

N° 488540
M. A... et autres

2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies

Séance du 5 avril 2024
Lecture du 25 avril 2024

CONCLUSIONS

M. Clément MALVERTI, Rapporteur public

Parce qu'elle se situe au débouché des vols transatlantiques et au croisement des échanges entre le nord de l'Europe et les péninsules ibérique et italienne, la France est le pays le plus survolé de l'Union européenne et donc le premier pays européen par le trafic aérien contrôlé, avec plus de 3 millions de vols surveillés chaque année.

Cette mission de contrôle de la navigation aérienne, qui constitue un service public administratif¹, est assurée par l'Etat, plus précisément par les agents de la direction des services de la navigation aérienne (DSNA), service de la direction générale de l'aviation civile (DGAC) du ministère de la transition écologique et de la cohésion des territoires².

a) Compte tenu de l'importance économique et du caractère éminemment sensible de l'activité de contrôle de la navigation aérienne, le droit de grève de ces agents a toujours fait l'objet d'une attention particulière des pouvoirs publics.

Par les lois des 2 juillet 1964³ et 17 juin 1971⁴, le législateur avait fait le choix d'interdire purement et simplement de faire grève à ces personnels, qui pouvaient faire l'objet de sanctions disciplinaires en cas de cessation concertée du service.

Cette interdiction n'avait néanmoins pas eu pour effet d'empêcher ces agents de s'engager dans des actions revendicatives de nature à perturber le trafic aérien. En 1973, le gouvernement Mesmer avait d'ailleurs, à l'occasion de l'une de ces grèves, décidé de confier

¹ CE, 16 mai 2007, *Communauté de communes du pays de Landerneau-Daoulas*, n° 272727, B

² Ces agents sont répartis en trois corps techniques : d'une part, les ingénieurs du contrôle de la navigation aérienne (ICNA), plus communément appelés les « aiguilleurs du ciel », qui sont chargés d'assurer les contrôles en route, d'approche et d'aérodrome, c'est-à-dire de guider les aérodromes durant la traversée de l'espace aérien français, aux abords d'un aérodrome et d'accompagner leur décollage et leur atterrissage ; d'autre part, les ingénieurs électroniciens des systèmes de la sécurité aérienne (IESSA), qui assurent la maintenance des équipements ; enfin, les techniciens supérieurs des études et de l'exploitation de l'aviation civile (TSEEAC), qui fournissent aux aéronefs, notamment à ceux qui volent à vue, les informations météorologiques et de trafic. Les agents d'encadrement sont quant à eux répartis en deux corps : les ingénieurs de l'aviation civile (IAC) et les ingénieurs d'études et d'exploitation de l'aviation civile.

³ S'agissant des officiers contrôleurs de la circulation aérienne et des électroniciens de la sécurité aérienne.

⁴ S'agissant des ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation civile

le contrôle aérien aux militaires (plan dit « Clément Marot »), mais la démarche fut vite abandonnée après la collision en vol de deux avions au-dessus de Nantes (qui fit 68 morts).

Conscient des limites pratiques d'une telle interdiction, le législateur décida, par la loi (n° 84-1286) du 31 décembre 1984, de rétablir le droit de grève dans les services de la navigation aérienne, tout en instaurant un service minimum afin de garantir la continuité de certaines missions.

Cette loi, dont les dispositions sont aujourd'hui codifiées aux articles L. 114-4 et L. 114-5 du code général de la fonction publique (CGFP), énumère ainsi cinq fonctions devant être assurées en cas de conflit social : « 1° La continuité de l'action gouvernementale et l'exécution des missions de la défense nationale ; / 2° La préservation des intérêts ou besoins vitaux de la France et le respect de ses engagements internationaux, notamment le droit de survol du territoire ; / 3° Les missions nécessaires à la sauvegarde des personnes et des biens ; / 4° Le maintien de liaisons destinées à éviter l'isolement de la Corse et des collectivités ultra-marines ; / 5° La sauvegarde des installations et du matériel de ces services ».

La loi renvoie en outre au ministre chargé de l'aviation civile le soin de désigner les agents indispensables à l'exécution de ces missions et qui doivent demeurer en fonction.

Le décret (n° 85-1332) du 17 décembre 1985, pris pour l'application de la loi, liste ainsi les services de la navigation aérienne nécessaires à l'exécution de ces missions. Il mentionne notamment à ce titre « les centres régionaux de la navigation aérienne (...) » et précise que « la capacité offerte pour les survols, dans les espaces aériens gérés par la France, est égale à la moitié de celle qui serait normalement offerte dans la période considérée ».

b) Depuis l'entrée en vigueur de ce dispositif, les services du contrôle de la navigation aérienne ont encore connu des mouvements de grèves, ce qui ne vous aura pas échappé.

Selon une étude réalisée pour la Commission européenne, les contrôleurs aériens français exercent d'ailleurs davantage leur droit de grève que leurs voisins européens et étaient à l'origine de 67% des jours de grève des contrôleurs aériens de l'ensemble de l'Union entre 2004 et 2016⁵.

Ces grèves ont des conséquences économiques importantes, c'est d'ailleurs un gage de leur efficacité, notamment pour les compagnies aériennes qui, du fait des retards en cascade qu'elles provoquent, sont tenues de prendre en charge les passagers concernés, de leur trouver une nouvelle solution d'acheminement vers leur destination ou de les rembourser.

Estimant que le dispositif français est insuffisant, sept compagnies aériennes étrangères – Aer Lingus, British Airways, EasyJet, Iberia, Iberia Express, Ryanair et Vueling – ont saisi la Première ministre, le ministre de la transition écologique et de la cohésion des territoires et le ministre délégué en charge des transports de plusieurs demandes, générales et particulières, visant à renforcer le service minimum dans les services de contrôle de la navigation aérienne.

⁵ Study on Options to Improve ATM Service Continuity in the Event of Strikes, Ricardo Energy&Environment, 2017

Elles vous demandent d'annuler les refus implicites qui ont été opposés à leurs demandes.

1. Avant d'examiner les moyens de la requête, il convient de préciser les demandes que les compagnies aériennes ont présenté à l'administration et, par suite, la nature des décisions implicites qu'elles ont fait naître.

1.1. La première demande, adressée à la Première ministre, tendait à substituer au seuil de 50 % de la capacité normalement offerte pour les survols prévu par le décret du 17 décembre 1985 un seuil plus élevé, compris entre 80 et 100%.

Du silence gardé par la Première ministre sur cette demande, est né un refus implicite de la Première ministre de modifier le décret en ce sens, dont les requérantes sont parfaitement recevables à vous demander l'annulation en excès de pouvoir.

1.2. Une deuxième demande, adressée tant à la Première ministre qu'aux ministres, tendait à l'édition d'une obligation pour les fonctionnaires en charge du contrôle aérien de déclarer individuellement leur intention de participer à un mouvement de grève au moins 72 heures avant ce dernier.

Mais par la loi (n° 2023-1289) du 28 décembre 2013, promulguée quelques semaines après l'introduction de la requête des compagnies aériennes, le législateur a édicté une obligation analogue.

Cette loi, dont les dispositions ont été validées par le Conseil constitutionnel⁶, fait désormais obligation à « *tout agent assurant des fonctions de contrôle, d'information de vol et d'alerte et dont l'absence est de nature à affecter directement la réalisation des vols [d'informer] l'autorité administrative, au plus tard à midi l'avant-veille de chaque journée de grève, de son intention d'y participer* » (art. L. 114-5-1 du CGFP).

Une telle obligation, à laquelle la loi (n° 2012-375) du 19 mars 2012 (« loi Diard ») avait déjà soumis les salariés des compagnies aériennes, devrait permettre à la DGAC d'anticiper le nombre exact de contrôleurs aériens grévistes afin d'éviter d'annuler de manière préventive des vols qui, compte tenu de la participation effective à la grève, auraient pu être maintenus.

En défense, le ministre soutient que l'intervention de cette loi a privé d'objet les conclusions de la requête sur ce point, ce dont ne disconviennent pas les requérantes, qui relèvent toutefois que la loi retient un délai moins exigeant que celui qu'elles sollicitaient.

1.2.1. Contrairement à ce que vous suggèrent les parties, nous ne croyons pas possible de prononcer un non-lieu partiel sur les conclusions des requérantes.

a) Le non-lieu, vous le savez, suppose en effet une équivalence entre l'objet des conclusions de la demande contentieuse et les conséquences de l'acte intervenu postérieurement à l'introduction de la requête⁷.

Or, on l'a dit, si les requérantes demandaient que les personnels du contrôle de la navigation aérienne soient soumis à l'obligation de se déclarer 72 heures avant le mouvement

⁶ Cons. const., 21 décembre 2023, n° 2023-859 DC

⁷ V. not. CE, 22 juin 2012, *Mme G...*, n° 346377, B

de grève, la loi de 2023 a prévu qu'une telle déclaration doit intervenir « *au plus tard à midi l'avant-veille de chaque journée de grève* », donc dans un délai minimal d'environ 48 heures.

Faute d'équivalence entre l'objet des conclusions de la requête et les conséquences de la loi de 2023, la requête nous semble donc sur ce point avoir conservé son objet.

b) Toutefois, vous jugez que lorsque le requérant, comme en l'espèce, présente des conclusions à fins de non-lieu dans un cas où il n'est pas avéré que le litige est privé d'objet, ces conclusions doivent être interprétées comme manifestant une volonté de désistement⁸.

Et vous avez opportunément précisé que le non-lieu transformé en désistement prime sur l'incompétence⁹.

Nous vous proposons donc de prendre acte du désistement partiel des conclusions de la requête tendant à la mise en place d'une obligation pour les agents de déclarer à l'avance leur intention de participer à un mouvement de grève.

1.2.2. Si vous estimez au contraire que les effets de la mesure sollicitée par les requérants et ceux de la loi de 2023 ont des effets équivalents¹⁰, vous serez alors conduits à décliner votre compétence pour connaître des conclusions de la requête sur ce point.

a) Une telle incompétence ne résulterait pas de ce que la mesure demandée relève du domaine de la loi car celui-ci s'avère, en matière de droit de grève, passablement insaisissable.

Vous jugez en effet, depuis votre décision d'assemblée *D...* que dans l'attente de l'encadrement par le pouvoir législatif du droit de grève, tel que prévu par le septième alinéa du Préambule de 1946, « *il appartient au gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, sous le contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue [des] limitations* » au droit de grève.

Nous avons déjà eu l'occasion de vous faire part de notre perplexité face à la réitération constante de cette solution postérieurement à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958¹¹, qui formalise la répartition entre les domaines de la loi et du règlement. Depuis, en présence d'une liberté constitutionnellement garantie, vous raisonnez en principe bien différemment, en reconnaissant au législateur, sur le fondement de l'article 34 de la Constitution, une compétence pour fixer les règles concernant les « garanties fondamentales » de cette liberté, c'est-à-dire son noyau dur, le reste ressortissant à la compétence du pouvoir réglementaire, à des titres divers (pouvoir d'exécution des lois, pouvoir de police, compétence *J...*, etc.), et sous réserve naturellement de ne pas méconnaître les dispositions législatives (voyez pour une illustration récente votre décision du 10 juin dernier relative au schéma

⁸ CE, 9 février 1955, *Epx L...*, p. 78 ; 1^{er} mars 1957, *Sté Standard français des Pétroles*, p. 132 ; 9 décembre 1970, *Syndicat intercommunal pour l'utilisation des décharges contrôlées dans la région de Montmorency*, p. 741 ; 17 octobre 1977, *Sté Clinique de la Muette*, p. 391 ; 11 juin 1993, *Commune de Clermont-Ferrand*, n° 128127, B ; 29 mars 1999, *Longéras*, n° 159445, B ; 22 juin 2012, *Mme G...*, n°346377, B ; 8 décembre 2020, *Sté SOGETRA*, n°437983, B

⁹ CE, 11 mai 1994, *Congrégation des sœurs de Saint-Joseph de Lyon*, n° 125812, B

¹⁰ V. qui retient une conception souple de l'équivalence en jugeant que l'octroi d'un visa de court séjour prive d'objet les conclusions dirigées contre un refus initial de refus de court séjour, CE 8 décembre 2000, *Mlle Cherraj*, 214479, B

¹¹ V. nos conclusions sur *Syndicat CGT de la société Cofiroute*, Ibid.

national du maintien de l'ordre, qui clarifie, en retenant une telle approche, la répartition des compétences entre pouvoirs législatif et exécutif pour encadrer le droit de manifester¹²).

Notons d'ailleurs que depuis sa décision fondatrice du 25 juillet 1979¹³, le Conseil constitutionnel applique une telle grille y compris au droit de grève, en reconnaissant au législateur, sur le fondement de l'article 34, une compétence pour apporter des limitations à ce droit, ne lisant apparemment pas le 7^e alinéa du Préambule comme exigeant l'intervention d'une législation d'ensemble¹⁴, sorte de « loi messianique »¹⁵ dont l'absence seule autoriserait l'administration à prendre le relais¹⁶.

Quoi qu'il en soit, vous n'avez à ce jour jamais censuré un acte réglementaire encadrant le droit de grève dans un service public au motif que le législateur aurait épuisé le sujet. Certes, depuis votre décision *D...*, le législateur est intervenu à de nombreuses reprises pour réglementer le droit de grève dans les services publics : outre la loi générale du 31 juillet 1963 imposant aux agents un préavis de cinq jours et interdisant les grèves tournantes, divers textes législatifs ont ainsi privé du droit de grève certains agents publics¹⁷ ou, à l'instar de la loi de 1984 relatif au contrôle de la navigation aérienne, ont posé des restrictions particulières visant à instaurer un service minimum dans certains services publics¹⁸. Mais le degré d'exhaustivité requis par votre jurisprudence, laquelle exige aujourd'hui une « complète législation »¹⁹, n'a, et pour cause, jamais été atteint²⁰.

¹² CE, 10 juin 2021, *Syndicat national des journalistes et autres*, n°s 444849 et a., A

¹³ Cons. const., 25 juillet 1979, n° 79-105 DC

¹⁴ V. not. en ce sens les commentaires aux cahiers sur la décision du 16 août 2007, n° 2007-556 DC, qui indique que « seule la loi peut, en application du Préambule de 1946 et de l'article 34 de la Constitution, réglementer le droit de grève. Pour autant la loi peut renvoyer à la fois à la convention collective et au décret ». Il précise également que la « jurisprudence générale [du Conseil constitutionnel sur le renvoi de la loi au décret] trouve notamment à s'appliquer en matière de droit de grève ». Dans le même sens, la décision du 22 juillet 1980, n° 80-117 DC, juge que dès lors que les dispositions législatives en cause « ne comport[ent] aucune délégation au profit du Gouvernement, de l'administration ou des exploitants [des centrales nucléaires] du soin de réglementer l'exercice du droit de grève » elles sont « conforme[s] à la Constitution ».

¹⁵ B. Plessix, *Droit administratif général*, 2^e éd. n° 727

¹⁶ On ne saurait pour autant en déduire que le Conseil constitutionnel interdirait à l'autorité administrative toute intervention en la matière : juge de la loi, il se borne à encadrer l'intervention du législateur, sans avoir besoin de s'approprier explicitement votre jurisprudence sur la compétence des autorités administratives pour réglementer le droit de grève dans les services publics dont elles sont responsables (v. en ce sens, B. Genevois, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au droit de grève dans les services publics », *Droit social*, 1989, p. 800). Le Conseil constitutionnel a au demeurant toujours admis que le législateur renvoie au pouvoir réglementaire le soin « de préciser les modalités d'application des règles fixées par lui pour l'exercice du droit de grève », sous la réserve classique de l'incompétence négative (v. not. Cons. const., 16 août 2007, n° 2007-556 DC, pt. 8). Et à ce jour, aucune délégation n'a été jugée contraire à la Constitution.

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

¹⁸ Il en va ainsi dans les établissements et organismes de radiodiffusion et de télévision (lois du 26 juillet 1979 et du 30 septembre 1986), dans ceux qui détiennent des matières nucléaires (loi du 25 juillet 1980) dans le domaine de la navigation aérienne (loi du 31 décembre 1984), dans les établissements assurant le service public hospitalier (art. L. 6112-2 du code de la santé publique), dans le service public des transports terrestres réguliers de voyageurs (loi du 27 août 2007), dans les écoles maternelles et élémentaires (loi du 20 août 2008) et dans les services de transport aérien (loi du 19 mars 2012).

Dans ce paysage jurisprudentiel, il serait donc audacieux, en tous cas dans cette formation de jugement, d'affirmer que l'édiction d'une obligation de déclaration préalable de grève relève, en vertu du septième alinéa du Préambule de 1946 et de l'article 34 de la Constitution, de la seule compétence du législateur.

b) Reste qu'à la date d'aujourd'hui, qui est celle à laquelle vous devez vous placer pour apprécier les conclusions des compagnies requérantes dirigées contre le refus d'édicter l'acte sollicité²¹, le législateur, on l'a dit, est déjà intervenu pour prévoir une telle obligation.

De sorte qu'à supposer que cette obligation ne corresponde pas à ce que les requérantes réclament, la satisfaction de leur demande impliquerait nécessairement de modifier les dispositions issues de la loi de décembre dernier, donc une nouvelle intervention du législateur.

Dès lors, s'attaquant au refus de la Première ministre de prévoir une telle obligation, les conclusions des requérantes devraient être regardées comme dirigées contre le refus de déposer un projet de loi en ce sens, refus qui constitue un acte de gouvernement et dont vous êtes incompétents pour connaître²².

En somme donc, que vous preniez acte du désistement partiel des requérantes, solution qui a notre préférence, ou que vous décliniez votre compétence, vous ne serez pas conduits à vous prononcer au fond sur cette partie des conclusions de la requête.

1.3. La dernière série de demandes dont les rejets implicites sont attaqués devant vous tendait, d'une part, à ce que la Première ministre prenne toutes les mesures législatives et réglementaires de portée nationale nécessaire pour donner sa pleine effectivité au droit de survol, notamment en précisant les modalités selon lesquelles sont déterminés les survols assurés et en renforçant l'information préalable des compagnies aériennes sur les capacités de survol assurées, d'autre part, à ce que les ministres prennent toutes mesures d'organisation du service permettant d'assurer la nécessaire conciliation entre le droit de grève des agents publics et le principe de continuité du service public et le droit de survol.

Ces demandes prennent ainsi la forme de « REP-toutes mesures utiles », stratégie contentieuse dont vous êtes désormais familiers et qui a donné lieu à vos récentes décisions d'assemblée *Amnesty International* et *Ligue des droits de l'homme*²³.

¹⁹ CE, 11 juin 2010, *Syndicat Sud RATP*, n° 333262, A

²⁰ Mentionnons toutefois une décision du 13 novembre 1992, *Syndicat national des ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation civile et Union syndicale de l'aviation civile C.G.T.*, n°s 83177 83702, B, qui juge que « l'article 2 de la loi du 31 décembre 1984 et l'article 1er de son décret d'application du 17 décembre 1985 déterminent les services de la navigation aérienne qui doivent être assurés en toute circonstance, il appartenait, en l'absence d'une telle réglementation pour les autres services relevant de l'autorité du directeur général de l'aviation civile, au gouvernement responsable du bon fonctionnement des services publics de fixer, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue des limitations qui doivent être apportées au droit de grève en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ». V. dans le même sens, CE, 2 avril 1995, *Syndicat autonome des personnels de l'aviation civile*, n° 11973, C ; 6 décembre 1996, *Syndicat autonome des personnels de l'aviation civile*, n° 177948, B, sur un autre point. On pourrait en déduire, par *a contrario*, que la compétence du pouvoir réglementaire au titre de la jurisprudence *D...* ne s'applique pas aux services de la navigation aérienne dès lors que l'encadrement du droit de grève dans ces derniers a fait l'objet d'une législation complète. Mais la rédaction de ces décisions est insuffisamment univoque pour qu'une telle interprétation soit retenue de manière certaine.

²¹ CE, ass., 19 juillet 2019, *Association des Américains accidentels*, n°s 424216 424217, p. 296.

²² V. pour une illustration récente, CE, 19 novembre 2020, *Commune de Grande-Synthe et autre*, n° 427301, A

Mais sans même qu'il soit besoin de dérouler le mode d'emploi fixé par ces décisions, nous sommes d'avis que les requérantes n'ont fait naître aucune décision de l'administration sur ce point dont elles pourraient vous demander l'annulation en excès de pouvoir.

Rappelons que pour que des décisions implicites puissent se former, encore faut-il que l'administration ait été saisie de « *demandes adéquates* »²⁴, c'est-à-dire de nature à faire naître une décision. Ne peut ainsi être considérée comme une demande que la démarche qui appelle une réponse, ce qui n'est pas le cas des sollicitations dont l'objet, sans être inexistant, n'est pas identifiable faute de précision.

Or, en l'espèce, les demandes des requérants revêtent un caractère bien trop général et imprécis pour avoir fait naître des refus implicites.

Dans le courrier en date du 31 mai 2023 qu'elles ont adressé à la Première ministre et aux ministres, les compagnies se bornaient à solliciter l'édition de « *toutes les mesures législatives et réglementaires de portée nationale nécessaires pour donner sa pleine effectivité au droit de survol* » et, de manière plus générale encore, « *toutes les mesures d'organisation du service permettant d'assurer la nécessaire conciliation* » entre le droit de grève et le principe de continuité du service public, ne mentionnant en guise d'exemple concret que l'obligation de déclaration préalable de grève dont il a été question tout à l'heure et qui mérite de faire l'objet d'un traitement spécifique.

Et devant vous, les compagnies ne soulèvent aucune argumentation spécifique au soutien de ces conclusions générales, les moyens de la requête visant essentiellement le refus de la Première ministre de modifier le décret de 1985.

Dans ces conditions, nous vous invitons à juger que ces demandes n'ont, faute d'être suffisamment précises, pas été de nature à faire naître des refus implicites, de sorte que cette partie des conclusions de la requête est irrecevable.

Si vous nous suivez, vous n'aurez donc à vous prononcer au fond que sur les conclusions dirigées contre le refus implicite de modifier l'article premier du décret de 1985 afin d'augmenter le seuil minimum, actuellement fixé à 50 %, de la capacité offerte pour les survols en cas de cessation concertée du travail dans les services de navigation aérienne

2. Ces précisions étant faites, il est plus que temps d'examiner les moyens de la requête.

2.1. Un premier moyen est tiré de ce que ce seuil méconnaît le principe constitutionnel de continuité du service public dès lors qu'il implique une discontinuité du service public de la navigation aérienne, à l'origine de perturbations systématiques du trafic aérien.

2.1.1. Avant d'examiner son bien-fondé, il nous faut vous entretenir de son opérance.

2.1.1.1. Il est acquis que le principe de continuité du service public, que vous qualifiez de « principe fondamental »²⁵, revêt, depuis la décision du Conseil constitutionnel 26 juillet 1979 mentionnée tout à l'heure, une valeur constitutionnelle.

²³ CE, ass., 11 octobre 2023, *Amnesty International France et autres*, n° 454836, A ; *Ligue des droits de l'homme et autre et Syndicat de la magistrature et autre*, n° 467771, A

²⁴ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^e ed., n° 661-1

²⁵ CE, 8 mars 2006, *O... et autres*, n° 278999, A

On peut néanmoins, un instant de raison, s'interroger sur la possibilité pour des usagers d'invoquer utilement un tel principe afin d'obtenir une élévation du niveau du service minimum fixé par le pouvoir réglementaire, votre jurisprudence n'ayant « *jamais sanctionné l'inaction de l'administration à faire fonctionner coûte que coûte les services publics en cas de grève* »²⁶.

Vous jugez toutefois qu'« *il incombe à l'autorité administrative de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la continuité du service public, notamment en cas d'interruption due à la grève des agents de ce service* »²⁷, laissant donc entendre que pèse sur l'administration, dans cette hypothèse, une obligation juridiquement sanctionnée d'assurer la continuité du service. Et vous jugez en ce sens que le refus de prendre de telles mesures est susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat²⁸.

Certes, vous avez, par une décision *O...* du 8 mars 2006, publiée au Recueil, jugé qu'il ne résultait pas du principe de continuité du service public que le gestionnaire d'un service « *sera[ait] ten[u] d'édicter à tout moment une réglementation du droit de grève* ». Mais votre décision a néanmoins pris la peine d'indiquer qu'en l'espèce, la RATP n'avait, eu égard aux mesures déjà adoptées et aux pouvoirs de réquisition dont dispose l'Etat, pas méconnu le principe de continuité. Autrement dit, si le principe de continuité n'impose pas au pouvoir réglementaire de mettre en place un service minimum, c'est, d'une part, que tout arrêt de travail des agents d'un service public ne conduit pas nécessairement à porter atteinte au principe de continuité, lequel, nous y reviendrons, ne requiert pas le maintien de l'activité à un niveau normal, d'autre part, que les exigences issues de ce principe peuvent être satisfaites par d'autres moyens, par exemple à travers le pouvoir de réquisition dont dispose l'Etat.

Sans préjuger à ce stade de la portée des exigences issues du principe de continuité, on ne saurait donc déduire de votre jurisprudence que ce principe n'est pas invocable à l'encontre de l'administration, sur qui pèse bien une obligation d'en garantir l'effectivité.

Relevons d'ailleurs que le Conseil constitutionnel a pris la peine d'ériger cette exigence en « *principe de valeur constitutionnelle* », et non en objectif de valeur constitutionnelle (OVC), catégorie dont relève par exemple la sauvegarde de l'ordre public (82-141 DC). Or, si les OVC, sorte d'avatars constitutionnels de l'intérêt général, ne « *sont pas utilisés par le Conseil constitutionnel pour censurer des lois mais pour opérer les conciliations nécessaires avec certains principes constitutionnels* »²⁹, les principes de valeur constitutionnelle constituent de véritables normes, dont l'appartenance au bloc de constitutionnalité est incontestable, et qui dès lors doivent pouvoir être utilement invoquées à l'encontre d'actes réglementaires.

2.1.1.2. Si le principe constitutionnel de continuité du service public est donc invocable à nos yeux, vous pourriez encore être tentés de juger le moyen inopérant au motif que la loi de 1984 fait écran entre le décret litigieux et cette norme constitutionnelle.

a) Vous le savez, cette réserve de la loi écran vise à éviter qu'une censure de l'inconstitutionnalité d'un acte administratif aboutisse à dénoncer l'inconstitutionnalité d'une loi, ce qui ne peut être fait que par la voie d'une question prioritaire de constitutionnalité.

²⁶ Ph. Terneyre, « Grève dans les services publics », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, n° 304

²⁷ CE, ass., 18 janvier 1980, *Syndicat CFDT des postes et télécommunications du Haut-Rhin*, p. 30

²⁸ CE, 6 novembre 1985, *Ministre des transports c/ Compagnie Touraine Air Transports*, p. 312

²⁹ L. Favoreu *et al.*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, 2023, p. 167, § 177

Le point de savoir si une loi fait ou non écran dépend donc de la nature de la critique adressée à l'acte administratif litigieux : si le vice dénoncé réside en réalité dans la disposition législative, c'est l'inconstitutionnalité de cette dernière qui est jeu, de sorte que la loi fait effectivement écran entre l'acte administratif et la norme constitutionnelle ; si en revanche est invoqué un vice propre à l'acte administratif, c'est-à-dire qui ne procède pas de la loi, alors la constitutionnalité de cette dernière n'est nullement mise en cause, si bien que la réserve de la loi écran n'a aucune raison d'être actionnée.

En l'espèce, la critique des sociétés requérantes consiste à reprocher au pouvoir réglementaire d'avoir fixé un seuil de service minimal pour les survols trop faible et ne permettant donc pas d'éviter les perturbations qui affectent de manière systématique et à très grande échelle le transport aérien européen dans son ensemble.

Il est donc parfaitement envisageable de lire cette critique comme dirigée non pas contre le seuil de 50 %, mais contre l'absence, dans les fonctions énumérées à l'article L. 114-4 du CGFP et qui doivent être maintenues en cas de grève, d'un objectif de continuité visant à limiter l'ampleur des perturbations du transport aérien.

Dans cette mesure, le vice dénoncé par les sociétés requérantes ne résiderait en réalité pas dans le décret de 1985, mais dans la loi elle-même, laquelle ferait dès lors écran entre le décret et le principe constitutionnel de continuité du service public.

Relevons que c'est une solution similaire que vous avez retenue dans une décision *Union des chambres de commerce et établissements gestionnaires d'aéroports* du 12 mai 1989³⁰, en réponse à un moyen tiré de ce que les dispositions du décret de 1985, en énumérant de manière limitative les aérodromes métropolitains dont les services de navigation aérienne sont tenus de maintenir l'activité en cas de grève, avait pour effet de priver de desserte aérienne toute une partie du territoire et, dès lors, méconnaissait le principe constitutionnel de continuité.

Suivant les conclusions de Patrick Frydman, vous avez jugé l'argumentation inopérante au motif que l'atteinte éventuelle à ce principe trouvait son origine dans la loi de 1984, laquelle, en prévoyant un service minimum destiné à « *la préservation des intérêts ou besoins vitaux de la France* », a nécessairement habilité le pouvoir réglementaire à opérer des choix et donc à entamer la continuité du service public.

b) Ce n'est toutefois pas la solution que nous vous proposons, et ce, pour deux séries de raisons.

La première tient à la généralité des termes utilisés par le législateur de 1984, qui à nos yeux excluent de considérer que la loi commande le seuil de 50% retenu par son décret d'application. Si bien que sauf à risquer de priver le principe constitutionnel de continuité du service public de son caractère invocable, nous pensons que la possibilité doit demeurer de discuter de la conformité à ce principe du seuil retenu par le pouvoir réglementaire.

La seconde raison tient à ce que, du fait de la répartition incertaine des compétences entre la loi et le règlement en matière de droit de grève, nous ne saurions dire si l'intervention de la loi de 1984 a eu nécessairement pour effet d'interdire au pouvoir réglementaire de retenir un seuil de service minimum aux fins de poursuivre d'autres objectifs que ceux listés à

³⁰ CE, 15 mai 1989, n° 75382, B

l'article L. 141-4 du CGFP. Or, si tel n'était pas le cas, alors il faudrait admettre que le législateur n'a pas lié les mains du Gouvernement dans la détermination d'un tel seuil et, par suite, que la loi ne fait pas écran entre ce dernier et le principe constitutionnel de continuité du service public.

2.1.2. Si vous nous suivez pour admettre l'opérance du moyen, vous n'aurez en revanche, compte tenu de la portée du principe de continuité et de la teneur de l'argumentation des requérantes, guère de difficulté à l'écarter au fond.

2.1.2.1. Rappelons que l'exigence de continuité a fait son apparition dans votre décision *W...* de 1909³¹, à une époque où les services publics « *n'avaient qu'une finalité ou un fondement policier* »³² et où la grève des agents publics était accusée de porter atteinte à la pérennité de l'Etat lui-même³³. La continuité du service public était ainsi conçue comme nécessairement linéaire et irréductible car elle constituait le prolongement de la continuité de l'Etat et s'avérait indispensable au maintien permanent de l'ordre public³⁴.

Depuis la consécration par le Préambule de 1946 du droit de grève, votre jurisprudence a rompu en partie, mais en partie seulement, avec cette conception originelle.

Il est acquis que du fait d'une telle consécration, le principe de continuité n'est plus nécessairement synonyme de linéarité et qu'il existe aujourd'hui une échelle de continuité, laquelle varie selon les exigences particulières à chaque type de service public.

En revanche, votre jurisprudence a conservé de la conception originelle du principe de continuité du service public sa consubstantialité à la notion d'ordre public.

Rappelons à cet égard que votre décision *D...* ne mentionne pas le principe de continuité du service public, mais se fonde sur les seules « *nécessités de l'ordre public* » pour justifier les limitations susceptibles d'être apportées au droit de grève.

Certes, une fois sa valeur constitutionnelle consacrée, le principe de continuité a fait sa réapparition dans vos décisions relatives à la réglementation du droit de grève³⁵.

Mais le considérant de principe de votre décision *D...* n'a été modifié qu'à la marge, par le seul ajout d'une référence, issue de la jurisprudence constitutionnelle, aux « *besoins essentiels du pays* »³⁶.

³¹ CE, 7 août 1909, *W...*, p. 826

³² E. Picard, *La notion de police administrative*, LGDJ, 1984, vol. 2, T. I, p. 229

³³ V. en ce sens, L. Rolland, *Droit administratif approfondi : la notion de service public*, Les Cours de droit, 1934, p. 10. Comme le soulignait Jacques Tardieu dans ses conclusions sur la décision *W...*, « *plusieurs milliers ou même plusieurs centaines d'employés se concentrant pour cesser simultanément le service (...) peuvent jeter un trouble dans [son] fonctionnement, suspendre en quelque sorte la vie nationale et créer une situation qui, à certaines heures, pourrait compromettre la sécurité même de l'Etat* » (D. 1911, 3, 17).

³⁴ V. en ce sens CE, 18 juillet 1913, *Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies*, p. 875, qui juge « *qu'en convoquant, au cours d'une grève (...), les employés et ouvriers de la compagnie des chemins de fer du Nord (...), le ministre de la guerre a entendu assurer la continuité du service des chemins de fer, dont le fonctionnement régulier et ininterrompu est, à toute époque, indispensable à la sécurité du territoire et à la défense nationale* ».

³⁵ V. not. CE, ass., 18 janvier 1980, *Syndicat CFDT des Postes et télécommunications du Haut-Rhin*, n° 07636, A

³⁶ Cons. const., 25 juillet 1979, n° 79-105 DC, préc. ; CE, 25 septembre 1996, *Ministre du budget c/ Mme Emard et autres*, n°s 149284 et a., A ; v. pour une réitération récente de ce considérant, CE, 5 avril 2022, *Syndicat CGT de la société Cofiroute*, n° 450313, B

Mais cette notion, dont les contours n'ont pas jamais été précisés par la jurisprudence, n'a selon nous d'autonomie par rapport à celle d'ordre public que dans la mesure où elle permet de laisser au législateur une marge d'appréciation dans la détermination des exigences sociales susceptibles de justifier des limitations au droit de grève.

Elle ne saurait en revanche être mobilisée pour habiliter le pouvoir réglementaire à limiter le droit de grève au regard de considérations dénuées de tout lien avec les exigences de l'ordre public, par exemple pour garantir le confort des usagers ou le maintien de leur activité économique³⁷.

En somme, c'est toujours « *parce que certains services doivent fonctionner continûment que le droit de grève peut être restreint pour les agents, et ce n'est que dans la mesure où [ces restrictions] servent à assurer le maintien de l'ordre public qu'elles sont licites* »³⁸.

En témoigne encore le contrôle en deux temps que vous exercez sur les limitations apportées au droit de grève. En premier lieu, vous vérifiez que l'objectif de continuité poursuivi par l'administration est conforme aux missions du service public concerné, ce qui suppose de déterminer « *si, et le cas échéant dans quelle mesure, le fonctionnement continu (...) des services considérés répond aux exigences du maintien de l'ordre public* »³⁹. Il en ira ainsi par exemple des services concourant de manière directe à assurer l'action des pouvoirs publics⁴⁰ ou de ceux jugés indispensables pour assurer la sécurité générale des personnes et des biens⁴¹. En second lieu, vous contrôlez l'adéquation des moyens mis en œuvre à l'objectif poursuivi, ce qui suppose de vérifier que les restrictions du droit de grève ne visent que les agents dont la présence est indispensable au bon fonctionnement du service. Vous jugez en ce sens que les mesures de limitation du droit de grève ne doivent en aucun cas conduire à maintenir un service normal⁴².

Dans son versant constitutionnel, le principe de continuité ne revêt pas une signification différente.

Ainsi, le Conseil constitutionnel vérifie le caractère nécessaire de la conciliation opérée par le législateur « *entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte* »⁴³.

A ce titre, il a pu censurer des dispositions relatives au service public de la radio et de la télévision qui permettaient aux présidents des sociétés nationales de programme de faire obstacle à l'exercice du droit de grève aux seules fins d'assurer un « *service normal* »⁴⁴.

³⁷ V. également en ce sens votre jurisprudence sur la réquisition des personnels grévistes, not. CE, 9 décembre 2003, *Mme A... et autres*, n° 262186, A ; JRCE, 27 octobre 2010, *Lefebvre et autres*, n° 343966, A

³⁸ M. Courrèges, *Le principe de continuité du service public confronté au droit de grève*, éd. Anne Rideau, 2015

³⁹ Concl. Bertrand sur CE, sect., 16 décembre 1966, *Syndicat national des fonctionnaires et agents des sous-préfectures de France et d'Outre-mer*, n° 67286, A

⁴⁰ V. not. s'agissant de certains agents des préfectures, *Ibid.*

⁴¹ V. not. s'agissant des agents chargés de la manœuvre des écluses de la section internationale de la Moselle, CE, 4 février 1981, *Fédération CFTC des personnels de l'environnement*, n° 18482, A

⁴² V. not. CE, 7 janvier 1976, *Centre hospitalier régional d'Orléans*, p. 10

⁴³ Cons. const., 25 juillet 1979, n° 79-105 DC, op. cit.

⁴⁴ *Ibid.*

De même, il a jugé que portait une atteinte excessive au droit de grève un mécanisme de retenue automatique sur la rémunération des intéressés qui, par la généralité de son champ d'application, ne prenait en compte ni la nature des divers services concernés, ni l'incidence dommageable que peuvent revêtir pour la collectivité les cessations concertées du travail⁴⁵.

En définitive, la continuité du service public ne trouve pas en elle-même sa propre justification, mais vise essentiellement à maintenir l'ordre public. Le principe de continuité, dans ses versants administratif et constitutionnel, n'emporte pas une exigence de continuité absolue et linéaire, mais s'accommode d'un service fonctionnant selon une intensité variable, sous la seule réserve du maintien des activités nécessaires à la préservation de l'ordre public.

2.1.2.2. La portée du principe de continuité ainsi appréhendée, l'argumentation des sociétés requérantes s'écarte aisément.

Au soutien de leur moyen, ces dernières se bornent en effet à faire valoir que le seuil de 50% fixé par le décret de 1985 implique une discontinuité du service public de la navigation aérienne, ce qui relève du truisme, et à faire état des difficultés qu'il engendre sur leur activité commerciale et la satisfaction de leurs clients.

Or d'une part, on l'a dit, le principe constitutionnel de continuité n'impose, en tant que tel, aucune linéarité dans le fonctionnement d'un service public en cas de grève.

D'autre part, les requérantes ne prennent pas la peine de vous expliquer en quoi la discontinuité à laquelle conduit le seuil de 50% entraîne des conséquences contraires aux nécessités de l'ordre public ou aux besoins essentiels du pays qui imposeraient au pouvoir réglementaire, en vertu du principe constitutionnel de continuité du service public, qu'il fixe un tel seuil entre 80 et 100% de l'activité normale du service.

2.2. Le moyen suivant est tiré de ce que le seuil de 50% méconnaît les stipulations de l'article 12 de la convention de Chicago du 7 décembre 1944 sur l'aviation civile internationale et de l'article premier de l'accord, annexé à la convention, relatif au transit des services aériens internationaux, lesquelles garantiraient un droit de survol en toute circonstance.

Mais ces stipulations n'ont pas la portée que leur prêtent les requérantes.

a) L'article 12 de la convention de Chicago stipule uniquement que « *chaque Etat contractant s'engage* », d'une part, « *à adopter des mesures afin d'assurer que tout aéronef survolant son territoire ou y manœuvrant, ainsi que tout aéronef portant la marque de sa nationalité, en quelque lieu qu'il se trouve, se conforment aux règles et règlements en vigueur en ce lieu pour le vol et la manœuvre des aéronefs* », d'autre part, « *à maintenir ses règlements dans ce domaine conformes, dans toute la mesure du possible, à ceux qui pourraient être établis en vertu de la présente Convention* ».

Ces stipulations ne garantissent donc pas un droit de survol absolue des aéronefs, mais prévoient uniquement que chaque État d'immatriculation d'un aéronef doit s'assurer que cet aéronef se conforme aux règles édictées par l'Etat survolé.

L'article 6 de la convention soumet d'ailleurs le survol des aéronefs assurant un service régulier, c'est-à-dire, pour faire court, les avions de ligne, à un régime relativement

⁴⁵ Cons. const. 28 juill. 1987, n° 87-230 DC § 12.

restrictif puisqu'il prévoit que ces services « *ne peu[vent] être exploité[s] au-dessus ou à l'intérieur du territoire d'un État contractant, sauf permission spéciale ou toute autre autorisation dudit État et conformément aux conditions de cette permission ou autorisation* ».

Relevons encore que l'annexe 11 de la convention de Chicago envisage l'hypothèse de perturbations des services de la circulation aérienne, en prévoyant dans ce cas l'obligation pour les Etats de mettre en œuvre des plans de mesures d'exception, ce qui confirme que le droit de survol ne revêt pas un caractère absolu.

b) L'article premier de l'accord relatif au transit des services aériens internationaux stipule, pour sa part, que « *chaque Etat contractant accorde aux autres Etats Contractants (...) le privilège de traverser son territoire sans atterrir* ».

Si droit de survol il y a, celui-ci est donc accordé aux Etats, et non aux propriétaires des aéronefs, ce qui exclut à nos yeux de reconnaître un effet direct à ces stipulations.

Surtout, la section 2 de l'article subordonne l'exercice de ce « privilège » au respect des stipulations de la convention de Chicago, donc notamment de ses articles 6 et 12 qui, on l'a dit conditionnent le survol des services aériens réguliers au respect du droit des Etats survolés.

Dans ces conditions, le moyen, pris dans ses deux branches, ne peut qu'être écarté.

2.3. Il est ensuite soutenu que le seuil de 50%, dès lors qu'il ne permet pas de garantir le droit de survol en toute circonstance, méconnaît le droit de l'Union, plus particulièrement la libre prestation de services garantie par l'article 56 du TFUE, la liberté d'entreprise garantie par l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux, l'article 15 du règlement (n° 1008/2008) du 24 septembre 2008 et le règlement (n° 550/2004) du 10 mars 2004.

a) Mais s'agissant de la libre prestation de services, la Cour juge que « *ne sont pas visées par l'interdiction prévue à l'article 56 du TFUE des mesures dont le seul effet est d'engendrer des coûts supplémentaires pour la prestation en cause et qui affectent de la même manière la prestation de services entre États membres et celle interne à un État membre* »⁴⁶.

Or, le seuil de 50% affecte tous les opérateurs, quelle que soit leur nationalité.

b) L'article 16 de la Charte est à nos yeux applicable car s'il n'existe aucune réglementation européenne relative à la prestation de services garantis pendant les grèves, la Cour de Luxembourg a néanmoins jugé qu'en cas de fermeture de l'espace aérien par les services de la circulation aérienne, « *les usagers de l'espace aérien bénéficient des droits et libertés conférés par le droit primaire de l'Union, dont la liberté d'entreprise reconnue par* » ces stipulations (v. sa décision 2 juin 2022, *Skeyes c/ Ryanair*, C-353/20, pt. 44).

Reste que cette liberté peut faire l'objet de limitations dès lors que ces dernières sont prévues par la loi et nécessaires pour répondre effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui⁴⁷.

⁴⁶ CJUE, 8 septembre 2005, *Mobistar et Belgacom Mobile*, C-544/03 et C-545/03, pt. 31; 11 juin 2015, *Berlington Hungary e.a.*, C-98/14, pt. 36; 22 novembre 2018, *Vorarlberger Landes- und Hypothekenbank* C-625/17, pt. 32; 18 juin 2019, *Autriche/Allemagne*, C-591/17, pts.136 et 137

⁴⁷ V. CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, C-283/11

Or, la mesure litigieuse est propre à garantir des objectifs d'intérêt général, en l'occurrence l'effectivité du droit de grève, protégé par l'article 28 de la Charte, et, en ayant pour effet de limiter les créneaux de survol en cas de grève, un niveau élevé de sécurité de l'aviation civile⁴⁸.

Et rien dans l'argumentation des requérantes ne permet de considérer qu'en retenant le seuil de 50%, le pouvoir réglementaire serait allé en deçà de ce qui est nécessaire pour atteindre de tels objectifs.

c) L'article 15 du règlement européen du 24 septembre 2008, pour sa part, se borne à garantir le droit des transporteurs aériens de l'Union d'exploiter librement des services aériens intracommunautaires.

De telles dispositions n'ont donc aucunement pour effet d'obliger les Etats membres à limiter les effets d'une grève sur le trafic aérien, mais uniquement à réaliser le marché intérieur de l'aviation, c'est-à-dire à lever les restrictions appliquées entre Etats membres à la libre prestation de services aériens.

d) Enfin, le règlement du 10 mars 2004, dont les requérantes se prévalent en bloc, n'a ni pour objet ni pour effet de garantir un droit de survol, mais uniquement le respect d'exigences minimales en matière de sécurité et de tarification.

Si, comme a pu le relever la Cour de Luxembourg, le respect de ces exigences implique une continuité de la fourniture des services de navigation aérienne⁴⁹, cette continuité vise à garantir la sécurité aérienne⁵⁰, et non à éviter qu'un mouvement de grève entraîne des pertes financières pour les compagnies aériennes ou des désagréments pour leurs clients.

2.4. Par un dernier moyen, les sociétés requérantes soutiennent que le seuil de 50% méconnaît les dispositions de l'article L. 114-4 du CGFP qui imposent d'assurer « *en toute circonstance (...) / 2° La préservation des intérêts ou besoins vitaux de la France et le respect de ses engagements internationaux, notamment le droit de survol du territoire* ».

Mais en visant le respect des engagements internationaux de la France, ces dispositions n'ont, par définition, pas pu modifier la teneur de ces engagements.

Or, on l'a dit, les accords conclus par la France en matière d'aviation civile, notamment la convention de Chicago, ne garantissent pas un droit de survol absolu, dont l'effectivité devrait être assuré en toute circonstance.

Et les travaux préparatoires de la loi de 1984 confirment que le législateur n'excluait pas que le service minimum conduise à réguler les survols et donc ait pour effet d'entraîner des retards, voire l'annulation des vols prévus durant les pointes de trafic⁵¹.

⁴⁸ V. CJUE, 5 juillet 2017, *Werner Fries c/ Lufthansa City Line GmbH*, C-190/16, pt. 43

⁴⁹ CJUE, 2 juin 2022, *Skeyes c/ Ryanair*, C-353/20, pt. 44

⁵⁰ V. en ce sens les conclusions de M. Rantos sur l'affaire *Skeyes*, pt. 43

⁵¹ V. Rapport fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, n° 2048, Annexe au procès-verbal de la séance du 19 avril 1983, p. 8 ; intervention du ministre des transports lors de la séance du 25 avril 1984, JO p. 1934

PCMNC :

- à ce que vous donniez acte aux requérantes du désistement de leurs conclusions tendant à l'annulation du refus d'instituer une obligation de déclaration individuelle des agents des services de la navigation aérienne participant à un mouvement de grève,
- au rejet du surplus des conclusions de leur requête,
- et à ce que les sociétés requérantes versent à l'Etat une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.