

Le droit de grève encadré par le "droit à l'information" pour permettre aux compagnies aériennes de sécuriser leur taux de profit

Pascal Moussy

Par son vote du 29 février dernier le Parlement a donné « *son feu vert à l'encadrement du droit de grève dans les transports aériens* »¹ en votant la « *loi Diard* ». Par sa décision du 15 mars 2012, le Conseil constitutionnel a validé cette loi en considérant qu'elle ne portait pas une atteinte disproportionnée à l'exercice du droit de grève.² Et c'est le 20 mars 2012 qu'a été publiée au Journal Officiel la loi n° 2012-375 du 19 mars 2012 relative à « *l'organisation du service et à l'information des passagers dans les entreprises de transport aérien de passagers et à diverses dispositions dans le domaine des transports* »

Ce texte se consacre pour l'essentiel à organiser en cas de conflit collectif le « *droit à l'information des passagers du transport aérien* ».

Le souci de permettre une bonne information des personnes qui utilisent les transports aériens n'est pas *a priori* étranger à une mission de service public.

La loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs présentait, dans son article 5, « *le développement de l'information sur le système de transports* » comme l'une des missions du service public des transports.

L'ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 relative à la partie législative du Code des transports réaffirme, avec l'article L. 1211-4 de ce code, que le développement de l'information sur le système des transports constitue une mission de service public dont l'exécution est assurée par l'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements publics en liaison avec les entreprises privées ou publiques.

L'intérêt général à voir les usagers bénéficier de la meilleure information possible sur le dispositif mis en place pour les transporter n'est pas apparu comme étant à lui seul de nature à légitimer en encadrement du droit de grève.

Au cours des débats parlementaires, ont été évoquées par les promoteurs de la réglementation de l'exercice du droit de grève des préoccupations de maintien de

¹ Liaisons sociales n° 16054 du 5 mars 2012.

² Voir Liaisons sociales n° 16064 du 19 mars 2012.

l'ordre public. Le Conseil constitutionnel en a déduit qu'il ressortait des travaux parlementaires que le législateur avait entendu mettre en place un dispositif permettant l'information des entreprises de transport aérien et de leurs passagers « *afin, notamment, d'assurer le bon ordre et la sécurité des personnes dans les aéroports et, par suite, la préservation de l'ordre public qui est un objectif de valeur constitutionnelle* ». Le ministre des Transports, Thierry MARIANI, s'est félicité d'un texte qui « *respecte les équilibres indispensables entre le droit de grève et la sauvegarde de l'ordre public* ».³

C'est donc un souci d'information des passagers mêlé d'une exigence de la préservation de l'ordre public qui est le support du nouveau dispositif légal marqué par la nouvelle obligation de déclaration mise à la charge des salariés concourant à l'activité de transport aérien qui entendent exercer leur droit de grève.

Mais une lecture un tant soit peu attentive des travaux parlementaires qui ont fortement inspiré la décision de validation rendue par le Conseil constitutionnel fait ressortir que le souci affiché du maintien de l'ordre public relève d'une opération de communication visant à rendre respectable des textes ayant essentiellement pour objet de sécuriser les compagnies aériennes en les aidant à tenter de maintenir un niveau minimal de taux de profit en cas de grève.

I. Un dispositif d'information qui allie incitation et répression.

La loi du 19 mars 2012 instaure pour tous les maillons de la chaîne d'activités concourant au transport aérien de passagers un dispositif de « *dialogue social préventif* » à l'exercice du droit de grève, calqué sur celui existant dans les transports terrestres de voyageurs.

L'employeur et les organisations syndicales représentatives sont incités à engager des négociations en vue de la signature d'un « *accord-cadre organisant une procédure de prévention des conflits et tendant à développer le dialogue social* ».

En cas de grève et pendant toute la durée du mouvement, les salariés dont l'absence est de nature à affecter directement la réalisation des vols sont tenus d'informer, au plus tard quarante-huit heures avant de participer à la grève, le chef d'entreprise ou la personne désignée par lui de leur intention d'y participer.

³ Voir Liaisons sociales n° 16054 du 5 mars 2012.

Il s'agit, en quelque sorte, d'une obligation d'un préavis individuel mise à la charge du salarié qui entend faire grève.

La loi met également en place, aussi bien dans le transport aérien que dans le transport terrestre, un préavis individuel de renonciation à la grève ou de fin de grève.

Le salarié qui a déclaré son intention de participer à la grève et qui renonce à y participer doit en informer son employeur au plus tard vingt-quatre heures afin que celui-ci puisse l'affecter. Cette information n'est pas requise lorsque la grève n'a pas lieu ou lorsque la prise du service est consécutive à la fin de la grève.

Le salarié qui participe à la grève et qui décide de reprendre son service est tenu d'en informer son employeur au plus tard vingt-quatre heures avant l'heure de sa reprise afin que ce dernier puisse l'affecter. Cette information n'est pas requise lorsque la reprise du service est consécutive à la fin de la grève.

A. Les organisations syndicales sont invitées à signer un accord-cadre pour prévenir le conflit.

C'est au nom de la continuité du service public que le Conseil constitutionnel a validé les dispositions de la loi du 21 août 2007 concernant les transports terrestres réguliers de voyageurs qui ont introduit l'obligation de l'employeur et des organisations syndicales représentatives d'engager des négociations en vue de la signature d'un « *accord de prévisibilité de service* » en cas de grève.⁴

Mais ce n'est pas le principe de continuité du service public qui constitue le fondement de la loi du 19 mars 2012. (Tout le monde sait que le service public a volé en éclats dans le secteur des transports aériens de passagers). Aussi le dispositif de dialogue social préventif mis en place par cette loi n'est pas obligatoire mais facultatif. Le texte est sans équivoque. « *L'employeur et les organisations syndicales représentatives **peuvent** engager des négociations en vue de la signature d'un accord-cadre organisant une procédure de prévention des conflits et tendant à développer le dialogue social* ».

⁴ Cons. constit., décision n° 20076556 DC du 16 août 2007.

Lors des travaux parlementaires le rapporteur a souligné que ce mécanisme de prévention des conflits ne pouvait être qu' « *incitatif puisqu'il ne s'agit pas d'un service public* ».

Il a été relevé par le ministre des Transports, Thierry MARIANI, qu' « *il semblerait qu'il y ait un risque d'inconstitutionnalité à créer une obligation formelle pour une entreprise privée... Je propose que nous fassions confiance aux partenaires sociaux et de laisser « peuvent engager »* ».

Il ressort des dispositions de la loi du 19 mars 2012 que la négociation visant à la conclusion d'un accord organisant une procédure de prévention des conflits est une négociation d'entreprise ou d'établissement.

Il résulte également des termes de la loi qu' « *en application de cet accord, l'exercice du droit de grève ne peut intervenir qu'après une négociation préalable entre l'employeur et la ou les organisations syndicales représentatives qui envisagent de recourir au droit de grève* ».

La loi habilite donc les « partenaires sociaux » à poser le principe de l'obligation d'un préavis en l'absence de mission de service public. En apposant sa signature, l'organisation syndicale reconnaît comme légitime la réglementation de l'exercice du droit de grève au nom du « *droit à l'information* ».

Mais la procédure de prévention des conflits prévue par l'accord-cadre ne peut être mise en place que si l'accord obéit aux conditions de validité des accords d'entreprise ou d'établissement.⁵

La validité de l'accord est subordonnée à sa signature par une plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel.

Il doit également y avoir absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés à ces mêmes élections, soit 50 %.

En ne signant pas l'accord et, éventuellement, en s'opposant à un accord ayant passé le cap des 30 %, les organisations syndicales exprimeront leur refus d'avaliser la restriction à l'exercice du droit de grève permise par la loi du 19 mars 2012.

⁵ Voir, au sujet de ces conditions de validité, Liaisons sociales n° 15411 du 31 juillet 2009, « La négociation collective d'entreprise », 50.

B. Le salarié, sous peine de sanction, a pour obligation de déclarer son intention de rejoindre ou de quitter le mouvement de grève.

La déclaration d'intention individuelle mise à la charge du salarié gréviste, dont l'absence est de nature à affecter directement la réalisation des vols, présente un caractère obligatoire.

Le salarié qui ne fait pas part de son intention de participer à la grève, au moins quarante-huit heures à l'avance, est passible d'une sanction disciplinaire.

Cette nouvelle obligation légale prend le contrepied de la jurisprudence de la Cour de cassation. Par son arrêt du 23 juin 2006, *Air France c./ Le Bras et autres*, l'Assemblée plénière avait posé le principe, à l'occasion du contentieux suscité par un mouvement de grève observé par des pilotes, qu' *« il ne pouvait être imposé à un salarié d'indiquer à son employeur son intention de participer à la grève avant le déclenchement de celle-ci »*.⁶

Le Conseil constitutionnel a validé cette exigence d'un « préavis individuel » en retenant que le législateur a entendu mettre en place *« un dispositif permettant l'information des entreprises de transport aérien ainsi que de leurs passagers »*.

Mais la seule référence à ce souci affiché d'une bonne information des entreprises de transports aériens et de leurs passagers n'a pas paru suffisante pour déclarer la constitutionnalité de la restriction au libre exercice du droit de grève mise en œuvre par l'obligation de déclaration.

Les Sages de la rue Montpensier ont fait valoir que le nouveau dispositif a notamment pour objectif *« d'assurer le bon ordre et la sécurité des personnes dans les aéroports, et par suite, la préservation de l'ordre public qui est un objectif de valeur constitutionnelle »*.

La nouvelle obligation d'un préavis individuel de renonciation à la grève ou de fin de grève, qui concerne aussi bien les salariés du transport aérien que ceux du transport terrestre, a également trouvé grâce aux yeux du Conseil constitutionnel.

⁶ Cass. Ass. Plén., 23 juin 2006, Dr. Soc. 2006, 935 et s., obs. E. DOCKES.

Lors des débats parlementaires, le ministre du Travail, Xavier BERTRAND, a justifié cette contrainte supplémentaire en la présentant comme une réponse au comportement de certains agents des transports terrestres qui *« avaient trouvé le moyen de contourner la loi en déposant des déclarations d'intention de faire grève puis en changeant d'avis, dans le seul but d'empêcher l'entreprise de prévoir une organisation adaptée aux besoins. Qui en pâtit ? Ce sont les usagers. Il est possible de changer d'avis, nous en avons beaucoup parlé au cours des débats, mais quand c'est dans le but de désorganiser le service, ce n'est plus pareil. Ceux-là veulent contourner la loi ; nous nous complétons la loi »*.

Le Conseil constitutionnel a validé ce préavis individuel de renonciation à la grève ou de fin de grève en considérant que *« le législateur n'a permis que soit prise une sanction disciplinaire qu'à l'encontre du salarié qui, abusant du droit de grève, s'abstient « de façon répétée » d'informer son employeur soit de son intention de renoncer de participer à la grève, soit de reprendre son service »*.

Il en résulte que c'est la *« répétition »* de l'omission d'information de la renonciation à la grève qui est constitutive de l'abus. Le travail de qualification qui serait effectué à l'occasion d'un contentieux suscité par la sanction disciplinaire infligée au salarié accusé d'avoir mis en difficulté l'entreprise par sa reprise du travail *« sauvage »* pourrait donner l'occasion de préciser ce qu'il faut entendre par *« de façon répétée »*.

La motivation de la décision de validation rendue par le Conseil constitutionnel soulève par ailleurs une interrogation.

Il est souligné par les Sages que *« la méconnaissance de ces obligations de déclaration individuelle préalable n'a de conséquence ni sur le caractère licite de la grève ni **sur l'obligation pour l'employeur de rémunérer le salarié pour les heures pendant lesquelles il n'est pas en grève** »*.

Le salarié qui a décidé de reprendre son service ne se considère plus comme gréviste. Il est à la disposition de l'employeur pour effectuer son travail. L'employeur dispose d'un délai de vingt-quatre heures avant de l'affecter à son service. Le temps d'attente de l'affectation n'est pas travaillé. Mais il n'en demeure pas moins que le gréviste repenté ne considère plus être dans le mouvement de grève et indique clairement qu'il est au service de l'employeur pour effectuer sa prestation de travail. N'est-il pas en droit de revendiquer légitimement d'être rémunéré pour les heures pendant lesquelles il attend son affectation, dans la mesure où celles-ci correspondent à un temps pendant lequel il se considère comme n'étant plus gréviste mais en état de subordination ?

II. Une restriction au libre exercice du droit de grève permise par une opération de communication affichant la préoccupation de garantir la sécurité des personnes.

Le Conseil constitutionnel valide l'obligation d'information de l'intention de faire grève imposée au salarié du transport aérien en mettant en avant le souci des promoteurs de la nouvelle loi « *d'assurer le bon ordre et la sécurité des personnes dans les aéroports et, par suite, la préservation de l'ordre public* ».

La validation de restrictions à l'exercice du droit de grève au nom de la sécurité n'est pas une première.

Par une décision du 22 juillet 1980⁷, le Conseil constitutionnel avait considéré, que « *s'agissant de la détention et de l'utilisation de matières nucléaires, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la protection de la santé et de la sécurité des personnes et des biens, protection qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle* ».

Cette préoccupation affichée du maintien de la sécurité se retrouve dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 17 mars 1997 qui a admis la légalité de notes de la direction d'EDF-GDF définissant les fonctions devant être assurées, même en période de grève, par les agents figurant au tableau de service et désignés à cet effet par les chefs de service. Le Conseil d'Etat a souligné que le souci d'assurer la sécurité en toutes circonstances rendait légitimes « *les limitations affectées à l'exercice du droit de grève dans l'établissement en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public* ». ⁸

Mais la lecture des travaux parlementaires ayant précédé le vote de la loi relative « *à l'organisation du service et à l'information des passagers dans les entreprises de transport aérien de passagers et à diverses dispositions dans le domaine des transports* » fait ressortir que la volonté d'assurer la sécurité des personnes ne peut

⁷ Cons. constit., décision n° 80-117 DC.

⁸ CE, 17 mars 1997, n° 123912.

être sérieusement présentée comme la raison déterminante qui a conduit à l'adoption du nouveau texte législatif.

A. Le dispositif d'information visant à permettre un minimum d'activité des compagnies aériennes est validé au nom de menaces (indéterminées) pour la sécurité des personnes

Dans son rapport, Eric DIARD a présenté les trois objectifs de sa proposition de loi :

« - éviter les grèves en incitant les employeurs et les organisations syndicales représentatives à conclure des accords-cadres de prévention des conflits ;

- éviter la paralysie du transport aérien, en obligeant les salariés qui ont l'intention de participer à une grève à se déclarer individuellement quarante-huit-heures avant le début de celle-ci ;

- éviter enfin l'absence d'information des usagers, en délivrant à ces derniers une information précise vingt-quatre heures au plus tard avant la perturbation.

L'objet de ce texte n'est ainsi en rien de mettre obstacle à l'exercice du droit de grève. Cet exercice est simplement soumis à une obligation d'information préalable de l'employeur, qui permet à ce dernier de prévoir une organisation adaptée de l'activité du transport aérien et d'informer lui-même à l'avance un autre intervenant essentiel, le passager. C'est le respect dû à celui-ci qui inspire ainsi votre Rapporteur.

La grève donc est toujours possible, mais l'activité assurée doit rester prévisible pour l'utilisateur.

L'objet de ce texte n'est pas non plus, contrairement à ce qui est parfois indiqué, de créer un « service minimum » du transport aérien, une telle formule susceptible conduire à des réquisitions de personnels étant à tout à fait inenvisageable dans un secteur très largement marqué par la logique concurrentielle ».

Au cours de la discussion menée au sein de la Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire après la présentation du rapport, Yannick PATERNOTTE, un des partisans du nouveau texte, a souligné :

« Aujourd'hui, on n'apprend l'annulation d'un vol qu'une fois effectués les contrôles de sécurité et l'enregistrement des bagages : on est pris en otage. Pour peu que les bagagistes soient eux aussi en grève, on ne récupère pas ses bagages et on ne sait

*pas si l'on doit quitter ou non l'aéroport. Il faut être bien ignorant de la chaîne logistique pour prétendre que la situation actuelle est satisfaisante ! A Roissy, situé dans ma circonscription, j'ai vu des voyageurs en provenance de Belgique, des Pays-Bas ou de Grande-Bretagne pris ainsi en otage et scandalisés. Quelle conclusion en tirent-ils ? « **Plus jamais cet aéroport, plus jamais cette compagnie** » ».*

Lors de la discussion qui a eu lieu à l'Assemblée nationale, l'ancienne ministre des Transports, Nathalie KOSCIUSKO-MORIZET, a tenu les propos suivants :

« Thierry Mariani et moi-même considérons que l'économie française et les Français ne peuvent pas subir des grèves à répétition qui paralysent le transport aérien et prennent en otage nos concitoyens, le plus souvent au moment des grands départs. Cette situation n'est pas tolérable, en premier lieu pour nos concitoyens qui ne peuvent plus se déplacer librement à l'occasion d'un congé bien mérité, pour retrouver leur famille ou encore pour travailler. C'est aussi une situation difficile à vivre pour nos entreprises car les déplacements en avion sont souvent indispensables à l'exercice de leur activité, et ces grèves nuisent donc à leur développement. Ce n'est pas tolérable non plus pour l'image de la France : notre pays doit pouvoir donner des signes de son professionnalisme et de son dynamisme économique dans le contexte de la mondialisation. Enfin, c'est intolérable pour les compagnies aériennes, qui sont fragilisées par ces conflits à répétition alors même, je le répète, qu'elles sont soumises à une concurrence extrêmement rude ».

Il ressort très nettement de toutes ces déclarations que ce sont des raisons d'ordre économique qui ont été au cœur des préoccupations des promoteurs de la loi du 19 mars 2012.

Il ne peut également qu'être relevé qu'au cours des débats parlementaires, Thierry MARIANI, l'actuel ministre chargé des Transports, a insisté sur le fait que le nouveau dispositif ne mettait pas en place un « *service minimum* », mais un « *service garanti* ».

La distinction est pleine de signification.

« Le service minimum est celui requis de l'agent public dans l'intérêt du service sans qu'il soit possible d'affirmer pourvoir complètement aux nécessités d'une mise en marche de l'activité en cause. Le service garanti est celui qui, certifié envers l'utilisateur, assure d'une mise en route de l'activité concernée et de son accomplissement périodique suivant une marge minimale de temps (horaires) et de moyens (nombre

*d'autobus pour les services de transport urbain par exemple) qui serait dite incompressible ».*⁹

Le « *service garanti* » est destiné à permettre à l'utilisateur de bénéficier d'un minimum d'activité.

La « *sécurité* » a été évoquée au cours des travaux parlementaires, mais en termes très généraux. Il ne ressort pas des propos tenus par les partisans d'une réglementation plus stricte que la grève des salariés des transports aériens soit à l'origine de risques d'une intensité telle qu'ils justifient des mesures particulières.

En présentant sa proposition de loi à la Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire, le rapporteur a dénoncé la situation qui oblige à attendre le jour même de la grève pour savoir qui y participe dans les termes suivants : « *Si nous restons là, nous connaissons à nouveau des scènes de panique dans les aéroports, où des passagers en transit, très loin de chez eux, resteront sans nouvelles de l'heure prévue pour le décollage de leur avion* ».

Lors de la discussion à l'Assemblée nationale, les menaces pour la sécurité se sont précisées.

Le rapporteur a été éloquent. « *L'aéroport, mes chers collègues, est un lieu de transit. Ce n'est pas un endroit pour dormir. Nous sommes nombreux à avoir en tête des images de personnes bloquée dans un aéroport, qui dorment à même le sol... Nous avons vu des images de personnes se disputant autour d'un guichet* ».

Il était temps que les aéroports réintègrent la société civile et qu'une législation spéciale vienne supprimer cet anachronisme, qui a depuis longtemps disparu ailleurs, de personnes se disputant autour d'un guichet !

La lecture des travaux parlementaires ne révèle pas de risques plus sérieux pour la sécurité des personnes.

Et lorsque le ministre chargé des Transports salue l'adoption du nouveau texte de loi en se félicitant que les salariés du transport aérien ne soient plus « *pris en otage* » par les grèves, cela ne vaut pas justification d'une législation d'exception.

⁹ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, Droit du service public, 3^e éd., Montchrestien, 2011, 617.

Cela fait longtemps que l'on crie à la « prise d'otages » lorsque survient une grève. Mais cela ne suffit pas, en principe, à convaincre de la réalité d'une menace pour l'ordre public rendant nécessaire une réglementation plus stricte de l'exercice du droit de grève.

Dans un registre moins émotionnel, la direction d'Air France a fait connaître sa satisfaction envers les nouvelles conditions d'exercice du droit de grève. « *Dans un contexte économique et concurrentiel difficile, tout dispositif qui ne remettrait pas en cause ce droit tout en permettant de fournir aux passagers une information fiable et utile en temps et en heure serait positif pour nos clients et notre activité* ». ¹⁰

Il faut une nouvelle fois se rendre à l'évidence. C'est moins la sécurité des personnes que le souci de l'activité des compagnies aériennes qui a été à l'origine du nouveau « *dispositif permettant l'information des entreprises de transport aérien ainsi que leurs passagers* ».

La référence à la « *sécurité des personnes dans les aéroports* » et la « *préservation de l'ordre public* » est un tour de passe-passe auquel s'est livré le Conseil constitutionnel pour attribuer une « *valeur constitutionnelle* » à la sécurisation de l'activité des entreprises de transport aérien de passagers.

Les organisations syndicales qui signeraient l'accord-cadre de prévention des conflits, vivement souhaité au nom du « *droit à l'information des passagers du transport aérien* » participeraient à cette contestable opération de communication qui présente la sécurité des personnes dans les aéroports comme le corollaire du dispositif d'information mis en place par la nouvelle loi.

B. Les salariés qui exprimeraient un refus de principe de la prise en otage du droit de grève au nom de « l'information-sécurité » prennent-ils le risque du licenciement ?

Le nouvel article L. 1114-4 du Code des transports, issu de la loi du 19 mars 2012, dispose qu'est passible d'une sanction disciplinaire le salarié qui n'a pas informé son employeur de son intention de participer à la grève au moins quarante-huit heures à l'avance. Il prévoit que cette sanction disciplinaire peut également être prise à l'encontre du salarié, qui, de façon répétée, n'a pas, au moins vingt-quatre heures à

¹⁰ Le Monde des 5 et 6 février 2012.

l'avance, informé son employeur de son intention de renoncer à participer à la grève ou de reprendre son service.

La sanction du manquement au nouveau devoir d'information du salarié quant à ses intentions envers la grève peut-elle aller jusqu'au licenciement ?

La règle générale posée par l'article L. 1132-2 du Code du travail affirme qu'aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de l'exercice normal du droit de grève.

S'inspirant des autres dispositions générales énoncées par l'article L. 2511-1 du Code du travail, selon lesquelles « *l'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable du salarié* », la Cour de cassation, par un arrêt du 16 décembre 1992¹¹, raisonnant par assimilation, en a déduit qu'un salarié gréviste ne peut être sanctionné, à l'occasion d'un fait commis à l'occasion de la grève à laquelle il participe, que si ce fait est constitutif d'une faute lourde.

La disposition spéciale issue du nouvel article L. 1114-4 du Code des transports légitime la sanction disciplinaire infligée au salarié gréviste qui s'affranchit de son obligation d'information. Si une telle sanction venait à être contestée dans le cadre d'un contentieux prud'homal, il serait vraisemblablement jugé que le réfractaire au devoir d'information n'a pas exercé normalement son droit de grève.

Le licenciement ne saurait certainement être admis par les juges comme la réponse immédiate au manquement du devoir d'information. L'employeur dispose d'un arsenal de sanctions disciplinaires intermédiaires et le principe de proportionnalité lui interdit de frapper tout de suite en engageant une procédure de licenciement.

Mais, en cas de refus systématiques de se plier au devoir d'information, il est à craindre que l'employeur se situe sur le terrain de la « *faute lourde* », susceptible de justifier une mesure de licenciement.

La qualification de « *faute lourde* » donnée par l'employeur ne s'impose pas aux juges intervenant dans le contentieux prud'homal (Conseil de prud'hommes, Chambre sociale de la Cour d'appel, Chambre sociale de la Cour de cassation). Si les juges sont choqués par « l'instrumentalisation » du droit à l'information en vue de réglementer l'exercice du droit de grève, ils ne retiendront pas la « *faute lourde* ». Mais s'ils suivent le Conseil constitutionnel dans son assimilation du devoir

¹¹ Cass. Soc. 16 décembre 1992, n° 91-41215, Bull. V, n° 592.

d'information au souci d'assurer la sécurité des personnes, il y a un risque non négligeable qu'ils acceptent de valider le licenciement au nom de la « *faute lourde* ».

La situation se présente un peu différemment, du moins d'un point de vue procédural, si la résistance au devoir d'information provient d'un salarié investi d'un mandat représentatif.

L'employeur qui voudrait licencier le représentant syndical ou l'élu du personnel qui, par son comportement, exprime un refus de principe d'obtempérer à la nouvelle obligation d'information, doit obtenir de l'inspecteur du travail l'autorisation de procéder au licenciement.

L'inspecteur du travail devra alors vérifier « *si les faits reprochés au salarié sont d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement compte tenu de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé et des exigences propres à l'exécution normale du mandat dont il est investi* ». ¹²

La notion de « *faute d'une gravité suffisante* » a été présentée par le commissaire du Gouvernement Philippe DONDOUX, dans ses conclusions sous l'arrêt SAFER d'Auvergne, dans les termes suivants : « *Selon nous, la protection doit exister non au niveau de la faute mais au niveau du statut : le représentant est protégé en tant que tel ce qui implique que l'on recherche cas par cas si en réalité on n'a pas voulu porter atteinte à ses fonctions représentatives* ». ¹³

Lors de l'enquête qui va précéder l'intervention de la décision de l'inspecteur du travail, le salarié investi d'un mandat représentatif va avoir l'occasion d'expliquer les raisons qui le conduisent à ne pas se plier à l'obligation d'information. Il pourra alors faire valoir que ce n'est pas la volonté de désorganiser l'entreprise ou de compromettre la sécurité qui guide son refus mais qu'en sa qualité de représentant syndical ou d'élu du personnel c'est son devoir de ne pas accepter que le droit de grève soit « *pris en otage* » ¹⁴ par une présentation inadmissible du nouveau dispositif d'information comme répondant à des nécessités de sécurité.

Le sens de la décision rendue par l'inspecteur du travail (autorisation ou refus du licenciement) indiquera si l'autorité administrative a été plus sensible à la culpabilisation du refus de participer à une bonne information ou à la dénonciation

¹² CE, 5 mai 1976, SAFER d'Auvergne c/ sieur BERNETTE, Dr. Soc. 1976, 346.

¹³ Dr. Soc. 1976, 352.

¹⁴ Voir Le Monde des 24, 25 et 26 décembre 2011, « Quand le droit de grève est pris en otage ».

de l'opération de communication ayant pour objectif la restriction au libre exercice du droit de grève.

La décision de l'inspecteur du travail peut faire l'objet, aussi bien de la part du « salarié protégé » que de l'employeur, d'un recours hiérarchique devant le (nouveau ?) ministre du travail, qui aura alors l'occasion de donner son point de vue.

La décision de l'inspecteur du travail ou celle du ministre du travail peut aussi faire l'objet d'un recours contentieux devant le juge administratif (Tribunal administratif, Cour administrative d'appel, Conseil d'Etat) qui dira, dans l'hypothèse où il serait saisi, s'il partage la grille de la lecture de la loi du 12 mars 2012 faite par le Conseil constitutionnel...

Finalement, la meilleure réponse à apporter serait un mouvement déterminé de l'ensemble des salariés « *dont l'absence est de nature à affecter directement la réalisation des vols* » qui aurait pour effet de permettre de donner l'information fiable et précise d'une paralysie totale de l'activité et de voir se réaliser à 100% le risque d'une chute brutale du taux de profit des compagnies aériennes pendant toute la durée de la grève.