ce noyau dur de la liberté d'association. En effet, les organisations syndicales pourraient avoir recours à d'autres moyens d'action pour défendre les intérêts de leurs adhérents. Les États signataires de la CEDH disposaient donc d'un large pouvoir discrétionnaire lors de la garantie de la liberté syndicale dans leur droit national.

Cette réserve prétorienne par rapport à l'article 11 CEDH a pris fin avec l'arrêt de la Grande Chambre de la Cour EDH du 12 novembre 2008 dans l'affaire *Demir et Baykara c. Turquie*. Dans cette décision importante, la Cour a reconnu pour la première fois un droit fondamental à la négociation collective dans le cadre de l'article 11 CEDH dont bénéficient en principe aussi les fonctionnaires de l'État<sup>11</sup>. La Grande Chambre justifie cette extension de la garantie de l'article 11 CEDH surtout avec une interprétation à la lumière des développements du droit du travail tant international que national et de la pratique des États contractants dans la question. Ainsi, elle prend en considération la « jurisprudence » du Comité d'experts de l'OIT relative à l'article 3 de la Convention n° 87 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical (1948) aussi bien que du Comité européen des droits sociaux qui est chargé du contrôle de l'application de la Charte sociale européenne.

Dans la même lignée de cette jurisprudence de la Grande Chambre, la 3<sup>e</sup> Section de la Cour EDH décida quelques mois après dans son arrêt très court *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie*<sup>12</sup> que la garantie de la liberté d'association entérinée à l'article 11 CEDH inclurait également le droit de grève et qu'aussi les fonctionnaires de l'État, sous réserve de l'article 11, § 2 CEDH, pourront invoquer ce droit. Le raisonnement de l'arrêt est très court et renvoie pour la plupart à l'arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* de la Grande Chambre.

## II - L'arrêt de la Cour fédérale administrative du 27 février 2014

Les deux arrêts de la Cour EDH ne produisent un effet obligatoire qu'entre les requérants et la Turquie (v. l'article 46, § 1 CEDH). Pour autant, cette nouvelle jurisprudence produit également une autorité interprétative pour les autres États signataires de la CEDH en les obligeant à aligner leur droit national à l'interprétation de la CEDH par la Cour. S'agissant du droit allemand, celle-ci met en cause la jurisprudence constante sur l'interdiction de la grève des fonctionnaires.

C'est la raison pour laquelle certaines organisations syndicales allemandes dont notamment le syndicat des enseignants [*Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft – abr. GEW*]<sup>13</sup> se sont senties encouragées à tester si les juges allemands acceptent de reconnaître le droit de la grève des fonctionnaires en interprétant le droit national en conformité avec l'article 11 CEDH. Le secteur de l'enseignement se prête à un tel test car les enseignants des écoles n'appartiennent pas à l'administration de l'État au sens de l'article 11, § 2 CEDH pour laquelle des « restrictions légitimes » pourront être imposées à l'exercice de la liberté d'association. Par ailleurs, l'enseignement scolaire se caractérise par le phénomène, du moins dans la plupart des *Länder*, qu'une partie des enseignants est fonctionnarisée tandis que d'autres sont des

<sup>9</sup> CEDH, arrêt du 6 février 1976, n° 5614/72, Série A n° 21.

<sup>10</sup> CEDH, arrêt du 6 février 1976, n° 5589/72.

<sup>11</sup> CEDH [Grande Chambre], arrêt du 12 novembre 2008, *Demir & Baykara c/ Turquie*, n° 34503/97.

<sup>12</sup> CEDH, arrêt du 21 avril 2009, *Enerji Yapi-Yol Sen c/ Turquie*, n° 68959/01.

<sup>13</sup> La *GEW* appartient à la Confédération allemande des syndicats [*Deutscher Gewerkschaftsbund – abr. DGB*], le plus grand regroupement des syndicats allemands. Pour plus d'informations sur la *GEW* cf. <https://www.gew.de/Startseite.html>.



salariés : l'État peut donc avoir recours à deux statuts différents pour le même poste de travail ; seuls les nouveaux *Länder* à l'Est de la R.F.A., les régions appartenant autrefois à la République démocratique d'Allemagne, ont poursuivi une autre politique et ne fonctionnarisent pas leurs enseignants scolaires.

Dans le cadre d'une négociation collective pour les enseignants scolaires, la *GEW* appela aussi les enseignants-fonctionnaires à participer à des mouvements de grève. En réaction, l'État infligea des sanctions disciplinaires aux fonctionnaires ayant participé à ces grèves. Les fonctionnaires disciplinés, quant à eux, saisirent les Tribunaux administratifs. Un de ces recours fut décidé en dernière instance par l'arrêt en cause de la *BVerwG* du 27 février 2014.

## A - Les faits du contentieux

Dans le cas d'espèce, une enseignante du *Land* Rhénanie du Nord-Westphalie disposant du statut de fonctionnaire participa à un mouvement de grève de trois jours. Cette grève fut organisée par la *GEW* dans le cadre d'une négociation collective que celle-ci mena avec le *Land* pour une majoration des salaires des enseignants salariés et pour une extension de la majoration revendiquée aux enseignants fonctionnarisés. Pour sanctionner cette violation d'obligations du statut de fonctionnaire, le *Land* Rhénanie du Nord-Westphalie infligea à l'enseignante une amende disciplinaire de 1 500 Euro.

Par la suite, l'enseignante fit un recours en annulation de la sanction disciplinaire devant le juge administratif. Le Tribunal administratif de Düsseldorf, dans un arrêt du 15 décembre 2010<sup>14</sup>, annula la sanction au motif qu'une grève des fonctionnaires serait licite suivant la nouvelle jurisprudence de la Cour EDH concernant l'article 11 CEDH et que par conséquent le *Land* ne fut pas autorisé à infliger une sanction disciplinaire contre l'enseignante en cause. La Cour administrative d'appel de Rhénanie de Nord-Westphalie<sup>15</sup>, quant à elle, rejeta le recours en se basant sur la jurisprudence constante selon laquelle la grève des fonctionnaires est illicite. La nouvelle jurisprudence de la Cour EDH ne l'obligerait pas à légaliser la grève des fonctionnaires puisque l'interdiction de la grève des fonctionnaires relevant du droit constitutionnel serait supérieure à l'article 11 CEDH dans la hiérarchie des normes.

## B - Le raisonnement de la Cour fédérale administrative

La *BVerwG*, dans son arrêt bien motivé du 27 février 2014, rejette le pourvoi en cassation de la requérante au motif que la sanction disciplinaire qui lui était infligée par le *Land* Rhénanie du Nord-Westphalie ne violait pas la loi.

La Cour considère que le *Land* décida à juste titre que la participation de la requérante aux grèves en question constituait une faute grave. L'argument principal invoqué est que les fonctionnaires ne sont pas autorisés de participer à des grèves. Dans ce contexte, la Cour reproduit les arguments principaux qu'elle-même ainsi que la *BVerwG* a toujours mis en avant pour justifier l'interdiction de la grève des fonctionnaires. A l'instar de ses jugements antérieurs, elle se réfère surtout aux principes traditionnels du statut des fonctionnaires qui devront être pris en considération par le législateur (article 33, § 5 *GG*) et lesquels excluraient le recours des fonctionnaires à la grève pour défendre leurs intérêts professionnels. En effet, une négociation collective des conditions de travail des fonctionnaires ainsi que le recours à la grève pour faire valoir des revendications dénaturerait le statut du fonctionnaire qui est un statut de droit public (v. l'article 33, § 4 *GG*). La Cour fait aussi état des développements pendant la République de Weimar pour démontrer que l'interdiction de la grève des fonctionnaires constitue un principe *traditionnel* du statut des fonctionnaires au sens de l'article 33, § 5 *GG*.

La *BVerwG* reconnaît que cette interdiction générale de la grève de fonctionnaires n'est pas compatible avec l'interprétation que la Cour EDH a donnée à l'article 11 CEDH dans les affaires *Demir et Baykara et Enerji Yapi-Yol Sen*. Celle-ci n'autorise les États signataires qu'à exclure l'exercice du droit de grève dans les conditions prévues à l'article 11, § 2 CEDH, à savoir dans l'hypothèse où un fonctionnaire fait partie de « l'administration de l'État » et exerce des prérogatives de puissance publique.

<sup>14</sup> N° du rôle : 31 K 3904/10.O, in : Arbeit und Recht (AuR) 2011, p. 74 et s.

<sup>15</sup> V. Oberverwaltungsgericht Nord-Rheinwestfalen – Disziplinarsenat, arrêt du 7 mars 2012, n° du rôle : 3d A 317/11.O, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2012, p. 890 et s.

Malgré cette contradiction entre le droit allemand de la fonction publique et la CEDH, la *BVerwG* considère que l'interdiction de la grève des fonctionnaires devra toujours être respectée par le juge allemand. Une interprétation de l'article 33, § 5 *GG* à la lumière de l'article 11 CEDH ne serait pas licite puisqu'elle transformerait le statut de droit public des fonctionnaires dans un statut négocié : en effet, dans l'ordre juridique allemand, la CEDH ne peut primer une règle de valeur constitutionnelle parce qu'elle n'a que la valeur d'une loi. La Cour passe donc la balle au législateur fédéral pour régler ce conflit entre le droit constitutionnel allemand et l'article 11 CEDH qui disposerait à cet égard d'une marge d'appréciation. Elle exprime cependant sa conviction que le statut des fonctionnaires devra donner place à la négociation collective et, comme moyen coercitif utilisé dans le cadre de négociations collectives, la grève de fonctionnaires.

### III - Conséquences

#### A - Le rôle de la *BVerfG*

L'arrêt de la *BVerwG* du 27 février 2014 ne marque qu'une étape dans la discussion sur le droit de grève des fonctionnaires de l'État en Allemagne. L'apport principal de cette décision est qu'elle reconnaît de manière explicite que le droit allemand n'est pas en conformité avec l'article 11 CEDH et que le législateur allemand est sollicité pour aligner le statut des fonctionnaires au droit de la CEDH. L'interdiction de la grève des fonctionnaires a donc reçu des fissures devenant de plus en plus grandes.

La prochaine étape dans ce débat sera marquée par la *BVerfG* qui a été saisi par le syndicat de l'enseignement *GEW* suite à l'arrêt de la *BVerwG* du 27 février 2014. Toutefois, la *BVerfG* ne pourra décider que sur la conformité de l'arrêt de la *BVerwG* avec la Constitution en vigueur. La question qui se pose dans ce contexte, est de savoir si les bases constitutionnelles du statut des fonctionnaires, à savoir l'article 33, § 4 et § 5 *GG*, devront être interprétées à la lumière de la nouvelle jurisprudence de la Cour EDH sur l'article 11 CEDH. Or, on peut avoir des doutes sur le fait que la Cour aille aussi loin dans l'interprétation de la Constitution.

Il appartiendra en dernier ressort à la Cour EDH de décider sur la compatibilité de l'interdiction allemande de la grève des fonctionnaires avec l'article 11 CEDH. Mais, vu sa jurisprudence récente concernant la liberté d'association, il est très probable que celle-ci considère une plainte individuelle d'un fonctionnaire allemand bien-fondée lorsque celui-ci invoque l'article 11 CEDH contre l'interdiction de la grève des fonctionnaires.

#### B - Vers une réforme de la fonction publique en Allemagne ?

Malgré cette nouvelle dynamique de la jurisprudence administrative en matière de la grève des fonctionnaires, le débat politique sur une réforme du droit de la fonction publique en Allemagne n'a guère commencé.

Quant à la confédération syndicale la plus importante en Allemagne, la *DGB*, celle-ci favorise une légalisation de la grève des fonctionnaires : c'est la raison pour laquelle la *GEW*, organisation syndicale regroupé au sein de la *DGB*, a soutenu des recours d'enseignants-fonctionnaires devant la juridiction administrative en annulation de sanctions disciplinaires pour la participation à des mouvements de grève. En revanche, la Confédération allemande des fonctionnaires [*Deutscher Beamtenbund – abr. DBB*], un regroupement de 34 organisations syndicales qui représente environ un million de travailleurs de la fonction publique (salariés et fonctionnaires), reste plutôt réticente vis-à-vis de cette revendication politique<sup>16</sup>. Cette réserve s'explique surtout par le fait que la *DBB* craint que les fonctionnaires puissent perdre des « privilèges » importants liés à leur statut : la préoccupation n'est pas sans raison puisqu'une légalisation de la grève des fonctionnaires pourra avoir pour effet que le statut des fonctionnaires sera réformé de manière profonde et que des « privilèges » liés au statut des fonctionnaires pourront être sacrifiés. En effet, la nature du

<sup>16</sup> Pour plus d'informations sur la DBB cf. son site web : <http://www.dbb.de/dbb-startseite.html>. V. aussi l'avis juridique concernant le droit de grève des fonctionnaires rendu par Udo di Fabio, ancien juge de la *BVerfG*, à la *DBB* : Di Fabio, Das beamtenrechtliche Streikverbot – Rechtsgutachten im Auftrag des Deutschen Beamtenbundes, Munich 2012.

statut de fonctionnaire, définie comme relation de service et de fidélité relevant du droit public [*öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis*], serait fondamentalement mise en cause lorsque l'on ferait une transition à un système négocié des conditions de travail des fonctionnaires qui inclut le droit au conflit collectif. Notamment, l'obligation de l'État de garantir une subsistance qui correspond à la fonction du fonctionnaire [*Alimentationsprinzip*]<sup>17</sup> ne pourra coexister avec un droit de grève : il serait inconcevable de faire peser sur l'État l'obligation de maintenir le traitement des fonctionnaires pendant une grève.

Les partis politiques allemands, quant à eux, n'ont pas encore repris la problématique. Notamment, l'accord de coalition entre le parti chrétien-démocrate (*CDU/CSU*) et le parti social-démocrate du décembre 2012<sup>18</sup> ne prévoit pas de stipulation sur cette question. La raison de ce silence pourrait être qu'une reconnaissance du droit de grève des fonctionnaires de l'État entraînerait nécessairement une réforme profonde du droit de la fonction publique tout entier. Quoi qu'il en soit, toute réforme en direction d'une légalisation de la grève des fonctionnaires aurait pour effet que le statut du fonctionnaire devrait être assimilé au droit du travail et que l'on se rapprocherait donc d'un statut unique pour l'intégralité des travailleurs de la fonction publique. Bien que souhaité par certains, dont surtout la *DGB*, un tel statut unique de la fonction publique exigerait une réforme constitutionnelle puisque le statut du fonctionnaire tel qu'il existe à l'heure actuelle est garanti en bonne partie par l'article 33, § 4 et § 5 *GG*. Certes, la nécessité de réformer ces dispositions constitutionnelles en ce sens pèsera au plus tard lorsque la Cour EDH condamnera, dans une procédure de plainte individuelle, la R.F.A. à reconnaître le droit de grève des fonctionnaires de l'État. Or, il sera difficile à rassembler une majorité de deux tiers des députés du Parlement fédéral pour faire voter une telle réforme constitutionnelle. Il est donc à craindre que la R.F.A. vivra encore longtemps en non-conformité avec l'article 11 CEDH en maintenant l'interdiction de la grève des fonctionnaires.

<sup>17</sup> Selon ce principe, le traitement du fonctionnaire n'est pas conçu comme contre-prestation pour l'exécution d'un travail sinon pour la fidélité du fonctionnaire et sa mise à disposition de toute la personnalité ; v. *BVerfG*, arrêt du 20 mars 2007 – 2 BvL 11/04.

<sup>18</sup> Le Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD, "Deutschlands Zukunft gestalten" est disponible sur : <http://www.cdu.de/koalitionsvertrag>.

Les **TABLES DE L'ANNÉE 2014** de la REVUE DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE sont désormais **disponibles en ligne**, gratuitement, sur le site Internet du COMPTRASEC.

Elles sont composées de tables alphabétiques classées par **mots-clés**, par **pays** ou **institutions** étudiés, ou encore par nom d'**auteurs**.

Les TABLES DE L'ANNÉE 2014 de la REVUE DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE sont disponibles en **français** pour les 2 numéros papier de l'année écoulée et en **anglais** pour l'English Electronic Edition paru début d'année 2015.

<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/revue-de-droit-compare-du-travail-et-de-la-securite-sociale>

Achévé d'imprimer par  
Imprimerie de l'Université de Bordeaux  
16, avenue Léon Duguit - CS 50057 - F 33608 PESSAC cedex

Dépôt légal : Juin 2015

