

Propos critiques sur l'interdiction faite à un salarié d'arrêter le travail pour soutenir une revendication professionnelle par Pascal MOUSSY

La grève d'un seul est a priori insuffisante pour créer le rapport de forces permettant de faire céder le détenteur du pouvoir. L'auteur de ces propos est tout à fait convaincu que c'est la force collective des travailleurs en lutte qui est seule susceptible d'aboutir à un changement de société. Il a même eu l'occasion d'œuvrer à la mobilisation collective, qui a permis la présence à ses côtés de près d'une centaine de militants syndicaux, lorsque, seul salarié d'un organisme de formation, il a observé un mouvement de grève pour défendre ses conditions de travail et la qualité de l'enseignement dispensé par l'institut de formation.¹ Pour préparer les débats judiciaires² consécutifs au licenciement ayant suivi cette grève, il a été amené à lire attentivement les décisions et leurs commentaires se prononçant sur la qualification de l'arrêt de travail observé par un seul salarié pour soutenir des revendications professionnelles.

S'agit-il ou non d'une grève ?

La discussion que nous nous proposons de mener ici n'a pas pour objet d'inciter à substituer à l'action collective de multiples foyers de résistance individuelle entretenus par des arrêts de travail observés par des salariés isolés. Elle est simplement animée par la préoccupation de comprendre sur quelle légitimité se fonde l'exclusion des dispositions légales protégeant l'exercice du droit de grève³ du salarié qui arrête tout seul le travail pour soutenir une revendication professionnelle.

Le dictionnaire nous indique que la grève est une « *cessation volontaire et collective du travail décidée par des salariés pour obtenir des avantages professionnels, matériels ou moraux* » mais il nous apprend également que, sans que soit évoquée

¹ Voir, pour de plus amples informations sur cette affaire et ses (fâcheuses) suites, [http : // affinitiz.com/space/pmoussy](http://affinitiz.com/space/pmoussy)

² qui sont loin d'être finis... Et qui ne sont que le prélude à un commentaire public beaucoup plus large, si une solution n'est pas trouvée pour mettre fin à la situation discriminatoire résultant d'un licenciement particulièrement scandaleux.

³ Art. L. 1132-2 (ancien art. L. 122-45) C. trav. : "Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire mentionnée à l'article L. 1132-1 en raison de l'exercice normal du droit de grève ».

Art. L. 2511-1 (ancien art. L.521-1) C. trav. : "L'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié ».

une exigence quantitative, « faire grève », c'est « quitter l'ouvrage pour demander de l'augmentation » ou « arrêter une activité pour revendiquer, attirer l'attention, protester ».⁴

La définition de la grève qui est consacrée par le droit est présentée comme reposant sur le postulat que l'exercice du droit de grève est collectif.

Il est affirmé « un principe constitutionnel selon lequel le droit de grève est un droit individuel ». Mais « son exercice ne peut être que collectif ».⁵ « La liberté de grève - si elle est individuelle quant à son titulaire – est exercée collectivement. Chacun ne peut user de son droit que si d'autres sont d'accord pour utiliser le leur dans le même sens. La grève est une action concertée ».⁶ Il en résulte qu'en principe, l'arrêt de travail observé par un seul salarié pour soutenir des revendications professionnelles n'est pas considéré comme une grève mais est condamné comme traduisant un acte d'indiscipline.

Mais il a également été relevé que « la décision de recourir à la grève relève d'un choix individuel qui ne peut être conditionné par une décision syndicale ou majoritaire ».⁷ Depuis 1963, en effet, la Cour de Cassation a abandonné la conception purement quantitative de la grève qui refusait la protection légale au salarié qui participait à un mouvement réunissant un nombre insuffisant de grévistes. Un arrêt de travail « ne saurait perdre le caractère de grève par le seul fait qu'il n'a pas été observé par la majorité du personnel ».⁸ Finalement, le refus de reconnaître la qualité de gréviste à un salarié qui est le seul à défendre par l'arrêt de travail des revendications d'ordre professionnel révèle la persistance d'un critère numérique de qualification de la grève. Ce qui peut légitimement mériter la critique, dans la mesure où cette exigence quantitative revient à imposer une conception purement formaliste de la revendication professionnelle.

⁴ Le Grand Robert de la langue française, tome IV, 1049 et s.

⁵ Voir B. MATHIEU, note sous Cass. Soc. 7 juin 1995, D. 1996, jurisprudence, 76.

⁶ H. SINAY, J.CI. JAVILLIER, La grève, Deuxième édition, Dalloz, 1984, 102.

⁷ B. MATHIEU, note préc.

⁸ Voir Cass. (Ch. civ. sect. soc.) 3 octobre 1963, D. 1964, jurisprudence, 3.

I. A priori, l'arrêt de travail observé par un seul salarié traduit un acte d'indiscipline.

La formule est claire. « *La cessation collective et concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles caractérise l'exercice du droit de grève* ». ⁹

En vertu d'une jurisprudence constante, la grève suppose un arrêt de travail collectif. « *Il faut que le refus de travail émane de plusieurs salariés, agissant collectivement. Le comportement d'un isolé est, bien entendu, insusceptible d'être qualifié de grève ; c'est un simple acte d'indiscipline, un abandon de poste* ». ¹⁰

Cette condition d'une action collective et concertée a fait l'objet de la double justification suivante. « *Elle est, tout d'abord, conforme à la **nature sociologique** d'un mode d'action qui, dans une perspective de rééquilibrage des rapports de travail, se présente naturellement sous une forme collective. En ce sens, les magistrats se révèlent une nouvelle fois de sagaces observateurs de la réalité sociale. Elle permet ensuite de faire, en principe, le départ entre une légitime action à visée revendicative et des agissements individuels s'analysant en actes d'indiscipline, partant illégitimes. Il s'agit d'éviter que sous prétexte de désaccord avec les initiatives de l'employeur en matière d'organisation du travail, les salariés ne s'arrogent à titre individuel un droit à la désobéissance sous couvert de grève. Et c'est sous ce rapport que la condition de concertation prend tout son sens. La Cour estime que l'entrée en grève doit être précédée d'un minimum de débat au sein de la collectivité des salariés elle-même. En sorte que si un ou plusieurs salariés décidaient **ex abrupto** de passer à l'action sans revendication et **uniquement** pour se soustraire à la décision de l'employeur, la qualification de grève pourrait être sujette à doute faute du « collectif » que ne constitue pas une sommation d'individus agissant chacun pour son propre compte* ». ¹¹

Il peut arriver que le principe du caractère collectif de l'arrêt de travail soit simplement appliqué.

Lorsqu'un seul salarié « fait grève » dans l'entreprise pour se joindre à un mouvement organisé pour appuyer des revendications professionnelles formulées sur

⁹ Cass. Soc. 18 janvier 1995, Dr. Soc. 1995, 186.

¹⁰ H. SINAY, J. Cl. JAVILLIER, op. cit., 160.

¹¹ J. LE GOFF, Droit du travail et société, tome II, Presses Universitaires de Rennes, 2002, 281.

le plan national.¹²Dans ce cas, les juges ne concluent pas à l'indiscipline et à la légitimité du licenciement.

Lorsque le (en l'occurrence la) gréviste constitue la totalité de l'effectif salarié de l'entreprise.¹³Le conseiller doyen Philippe WAQUET a souligné, à propos de cette situation, que les juges ne sont pas en présence de « l'action isolée » promise à la répression. L'arrêt de travail du seul salarié de l'entreprise ne saurait être marqué du sceau de la marginalité. *« Lorsque la collectivité de travailleurs fait défaut, il n'est pas anormal de décider que le droit individuel subsiste. On peut d'ailleurs, sans jeu de mot, dire que le salarié unique constitue tout le personnel et qu'en cela la grève d'un seul conserve son caractère collectif »*.¹⁴

L'exception confirme la règle. Il a été relevé que la Cour de Cassation continue à affirmer que la grève *« ne peut, en principe, être le fait d'un salarié agissant isolément »* et que *« l'interdiction de faire grève de manière isolée, c'est-à-dire en présence de salariés non grévistes, ressemble alors singulièrement à une prohibition de la grève minoritaire »*. *« La majorité silencieuse dispose alors d'une arme redoutable pour paralyser le trublion : l'inertie. Il paraîtrait par conséquent particulièrement inique de priver un salarié du droit de faire grève dans une entreprise où les autres salariés refuseraient de cesser le travail, notamment par crainte de représailles : le courage d'un seul permet d'ailleurs souvent de montrer l'exemple et de décider les hésitants »*.¹⁵

Cette persistance du critère numérique, qui n'a pas totalement disparu avec l'abandon de l'exigence de la grève majoritaire, présente le tort d'édulcorer le *« droit à la revendication »*¹⁶en présentant comme une vérité indiscutable le contestable

¹² Cass. Soc. 22 mai 1979, Bull., V, n° 464. Dans le même sens, voir Cass. Soc. 29 mars 1995, Dr. Ouv. 1996, 39.

¹³ Cass. Soc. 13 novembre 1996, Dr. Ouv. 1997, 143, note Francis SARAMITO.

Le juge administratif s'est inscrit dans la même démarche pour conclure à la légitimité de la grève observée par l'agent contractuel d'une petite commune recruté pour exercer seul des fonctions spécifiques et se retrouvant « seul à pouvoir défendre utilement ses revendications professionnelles » (voir CAA Marseille 18 juin 1998, AJDA, 1998, 946 ; décision également citée par H. SELLAMI dans « Le monopole syndical du préavis de grève dans les services publics », RPDS, 1999, 329 et s.).

¹⁴ Ph. WAQUET, rapport sous Cass. Soc. 13 novembre 1996, JCP, 1997, II, 22754.

¹⁵ C. RADE, « La solitude du gréviste », Dr. Soc., 1997, 374.

¹⁶ expression empruntée à C. RADE (voir C. RADE, art. préc., 371).

Il est fort justement souligné par C. RADE, préoccupé par la défense du caractère fondamental du droit à la revendication, que « la solution dégagée pour les travailleurs des entreprises n'employant qu'un seul salarié ne doit donc pas a priori être réservée à cette seule hypothèse mais au contraire s'appliquer au salarié qui défendrait seul des revendications professionnelles dans une entreprise ne comportant que des non-grévistes, et ce dès lors qu'il ne dispose d'aucun autre moyen institutionnel de présenter et défendre ses revendications » (C. RADE, art. préc., 375).

postulat que c'est le nombre des participants à l'arrêt de travail portant la revendication, et non le contenu de celle-ci, qui définit la revendication professionnelle.

II. Une persistance du critère numérique qui entend imposer une conception purement formaliste de la revendication professionnelle.

A la belle époque, dans les années 1950, la Cour de Cassation ne retirait pas la qualification de « grévistes » à des salariés qui avaient décidé de continuer l'arrêt de travail alors que la majorité du personnel de l'entreprise avait cessé le mouvement et repris l'activité.¹⁷ Mais elle était néanmoins sensible à une certaine exigence quantitative admettant la légitimité des licenciements de salariés à qui il était reproché de ne pas avoir été suffisamment nombreux à arrêter le travail.¹⁸

Par son arrêt du 3 octobre 1963¹⁹, la Cour de Cassation décidait de rejeter la conception purement quantitative du mouvement collectif. *« L'arrêt de travail concerté de 58 ouvriers d'une entreprise dans le but d'obtenir une amélioration des conditions de travail ne saurait perdre le caractère d'une grève par le seul fait qu'il n'a pas été observé par la majorité du personnel ».*

Dans sa note sous l'arrêt, Gérard LYON-CAEN louait cette décision en ce qu'elle rejoignait l'orientation de la doctrine française qui, en général, considérait que la grève ne peut être que partielle et qu'il n'est pas indispensable qu'elle réunisse la participation d'une proportion minima de grévistes. ***« Ce qui importe, c'est l'accord entre l'acte des salariés et l'opinion ouvrière... Il est possible que la grève de quelques uns rencontre l'appui, la sympathie, des autres qui, pourtant, ne veulent ou n'osent se joindre au mouvement ».***²⁰

¹⁷ Voir Cass (Ch. civ. sect. soc.) 19 juin 1952, Bull., IV, n° 531.

¹⁸ Cass (Ch. civ. sect. soc.) 20 novembre 1952, Dr. Soc. 1953, 99 (40 grévistes sur 400 salariés) ; Cass. (Ch. civ. sect. soc.) 18 mai 1953, Dr. Soc. 1953, 545 (environ 40 grévistes « sur l'important effectif total que compte la société ») ; Cass. (Ch. civ. sect. soc.) 22 juin 1957, D. 1957, jurisprudence, 675 (« arrêt de travail suivi de façon insignifiante »).

¹⁹ Arrêt précité.

Confirmé par Cass. Soc. 21 juin 1967, JCP 1967, II, 15256 : « Il y avait eu cessation concertée et collective du travail par un certain nombre de salariés, (...) peu important qu'ils ne fussent pas la totalité ni la majorité dans l'entreprise ».

²⁰ G. LYON-CAEN, note sou Cass. (Ch. civ. sect. soc.) 3 octobre 1963, D., 1964, jurisprudence, 4.

La conception « *subjective* » se substitue à l'approche purement « *quantitative* ». ²¹Ce qui importe, en effet, ce n'est pas le nombre de salariés qui observent l'arrêt de travail. C'est l'opinion ouvrière sur le mouvement entrepris, ne serait-ce que par quelques uns. Et c'est si on s'attache à examiner la cause de l'arrêt de travail, plus précisément le contenu de la revendication qui est mise en avant, que l'on pourra vérifier si l'action menée par ceux qui ont « posé les gants » est susceptible de rencontrer la sympathie de ceux qui sont restés à leur poste de travail, même si elle n'a pas suscité leur participation active.

Ce n'est pas une conception formaliste qui définirait le caractère professionnel de la revendication par l'exigence d'un nombre minimal de participants qui est reconnue comme la plus apte à saisir le sens de l'arrêt de travail. C'est une réflexion sur le contenu de la revendication à l'origine de l'arrêt de travail qui est la mieux à même de permettre de se rendre compte si la revendication est de nature professionnelle, en ce qu'elle se fait l'écho de préoccupations qui se sont déjà manifestées au sein de la collectivité de travail.

La fin de la note sous l'arrêt du 3 octobre 1963 invite à prendre de la distance avec une définition arithmétique de la grève. « *Sous l'influence de ces critiques, la conception purement quantitative est aujourd'hui expressément rejetée. A partir de combien de grains de sable est-on en présence d'un tas de sable ? Quelle proportion de cheveux faut-il avoir perdu pour être déclaré chauve ? La science du droit ignore la notion de seuil et est donc mal placée pour apprécier le passage de la différence quantitative à la différence qualitative* ». ²²

L'arrêt de travail observé par un seul salarié pour soutenir une revendication professionnelle sera-t-il nécessairement considéré comme un acte d'indiscipline par « l'opinion ouvrière » ? La revendication mise en avant pour expliquer l'arrêt de travail suscitera-t-elle au contraire l'intérêt ou la sympathie, parce qu'elle témoigne de préoccupations communes à la collectivité de travail ²³ ?

Il est peut-être temps de revenir aux fondamentaux.

Quel est le raisonnement qui a permis le saut qualitatif qui a transformé la grève d'un cas de rupture à une cause de suspension du contrat de travail ?

²¹ Voir G. LYON-CAEN, note préc., 4.

²² G. LYON-CAEN, note préc., 5.

²³ qui se transformera peut-être demain en collectif d'action.

C'est le fait de réfléchir sur **l'intention** qui anime le gréviste. « *Toute résiliation suppose à l'évidence une volonté clairement exprimée en ce sens. Or, loin de vouloir perdre leur emploi, les grévistes désirent au contraire en améliorer le statut dont ils entendent conserver le bénéfice* ». ²⁴

Il faudrait dès lors se garder de toute précipitation excessive en postulant que le salarié qui arrête seul le travail pour soutenir une revendication professionnelle s'est mis dans le champ d'application disciplinaire parce qu'il commet un acte d'indiscipline susceptible de justifier une mesure d'exclusion de l'entreprise.

La seule circonstance qu'il soit le seul à arrêter le travail ne signifie pas nécessairement que la revendication qu'il porte n'a pas fait l'objet d'une discussion préalable au sein de la collectivité des salariés. Il y a même pu y avoir beaucoup de rencontres (organisées à l'abri du regard et des oreilles de l'employeur ou de ses plus proches collaborateurs) consacrées à la réflexion sur la nécessité de faire grève pour soutenir la revendication. Mais discuter ne conduit pas obligatoirement à l'action, si la détermination fait défaut.

En définitive, qu'est-ce qui permettra de vérifier si la raison de l'arrêt de travail observé par un seul est purement personnelle ou traduit une préoccupation collective ? Si l'arrêt de travail soutient une revendication qui a déjà fait l'objet de discussions entre les salariés (éventuellement par l'intermédiaire de leurs représentants) et l'employeur, il n'est pas certain que ces « *sagaces observateurs de la réalité sociale* » ²⁵ que sont les magistrats arrivent à la conclusion que l'arrêt de travail est le fait d'un indiscipliné qui a mérité la sanction d'exclusion. Ils peuvent par contre avoir à cœur de sanctionner efficacement le licenciement qui a remis en cause la liberté d'action de celui qui a fait preuve de courage en n'hésitant pas à suspendre l'exécution de la prestation de travail pour défendre la revendication professionnelle.

* *
*

²⁴ H. SINAY, J. Cl. JAVILLIER, op. cit., 293 et s.

²⁵ Pour reprendre l'expression de J. LE GOFF (op. cit., 281).

Antoine LYON-CAEN l'a magistralement souligné : « ***La grève est un droit collectif d'exercice individuel et non pas, comme on le répète à tort, un droit individuel d'exercice collectif*** ». ²⁶

A notre sens ²⁷, il en résulte que la dimension collective de l'arrêt de travail doit ressortir du contenu de la revendication qui est à l'origine de la cessation de l'activité et non de la seule circonstance qu'un seul salarié se soit lancé dans l'action.

La réponse disciplinaire qui est promise à l'audacieux ou au précurseur heurte de plein fouet les dispositions de l'article L. 1121-1 (ancien article L. 120-2) du Code du Travail, qui se veulent protectrices des libertés dans l'entreprise. ²⁸

Les libertés publiques ne sont pas nécessairement des libertés collectives. ²⁹ Les libertés d'opinion et d'expression sont présentées comme des « *libertés publiques* », « *pouvoirs d'autodétermination, qui visent à assurer l'autonomie de la personne humaine, reconnus par des normes à valeur au moins législative et bénéficiant d'un régime juridique de protection renforcée* ». ³⁰ La libre opinion et la libre expression dans l'entreprise peuvent être exercées par un seul salarié (même si ses propos sont le reflet de la marginalité). La nullité est sans conteste la plus légitime des réponses judiciaires à apporter ³¹ à la répression de la liberté d'action du salarié qui invite les autres, par « un geste fort », à traduire en actes une aspiration largement mais jusqu'alors timidement exprimée de voir prendre en compte leurs revendications professionnelles ou qui, moins ambitieusement, entend attirer l'attention sur un refus patronal intransigeant de prendre en considération la condition ouvrière.

²⁶ A. LYON-CAEN, « Voyage au bout d'une loi », Revue de droit du travail, 2007, 487.

²⁷ Si nous dénaturons ses propos ou si nous faisons un contresens, notre professeur saura nous tirer les oreilles ou (et) nous mettre une mauvaise note.

²⁸ « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

²⁹ Voir Cl. A. COLLIARD, Libertés publiques, 8^e éd., Dalloz, 2005, 160 et s. : dans les classifications fondées sur le contenu des libertés, on rencontre, à côté des libertés collectives, les libertés individuelles.

³⁰ Voir G. LEBRETON, Libertés publiques et droits de l'Homme, 8^e éd., Sirey, 2009, 15 et s. et 406 et s.

³¹ Voir P. LAROQUE, « Conclusion », Dr. Soc. 1982, 449. « Je suis complètement d'accord sur l'idée qu'une atteinte à une liberté doit être sanctionnée par la nullité ? Pour moi, publiciste, c'est le b-a-ba ».