

Francis Saramito,

Licencié en Droit, Diplômé de l'École Libre des Sciences Politiques

Un précédent dangereux : les restrictions du droit de grève dans les services publics de transport terrestre de voyageurs

La loi du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs (1) poursuit des objectifs qui, à s'en tenir à leur énoncé, ne peuvent rencontrer que l'approbation : qui ne saurait souhaiter que le dialogue entre les partenaires sociaux aboutisse à un accord et qu'en permanence les usagers disposent du service de transport public correspondant à leurs besoins ? Sur ce dernier point toutefois, les causes d'interruption du service de transport peuvent être multiples : défaillances techniques, insuffisance en personnel, aléas climatiques, suicides, travaux, grève des agents, etc.

Certes, la loi fait allusion dans son article 4 à cette multiplicité mais, en fait, tout le texte envisage qu'une seule possibilité de perturbation : la grève, alors qu'elle n'est à l'origine que de 3 % d'entre elles. C'est là sa véritable finalité : limiter au maximum l'exercice par les salariés de leur droit constitutionnel. L'aveu émane du ministre lui-même qui à l'ouverture du débat devant le Sénat, première assemblée saisie du projet de loi, a déclaré : « *Nous sommes réunis... pour débattre du projet de loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports*

terrestres réguliers de voyageurs, afin de mettre en place dans notre pays un service minimum en cas de grève » (2).

La suite des débats parlementaires aussi bien que le concert médiatique n'ont également évoqué que les limitations à apporter au droit de grève par la création d'un "service minimum" de transport, que même la cessation de travail des agents n'interromprait pas. Cette idée avait fait au cours des dernières décennies l'objet de nombreuses propositions de loi et avait été soumise à une commission, dite commission Mandelkern, du nom de son président, qui proposa dans un rapport diverses mesures destinées à atteindre ce résultat (3). La loi en a repris certaines.

L'intervention du texte trois mois après un changement de majorité politique évoque un esprit de revanche des vainqueurs destiné à retirer aux salariés toute possibilité d'expression de leur mécontentement. Ainsi que le notait *Le Figaro*, il s'agit d'une « *idée fixe de la*

droite » avec pour objectif « *d'occuper le terrain sur ce sujet délicat et relativement idéologique* » (jeudi 16 août 2007, p. 16). On ne saurait mieux dire...

Le champ d'application de la loi est limité. Il ne concerne pas tous les transports de voyageurs. L'article 1^{er} alinéa 1 indique qu'elle est applicable aux services publics de transport terrestre régulier de personnes à vocation non touristique. Se trouvent donc exclus les services occasionnels ou exceptionnels ne présentant aucun caractère de continuité. Le texte précise que les services à vocation touristique ne sont pas concernés.

Quels sont ces services « touristiques » ? Ce sont les offres de transport faites pour certaines destinations et certaines périodes de l'année par les voyageurs dans le cadre de leur activité. On peut penser également aux petits trains touristiques mis en circulation sur d'anciennes voies de chemin de fer secondaires.

Les transports terrestres réguliers peuvent être assurés par fer ou par route, le mode de transport est indifférent. Outre les deux grands transporteurs que sont la SNCF et la RATP, cette loi est donc applicable à la myriade de sociétés commerciales – mais nombre d'entre elles sont rattachées à de grands groupes – exerçant des activités de transport de voyageurs, urbain ou interurbain, fréquemment par voie de marchés publics (cas des transports scolaires notamment) ou de délégations de service public. La loi est également applicable aux services de transport réalisés en régie par l'autorité organisatrice ou par le biais d'un établissement public ou d'une société d'économie mixte (SEM).

Il n'est pas impossible que les mécanismes mis en place par la loi du 21 août 2007 soient étendus à d'autres modes de transports que terrestres : maritimes, aériens, ou à d'autres activités que le transport : fourniture d'électricité ou de gaz,

(1) Loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 (JO 22 août), déclarée conforme à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel n° 2007-59 DC du 7 août 2007.

(2) Ouverture du débat-séance du 17 juillet 2007.

(3) Commission pour la continuité des services publics dans les transports terrestres de voyageurs : rapport de la commission Mandelkern, 2004, disp. dans la bibliothèque des rapports publics sur www.ladocumentationfrancaise.fr; sur une opinion dissidente d'un membre de la commission, voir A. Le Pors : Service minimum, du bon usage du droit, Dr. Ouv. 2004 p. 514, exprimé également dans l'annexe 1 du rapport p. 515.

éducation nationale, service postal. Au cours des débats de parlementaires, ces extensions ont été largement évoquées et ont donné lieu à des propositions d'amendements qui n'ont pas abouti. Mais l'exemple fourni par la loi du 21 août 2007 renferme un danger potentiel de l'apparition de nouvelles restrictions à l'exercice du droit de grève. D'ailleurs, l'article 14 de la loi prévoit que dans un rapport adressé par le gouvernement au parlement avant le 1^{er} mars 2008 proposera « *les mesures législatives nécessaires à la mise en œuvre d'un dispositif (4) de continuité dans les autres modes de transports publics de voyageurs* ».

L'alinéa suivant précise que le rapport prendra en compte dans la mise en œuvre du dialogue social de la spécificité insulaire, des dessertes côtières et de la continuité territoriale. Le rapporteur lui-même

lors de la présentation du projet de loi avait souligné qu'il ne s'agissait que d'une première étape vers l'instauration d'un service minimum dans les autres modes de transports et, pourquoi pas, dans d'autres services publics (5).

Le mécanisme mis en place par la loi du 21 août 2007 pour obtenir la continuité du service en cas de grève ne consiste pas dans des solutions radicales telles que l'interdiction de la grève ou de la réquisition du personnel. Plus habilement, elle a pour effet de différer et compliquer l'exercice du droit de grève. Tout repose au départ sur la définition d'un niveau minimal de service ; à cet effet (v. *infra*), l'autorité organisatrice (6) détermine les dessertes prioritaires et le niveau de service, l'entreprise de transport déterminant son plan de transport dans le cadre ainsi défini.

Quoiqu'il en soit, un tel schéma ne garantit pas une continuité lorsque les moyens de l'entreprise en matériel et en personnel seront insuffisants pour assurer les dessertes prioritaires et le niveau minimal de service, ce qui sera notamment le cas en présence d'une grève massive sinon totale. Pour atteindre les objectifs fixés par l'autorité organisatrice, il est prévu de "jouer" sur le nombre éventuel de grévistes, de façon à ce que l'entreprise puisse le moment venu disposer de suffisamment de personnel. A cette fin, la loi du 21 août 2007 (7) s'est employée à multiplier les conditions qui doivent être remplies pour que la cessation collective du travail puisse être considérée comme licite. D'autres dispositions ont pour objet d'influer sur l'état d'esprit du personnel de façon à l'inciter de ne pas participer au mouvement.

Les conditions à remplir pour que la grève soit légale s'imposent au syndicat dans la préparation et le déclenchement de la grève. Les grévistes sont quant à eux concernés par les mesures de dissuasion.

I. Le rôle juridique des syndicats dans la préparation et le déclenchement de la grève

La loi du 21 août 2007 accroît fortement le rôle des syndicats dans les cessations collectives du travail. Déjà, la loi du 31 juillet 1963 avait pour but la mise en place du préavis obligatoire dans les services publics. Le préavis faisait qu'il ne pouvait y avoir de grève sans intervention syndicale.

Cette intervention est accrue dans les services terrestres réguliers de transport de personnes. La loi considère donc le syndicat comme titulaire du droit de grève. Celui-ci devient un droit collectif d'exercice individuel, contrairement à la tradition de notre pays qui y voit un droit individuel d'exercice collectif consistant dans un droit personnel à la grève (8).

Certes, que le syndicat soit à l'origine de la grève n'est pas en soi critiquable, mais l'obligation de son action interdit toute cessation collective et concertée du travail spontanément décidée par un groupe de salariés sur le lieu du travail. Le renforcement de cet aspect va en outre totalement à l'encontre du mouvement d'individualisation du droit du travail et de réhabilitation juridique du salarié-individu (9) qui a pu être décelé ces trois dernières décennies. Un tel choix législatif à contre-courant ne peut manquer d'interroger.

Cet élargissement du rôle des syndicats dans les services publics de transport terrestre de voyageurs est réalisé par la loi du 21 août 2007 de deux façons : par la création d'une négociation collective spécifique, placée toutefois dans un écheveau de contraintes unilatérales (10) – et par l'introduction, en plus du préavis, d'une procédure préalable à toute grève.

(4) Par exemple le Sénat, dans la discussion à propos de l'article 1^{er}, au cours de la séance du 18 juillet 2007, les propositions d'amendements déposées par MM. Retailleau et Dervielle (n° 12 rectifié) et M. Alfonsi (n° 64 rectifié).

(5) Rapport de Mme Procaccia, doc. Sénat n° 385 p. 8.

(6) Selon l'article 1^{er} dernier alinéa 2^e, on entend par ce vocable « *toute collectivité publique, groupement de collectivités publiques ou établissements publics compétents, directement ou par délégation, pour l'utilisation et l'organisation d'un service public de transport terrestre régulier de personnes à vocation non touristique* » ; cette terminologie est reprise de celle en vigueur dans la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs dite LOTI.

(7) Sur cette analyse voir F. Melleray : « La loi du 21 août 2007 sur le dialogue social ou l'introuvable service minimum », AJDA 24 septembre 2007 ; également J.-E. Ray et E. Millard, *in* Revue de Droit du travail, octobre 2007.

(8) Cass. Soc. 7 juin 1995 Dr. Ouv. p. 1995-75 n. L. Millet ; également voir A. Lyon-Caen : « Voyage au bout d'une loi », Revue de droit du travail, 2007 p. 487.

(9) On aura reconnu l'intitulé de la thèse P. Adam, *L'individualisation du droit du travail - Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, Bibl. de droit social n° 36, LGDJ, 2005.

(10) P. Moussy, « La loi du 21 août 2007 : un texte visant à sauvegarder les intérêts des voyageurs ou à organiser la continuité de la remise en cause du droit de grève des travailleurs des transports » disp. sur www.chronique-ouvriere.fr ; v. le dossier de la Revue de Droit du travail, nov. 2007 p.664 s. et spec. déc. 2007 p. 738 s.

A. Une négociation collective spécifique, sous contrainte d'actes unilatéraux

1. Prévention des conflits et développement du dialogue social

La loi instaure une négociation collective obligatoire dont elle définit le contenu. Cette négociation tend à l'établissement d'une procédure de prévention des conflits ayant pour objet de développer le dialogue social (article 2). Ce thème devait faire, dans chaque entreprise, avant le 1^{er} janvier 2008, l'objet d'un « accord-cadre ». Dans le même délai, une négociation ayant un objet identique devait être instaurée au niveau de la branche. L'accord de branche s'applique à défaut de la conclusion d'un accord d'entreprise, selon une affirmation nullement appuyée sur un renvoi au mécanisme d'extension. Il n'a donc éventuellement qu'un rôle supplétif qui cesse dès qu'est signé un accord-cadre dans l'entreprise de transport.

Cette négociation de prévention correspond à une recommandation de la commission *Mandelkern* et s'inspire des procédures mises antérieurement en place à la RATP (dites d'alarme sociale) ou à la SNCF (demande de concertation immédiate). Le paragraphe II de l'article 2 de la loi précise que ces procédures, comme toutes celles antérieures au 1^{er} juillet 2007 qui seraient intervenues dans d'autres entreprises de transport, seront adaptées aux prévisions des accords collectifs ou du décret en Conseil d'Etat qui le remplace si aucun accord n'a pu être signé au niveau de l'entreprise ou de la branche.

Ces textes, qu'ils soient réglementaires ou conventionnels, édictent les règles d'organisation et de déroulement de la négociation préalable qui doit précéder tout

préavis conformément aux dispositions légales.

Un accord – non paraphé par la CGT – est intervenu dans les transports urbains le 3 décembre 2007 (disp. sur www.utp.fr en attendant sa reproduction sur www.legifrance.gouv.fr). Son article 1^{er} prétend user de la faculté de la loi du 4 mai 2004 (L. 2253-3 C. tr. ; L.132-23 dernier alinéa, ancien) de se déclarer impératif vis-à-vis des négociations d'entreprise (11). Directement contraire à l'art. 2-I de la loi (« *L'accord de branche s'applique dans les entreprises de transport où aucun accord-cadre n'a pu être signé. L'accord-cadre régulièrement négocié s'applique, dès sa signature, en lieu et place de l'accord de branche* »), cette stipulation ne peut prétendre avoir d'autre effet que de fixer des consignes aux organisations de la branche.

2. Prévisibilité

Si la procédure de prévention des conflits n'a pas abouti, il convient de prévoir l'organisation des services pour assurer au mieux sa continuité en cas de perturbation.

En premier lieu (art. 4-I) l'autorité organisatrice de transport, c'est-à-dire une collectivité territoriale ou établissement assimilé, définit les dessertes prioritaires en cas de perturbation prévisible du trafic ; elle détermine différents niveaux de service en fonction de l'importance de la perturbation. Pour chaque niveau de service, elle fixe les fréquences et les plages horaires. En cas de carence de l'autorité organisatrice, les priorités de desserte sont arrêtées par le représentant de l'Etat soit le plus souvent le préfet (article 4-IV deuxième alinéa).

Ensuite (art. 4-II), l'entreprise élabore notamment un plan de transport adapté aux priorités de desserte et aux niveaux de service définis par l'autorité organisatrice de transport, qui précise, pour chaque niveau de service, les plages horaires et les fréquences à assurer. Ce plan fait l'objet d'une

consultation du comité d'entreprise puis d'une approbation par l'autorité organisatrice.

L'article 5 de la loi prévoit la signature avant le 1^{er} janvier 2008 d'un accord de prévisibilité du service applicable en cas de perturbation prévisible. A défaut d'accord de prévisibilité, c'est à l'entreprise de transport qu'il appartient d'y substituer un plan de prévisibilité établi unilatéralement par ses soins. Cet accord ou ce plan recense par métier, fonction et niveau de compétence ou de qualification des catégories d'agents ainsi que le matériel nécessaire à la réalisation de dessertes prioritaires au niveau minimal prévu. En particulier, il doit contenir une prévision de l'organisation du travail dans laquelle le personnel disponible est réaffecté afin d'atteindre ce résultat. Il précise qu'il s'agit des « *personnels de l'entreprise non grévistes* ». Sont donc exclues toutes tentatives de l'entreprise de faire appel à un personnel extérieur : la solution ne concerne pas le recours aux CDD et intérimaires, qui fait l'objet d'une prohibition ancienne et spécifique (L 1242-6 et L 1251-10 C. trav. ; L 122-3 et L 124-2-3, anciens) en cas de conflit collectif ; elle est en revanche plus nouvelle par rapport au recours à la soustraction (contrat dit « d'affrètement » dans le domaine du transport) ou au prêt de personnel intra-groupe.

Il est à remarquer que l'efficacité de la réaffectation suppose que le remplaçant appartienne à la même catégorie d'agents que le gréviste auquel il se substitue. Un employé de bureau ou un ouvrier de la voie ne saurait se substituer nécessairement à un guichetier ou à un agent de contrôle. C'est ce à quoi doit tendre le recensement des personnels prévus au premier alinéa de l'article 5.

Rien n'est dit au surplus du refus de réaffectation. Celui-ci peut être motivé sur le plan éthique par un souci de solidarité ou plus limitati-

(11) F. Saramito « Le nouveau visage de la négociation collective » Dr. Ouv. 2004 p. 445.

vement par le souhait de ne pas apporter son concours actif à la riposte patronale. Egalement, en conséquence de l'observation précédente, l'intéressé pourrait ne pas s'estimer qualifié pour le travail qui lui est demandé qui ne correspondra pas à celui prévu à son contrat de travail.

Ce refus sera-t-il considéré comme une faute de désobéissance ? Il faut admettre à cet égard que le non gréviste ne peut être contraint à une modification d'un élément essentiel de son contrat, modification qui nécessiterait de sa part un consentement express conformément à la jurisprudence concordante de la Chambre sociale de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat (12). Il est probable que l'appréciation de l'existence d'une telle modification dépendra d'une part de la durée du changement de fonction et de l'importance de l'adaptation demandée.

Accord de prévention et accord de prévisibilité sont, comme tout accord collectif, soumis au livre II de la deuxième partie du Code du travail (au titre III du livre premier, ancien) et doivent obéir aux règles que celui-ci fixe pour les accords d'entreprise et de branche. Tel sera en particulier le cas des articles L. 2232-2 et L. 221-2 (L. 132-2-2 et L. 132-1, anciens). Le premier de ces articles soumet les accords aux conditions de validité majoritaire qu'il énonce. Cette validité est soumise à l'absence d'opposition d'une majorité de syndicats et éventuellement d'une majorité de salariés pour les accords d'entreprise.

Suivant l'article L. 2251-1 (L. 132-4 ancien), les accords sont soumis au

principe de faveur, c'est-à-dire qu'ils peuvent prévoir des dispositions plus favorables pour les salariés que celles de la loi en dérogeant à ces dispositions. Concernant les accords issus de la loi du 21 août 2007, cette disposition peut jouer par exemple dans l'établissement des règles de prévention des conflits en obligeant les entreprises à aller vers un accord de compromis, ou dans celles concernant l'affectation des non-grévistes.

Il convient d'observer que la négociation collective organisée par la loi du 21 août 2007 confère aux accords qu'elle prévoit un rôle normatif puisqu'ils peuvent déterminer les conditions d'application des principes législatifs, ce qui paraissait en matière de grève jusqu'à présent réservé au règlement. A cet égard, le Conseil constitutionnel, dans sa décision 2007-536 du 16 août 2007 énonce « *qu'il est loisible au législateur de renvoyer au décret ou de confier à la convention collective de préciser les modalités d'appréciation des règles fixées par lui pour l'exercice du droit de grève* », ce qui peut permettre, non sans dangers, aux syndicats d'influer sur le caractère plus ou moins strict de ses modalités.

2. Une procédure préalable à la cessation de travail

Le cadre permanent résultant des accords de prévention et de prévisibilité étant ainsi fixé, une grève ponctuelle peut survenir à un moment donné, mais le salarié ne peut cesser le travail qu'après l'observation par le syndicat d'une procédure préalable.

Déjà, l'article L. 2512-2 du Code du travail (L. 521-3 ancien) impose depuis 1963 l'obligation du dépôt d'un préavis dont il fixe le contenu. Il précise les motifs de la grève et en fixe le lieu, la date et l'horaire de son début ainsi que sa durée, limitée ou non. Il doit intervenir cinq jours avant la date prévue

pour le début du mouvement. Cette formalité est prévue dans tous les services publics, mais dans les services publics de transports terrestres réguliers de personnes l'article 4-I premier alinéa de la loi du 21 août 2007 y ajoute l'obligation avant le dépôt d'un préavis d'une négociation préalable. Cette négociation n'a lieu qu'avec les seules organisations syndicales qui envisagent de déposer le préavis, et non pas toutes les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, ce qui entérine les divisions. L'ajout de cette période de négociation donne à penser qu'a été jugé insuffisant le principe de négociation prévu au dernier alinéa de l'article L. 2512-2 qui dispose depuis 1982 : « *Pendant la durée du préavis, les parties intéressées sont tenues de négocier* ».

Le paragraphe II de l'article 2 de la loi indique que la durée de cette négociation ne peut dépasser huit jours, ce qui, ajouté aux cinq jours prévus par l'article L. 2512-2, porte à treize jours l'annonce des intentions syndicales de déclencher une grève et la possibilité pour les salariés d'y participer si ces intentions sont maintenues.

Le même paragraphe II prévoit en outre les modalités de cette négociation. Il s'agira notamment des conditions dans lesquelles une organisation syndicale représentative notifiera à l'entreprise son intention de déposer un préavis de grève ; le délai dans lequel cette entreprise doit alors réunir les organisations, délai qui ne saurait dépasser trois jours ; les informations qui doivent être transmises aux syndicats en vue de favoriser sa réussite et dans quel délai ; les conditions d'élaboration du relevé de conclusions et de l'information des salariés.

Le dépôt du préavis ne pourra donc intervenir qu'à l'expiration des huit jours qui doivent être consacrés à la négociation. Après ce dépôt, cinq nouveaux jours devront

(12) Cass. Soc. 8 oct. 1987, *Raquin*, Dr. Ouv. 1988 p. 259 n. P. Tillie ; *Les grands arrêts du Droit du travail*, arrêt n° 48 ; Conseil d'Etat (Ass.) 29 juin 2001, *Berton*, Dr. Ouv. 2000 p. 484 n. F. Saramito.

s'écouler avant que la grève débute.

Le décret 2008-82 du 24 janvier 2008 précise, dans un article unique, les différents aspects de cette négociation. La notification du désaccord par l'organisation syndicale doit préciser les motifs ainsi que les catégories d'agents concernés. Un délai de 24 heures afin d'examiner les informations délivrées par l'employeur est fixé. Un relevé de conclusions de la négociation préalable est élaboré et co-signé ; il comporte une description détaillée des motifs du désaccord et les modalités de la négociation.

On notera que l'accord de branche des transports publics urbains transforme le délai légal de huit jours maximum pour la négociation (art. 2-II 3° de la loi) en... un minimum (art. 13-1 de l'accord).

Tous ces délais préalables ont prétendument pour objet de favoriser un dialogue éventuellement susceptible d'éviter la grève. Un tel objet suppose l'existence d'une volonté d'apaisement. Or, l'expérience tirée du délai de l'article L. 2512-2 démontre que celle-ci est généralement défailante du côté d'employeurs refusant tout compromis (13).

En réalité, les délais vont moins être utiles pour négocier mais plutôt pour effectuer le recensement prévu par l'accord de prévisibilité des moyens qui pourront être disponibles en matériel, mais surtout en personnel, pour assurer un service minimum sur les dessertes prioritaires. Le plus souvent, il

s'agit pour l'entreprise non de négocier pour aboutir à un accord que de tout mettre en œuvre pour rendre la grève moins efficace.

Le préavis va concrétiser les intentions syndicales quant à la cessation du travail envisagée. Comme il a déjà été indiqué ci-dessus, il en précisera les conditions (motif, lieu, durée, date et heure du début). Il ne saurait toutefois prévoir des modalités interdites depuis 1963 par l'article L. 2512-2, grèves surprises et grèves tournantes intéressant tour à tour des personnes ou des services différents. A ces interdictions, la loi du 21 août 2007 dans son article 3 en ajoute une nouvelle, celle des grèves glissantes. Elle consiste à prohiber de la part de la même organisation syndicale le dépôt pour les mêmes motifs d'un nouveau préavis avant la fin de la durée prévue dans le préavis en cours. Tout préavis nouveau doit être précédé par ailleurs de la négociation préalable prévue à l'article 2 (14). Ce texte interdit par conséquent la reconduction par renouvellement d'un préavis sans qu'intervienne une nouvelle procédure préalable.

Toutefois, cette interdiction n'est pas sans faille. Un nouveau préavis peut être déposé par une autre organisation syndicale avant la fin de la durée de grève résultant du précédent préavis. La répétition de ce lourd formalisme préalable n'a, à vrai dire, guère de sens face à un conflit persistant. Bien entendu ces dispositions ne trouvent pas matière à s'appliquer dans les cas où le préavis a été déposé pour une durée illimitée. Le choix de cette modalité, peu usitée jusqu'à maintenant, est paradoxalement encouragé par la présente loi.

D'autre part, le préavis peut porter non sur une grève « carrée » mais sur des débrayages successifs au cours d'une période déterminée. C'est alors le même préavis qui prévoit la répétition d'arrêts de travail de courte durée qui n'en exige-

ront aucun nouveau. Cette modalité des cessations collectives de travail est admise comme licite par la jurisprudence (15).

Ce n'est que lorsque cette procédure (négociation antérieure et postérieure au préavis) aura été accomplie que la grève pourra intervenir.

Il existe cependant une catégorie de grève pour laquelle il semble admis que cette procédure préalable ne s'applique pas : ce sont les grèves baptisées "d'émotionnelles" au cours des débats parlementaires. Ce sont celles provoquées par un événement inattendu et qui éclatent alors spontanément. C'est ainsi lors de la discussion à l'Assemblée nationale d'un amendement qui tendait à les exclure de la liste des perturbations prévisibles de l'article 4-I (« *Sont réputées prévisibles les perturbations qui résultent : – de grèves (...)* »), que le ministre a répondu à son auteur en ces termes : « *Vous savez parfaitement que les grèves émotionnelles déclenchées à la suite de l'agression d'un collègue, par exemple, portent le nom de « grève » mais ne sont pas visées comme telles par ce texte qui vise les événements prévisibles* ». La procédure préalable de la loi du 21 août 2007 ne saurait donc s'appliquer en l'espèce selon cette interprétation autorisée (16).

Sous cette réserve, un salarié ne saurait, avant l'achèvement de celle-ci, participer à une grève. Mais même alors l'exercice de son droit de grève sera limité.

(13) v. A. de Senga « Grève dans les services publics (à propos de faits têtus et de quelques bonnes intentions) » Dr. Ouv. 2003 p. 405.

(14) La loi fait échec à la jurisprudence qui a admis la validité des préavis « glissants », Cass. Soc. 7 juin 2006, Dr. Ouv. 2007 p. 36.

(15) Cass. Soc. 7 juin 2006 prec.

(16) Assemblée nationale, première séance du 30 juin, rejet de l'amendement 116 de M. Brottes.

II. L'exercice individuel du droit de grève

La participation d'un salarié à un mouvement de cessation collective du travail est un acte de volonté personnelle. Or, les dispositions de la loi du 21 août 2007 tendent à influencer sur cette volonté en réduisant ses possibilités d'expression.

1. L'information individuelle préalable

L'article 5 paragraphe II de la loi du 21 août 2007 impose aux salariés d'informer, au plus tard quarante-huit heures avant leur participation à la grève, de leur intention de cesser le travail le chef d'entreprise ou son représentant désigné. Le texte crée ainsi un préavis individuel en plus du préavis syndical de l'article L. 2512-2 du Code du travail.

Cette information préalable ne concerne pas, selon le texte, tout le personnel mais seulement les catégories d'agents mentionnées au plan de prévisibilité, indispensables à l'exécution du niveau de service prévu pour les dessertes prioritaires dans le plan de transport adapté au paragraphe I de l'article 5.

Par ailleurs, le texte ne lie pas le point de départ du délai d'information à la date prévue par le préavis pour le déclenchement de la grève, la jurisprudence admettant la parti-

icipation à une grève déjà commencée (17) au moment choisi par le salarié au cours de la durée fixée par le préavis.

Cette obligation d'information revient sur la jurisprudence de la Cour de cassation qui par une décision d'assemblée plénière avait posé le principe qu'une telle déclaration d'intention ne pouvait être exigée du salarié (18). En effet, l'obligation de déclarer que l'on participera à la grève est dange-reuse pour celui-ci. Il peut craindre qu'elle n'entraîne une réaction défavorable de l'employeur et il peut hésiter à la provoquer, ce qui pèsera finalement sur sa décision qui ne sera plus entièrement libre. Selon une formule inspirée : « *Attendu, cependant, que la grève est une cessation collective et concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles ; qu'ainsi la société ne pouvait interroger chaque salarié sur ses motivations sans exercer une pression inacceptable sur chacun des salariés pris individuellement ; qu'en interrogeant chaque salarié individuellement sur ses motivations, la direction de la société a contribué à écarter chaque salarié du mouvement collectif pour le replacer dans un rapport individuel de subordination* » (19). Cette démarche individuelle imposée place, à l'évidence, le salarié dans une situation vulnérable.

Sans doute l'objet avoué de cette disposition est de mettre à l'avance l'entreprise à même de connaître le personnel dont elle disposera le moment venu. Des dispositions ont par ailleurs été prises pour éviter que la déclaration n'entraîne de conséquence pour le salarié. L'article 9-II prévoit qu'elle ne peut être utilisée à d'autres fins qui pourraient consister dans des mesures de rétorsion patronale et que son contenu ne saurait être divulgué à d'autres personnes que celles chargées de l'organisation du service. Pour garantir cette protec-

tion, l'article 9-II dispose que l'information contenue dans la déclaration d'intention est couverte par le secret professionnel et se trouve passible des peines prévues par l'article 226-13 du Code pénal relatives à la divulgation du secret professionnel. Mais cette garantie risque d'être illusoire car la divulgation ne peut concerner celui qui détient ce secret (20).

De toute façon, ces mesures, même si elles ont un effet immédiat ou proche de la grève, ne sauraient empêcher que la participation du salarié ne reste à terme plus lointaine dans la mémoire de l'employeur et tienne compte dans ces décisions concernant l'intéressé.

Le salarié, en dépit de sa déclaration, garde la faculté de ne pas lui donner suite et ne pas participer à la grève, se contentant d'un effet dissuasif.

Enfin, le salarié peut ne faire aucune déclaration mais décider de se joindre malgré tout au mouvement. Dans cette hypothèse, l'article 5-II dispose que cette abstention le rend passible de sanctions disciplinaires. Le législateur vise en l'espèce à rétablir le pouvoir disciplinaire de l'employeur pour des fautes vénielles et écarter la jurisprudence selon laquelle un salarié gréviste ne peut être licencié ou sanctionné à raison d'un fait commis au cours de la grève que si ce fait est constitutif d'une faute lourde (21). Si l'entreprise entend utiliser la possibilité qui lui est ainsi donnée, il lui appartiendra d'observer la procédure prévue aux articles L. 1332-1 et suivants du Code du travail (L. 122-41 ancien) quant aux formalités (information, entretien préalable...) et aux délais qu'elle prévoit.

La loi du 21 août 2007 ne se prononce pas sur la nature de la sanction éventuelle mais, en introduisant l'alinéa relatif à la sanction par l'employeur, le législateur a clairement exclu de la liste des sanctions possibles le licenciement qui demeure

(17) Notamment Cass. Soc. 12 janvier 1999, Dr. Ouv. 1999 p. 76 ; 8 décembre 2005, Dr. Ouv. 2006 p. 306 ; Soc. 17 juillet 2007 pourvoi 05-43953. Toutefois, le Conseil d'Etat, faisant application d'une circulaire dont il a admis la validité, reconnaît que cette participation à la grève en cours ne peut intervenir, à la SNCF, qu'au moment d'une prise de service (CE 29 déc. 2006, Dr. Ouv. 2007 p. 338). D'ailleurs, le Conseil constitutionnel, dans sa décision 2007-556 du 16 août 2007, a estimé que « l'obligation de déclaration ne s'oppose pas à ce qu'un salarié rejoigne un mouvement de grève auquel il n'avait pas initialement l'intention de participer et auquel il aurait cessé de participer ».

(18) Cass. Ass. Plén. 23 juin 2006, Dr. Ouv. 2007 p. 138, Dr. Soc. 2006 p. 935 n. E. Dockès.

(19) CA Grenoble 29 avr. 2002 Dr. Ouv. 2002 p. 544.

(20) A cet égard, v. R. Vatinet, Semaine juridique, Edition Sociale n° 38 p. 17.

(21) Cass. Soc. 16 déc. 1992 D. 1993 somm. 265 n. E. Dockès.

exclusivement régi par l'article L. 2511-1 du Code du travail (L. 521-1 ancien) c'est-à-dire en cas de faute lourde du salarié. Il n'apparaît pas que puissent être assimilés à une faute lourde le défaut de déclaration préalable de participation à une grève ou une déclaration tardive. A titre d'illustration, l'accord de branche des transports urbains du 3 décembre 2007 prévoit que « cette sanction ne pourra être supérieure au premier échelon du premier degré des sanctions définies à l'art. 49 de la CCN TPU, sauf abus et/ou répétition » (art. 18-2 de l'accord). L'article 49 est ainsi rédigé :

- " 1. Sanctions du premier degré :
- avertissement donné pour infraction légère au règlement ;
 - réprimande infligée pour infraction légère après avertissement ;
 - blâme infligé pour faute sérieuse ou pour récidive de fautes légères ayant donné lieu à des avertissements ;
 - mise à pied de un à deux jours ne pouvant être prononcée que par le directeur du réseau, cette sanction ne pouvant être infligée que pour une faute équivalente ayant déjà donné lieu à un blâme dans les douze mois précédents."

Il en résulte que, sous la réserve conventionnelle précitée, l'avertissement est la sanction maximale qui puisse être infligée dans ce secteur.

La procédure disciplinaire sera toutefois difficile à mettre en œuvre si le défaut d'information ou l'information tardive se présente massive-

ment et concerne des centaines ou des milliers de salariés. Une réaction collective et syndicale pourrait d'ailleurs neutraliser les velléités patronales de sanction.

2. Consultation éventuelle des grévistes

L'article 6 de la loi du 21 août 2007, dans son paragraphe II, laisse ouverte au bout de huit jours de grève la possibilité d'organiser une consultation des salariés sur la poursuite de la grève. L'initiative d'organiser la consultation peut être le fait de l'employeur, d'une organisation syndicale représentative ou du médiateur désigné dans les conditions prévues au paragraphe I du même article (22).

La consultation doit être organisée dans les vingt-quatre heures qui suivent la décision d'y avoir recours. Les conditions matérielles du vote seront définies par l'employeur. Elles doivent assurer le secret du vote ; l'information contradictoire des points de vue en présence devra également être garantie selon les principes dégagés par la jurisprudence (23). Y participeront les salariés concernés par les motifs de la grève figurant au préavis. Suivant la nature de ceux-ci, seront intéressés soit l'ensemble du personnel, soit seulement une partie de celui-ci, si les motifs de la grève étaient catégoriels ou locaux.

Il aurait été préférable que ne soient consultées que les catégories d'agents indispensables à l'exécution des niveaux de service adaptés aux dessertes prioritaires par l'accord ou le plan de prévisibilité, car autrement une majorité de personnels administratifs non indispensable à cette fin pourrait se prononcer pour la cessation du mouvement.

L'issue du vote qu'elle soit pour la fin de la grève ou sa continuation n'entraîne aucune obligation de reprendre le travail ou de continuer à le cesser. L'article 6 prévoit en effet que « son résultat n'affecte pas l'exercice du droit de grève » ; la

faculté de se maintenir en grève est donc préservée. Dans ces conditions, on peut se poser la question de l'utilité du scrutin. A défaut d'un effet pratique et concret, c'est uniquement sur le moral des grévistes qu'un résultat est attendu : peser sur leur volonté de poursuivre la grève, si cette volonté n'est pas majoritairement exprimée. Il s'agit d'influencer aussi les décisions collectivement prises en assemblée générale de salariés.

3. Retenues opérées sur la rémunération

L'article 10 de la loi du 21 août 2007 est ainsi libellé : « la rémunération d'un salarié participant à une grève, incluant le salaire et ses compléments directs ou indirects à l'exclusion des suppléments pour charge de famille, est réduite en fonction de la durée non travaillée en raison de la participation à cette grève ».

Cette disposition est surprenante ; elle semble être une redondance de principe du non-paiement des jours de grève découlant du caractère synallagmatique du contrat de travail.

A priori, pour les salariés des services publics de transport terrestre de personnes, elle ne comporte qu'une conséquence sur le mode de calcul de la retenue. Selon l'article L. 2512-5 du Code du travail (L. 521-6 ancien), pour les services publics n'employant pas de fonctionnaires, la retenue doit être celle liée à l'absence de service telle que définie par la loi 82-889 du 19 octobre 1982 (art. 2) : 1/30^e du salaire lorsque la grève dépasse une demi-journée, sans excéder une journée, 1 /50^e lorsqu'elle est inférieure à cette durée mais excède une heure et enfin 1 /160^e lorsqu'elle n'excède pas une heure. Malgré l'abrogation de la loi de 1982, la Cour de cassation a continué de faire application de ces sanctions pécuniaires, bien que plus que proportionnelles au temps passé (24). Désormais en raison de

(22) Selon ce texte, un médiateur peut être désigné d'un commun accord par les parties au conflit en vue de son règlement amiable. Il dispose de pouvoirs mentionnés à l'article 529-2 du Code du travail. Cette désignation peut intervenir dès le début du conflit alors que dans le droit commun de l'article L. 524-1 elle n'intervient qu'au cours d'échec d'une procédure de conciliation.

(23) TI Clermont-Ferrand 26 fév. 2001 Dr. Ouv. 2001 p. 161 n. C. Baumgarten et I. Taraud.

(24) Cass. Soc. 17 mars 1993 Dr. Ouv. 1993 p. 350 éclairé par le rapport de Ph. Waquet JCP 2003 ed. G II 22090 ; E. Dockès, *Droit du travail*, 2^{ème} édition, 2007, Dalloz, § 631.

l'intervention de la loi du 21 août 2007, la retenue sera strictement proportionnelle à la durée de la grève.

Mais les questions posées par ce texte concernent les hypothèses dans lesquelles la jurisprudence constate des dérogations au principe de non-paiement des jours de grève.

Tout d'abord, ce paiement total ou partiel peut être prévu dans son accord collectif mettant fin au conflit. Il semble que dans l'esprit de ses auteurs, le but de l'article 10 était de mettre fin à cette pratique et de priver les accords de tout effet. C'est ainsi que le rapporteur, devant le Sénat, a proposé de compléter l'article L 521-6 du Code du travail de la façon suivante : « *Les versements effectués par les entreprises aux salariés visant à compenser directement ou indirectement la retenue de traitement ou du salaire prévue au premier alinéa sont réputés sans cause* » (25). Cette proposition de modification, heureusement restée sans suite, se serait imposée non seulement aux services publics de transport terrestre de personnes, mais aussi à tous les services publics.

A défaut d'exclusion du champ de la négociation collective, on peut penser que la jurisprudence favorable à l'application des accords de fin de grève sera maintenue (26). En

effet, de tels accords, dès lors qu'ils répondent aux conditions du livre II de la deuxième partie du Code du travail (titre III du livre premier, ancien), constituent des actes de volonté soumis aux dispositions de l'article 1134 du Code civil, et qui peuvent déroger à la loi conformément à l'article L. 2251-1 du Code du travail (L 132-4 ancien) dès lors qu'ils sont plus favorables aux salariés. Toutefois l'exemple de l'accord de branche des transports urbains n'incite guère à l'optimisme.

L'autre exception apportée par la jurisprudence au non-paiement des jours de grève concerne l'hypothèse dans laquelle la grève a été provoquée par un manquement grave et délibéré de l'employeur à ses obligations (27). Cette éventualité se retrouve le plus souvent en cas de retard ou non-paiement de salaires et accessoires. Il s'agit ici aussi d'une conséquence du caractère synallagmatique du contrat de travail. Elle ne saurait donc ressortir des dispositions de l'article 10 qui ne peut viser que la non-exécution de ses obligations par le salarié.

* * *

Dans sa décision n° 2007-554 DC du 7 août 2007 (28), le Conseil constitutionnel a estimé que les dispositions de la loi du 21 août 2007 n'apportaient pas au droit de grève une atteinte excessivement démesurée dès lors que son libre exercice individuel était préservé. Certes, mais l'encadrement réalisé par la loi rend cet exercice plus difficile au niveau de l'acte de volonté individuel et par la menace de remettre en cause le droit de faire grève dans le secteur concerné.

Cette situation est motivée, sous le couvert de la continuité du service public, par le souci de l'intérêt des usagers à exercer leur droit au transport.

Plutôt que de s'attaquer aux possibilités de grève, il aurait sans doute été préférable de favoriser la mise en place d'effectifs suffisants et

d'assurer une parfaite maintenance du matériel – le secteur concerné étant particulièrement vulnérable sur cette question.

En tout état de cause, la loi prévoit pour les usagers un droit à l'information des perturbations prévisibles. Il est à espérer que cette information interviendra et sera effective. Il a déjà été noté par le passé la forte tendance des entreprises exploitantes à minimiser les effets du conflit – aussi bien avant son déclenchement que pendant la grève elle-même –, espérant ainsi limiter l'effet d'entraînement que de telles informations auraient sur les salariés restés en poste. C'est alors le caractère délibérément insuffisant de l'information divulguée qui participe largement à la désorganisation dont sont victimes les voyageurs. Les informations délivrées durant les grèves de l'automne 2007 liées au sort des régimes spéciaux, alors que la loi était connue et votée mais non encore entrée en application, n'ont pas présenté l'amélioration attendue.

Par ailleurs, l'application de la loi dépend dans une certaine mesure de la façon dont les accords collectifs auront utilisés ou non la faculté de dérogation prévue par l'article L. 132-4 du Code du travail dans le cadre du principe de faveur. L'interprétation des dispositions conventionnelles et législatives nouvelles dépendra d'une jurisprudence dont on peut souhaiter qu'elle prenne la pleine mesure des restrictions apportées à l'exercice du droit de grève. Ce travail sera l'œuvre en premier lieu des Conseils de prud'hommes compétents en raison du caractère privé de la relation individuelle de travail. La juridiction administrative connaîtra parfois de la légalité des décisions des entreprises de transport qui participeront à l'organisation du service public qui leur est confié, en particulier les mesures collectives concernant leur personnel (29).

Francis Saramito

(25) Sénat, séance du 19 juillet 2007, examen de l'article 9 du projet devenu article 10. Cet amendement fut trouvé « pertinent » par le ministre du Travail (amendement 14 modifié).

(26) En ce sens R. Vatinet, *op. cit.*

(27) Cass. Soc. 14 mars 1979, Dr. Ouv. 1980 p. 61 note M. Petit ; 20 février 1991, Bull. civ. V n° 80, Dr. Soc. 1991-318 rapp. Ph. Waquet, note Savatier ; 3 mai 2007, RPDS 2007 n° 747 p. 343.

(28) V. Beraud "La nature particulière du droit de grève n'implique pas une protection constitutionnelle amoindrie", Dr. Soc. 2007 p. 1221.

(29) Conseil d'Etat, *Malher*, 12 novembre 1990, Dr. Ouv. 1991 p. 346. Voir la suspension des dispositions du plan de prévisibilité de la RATP écartant la possibilité pour un salarié, à un moment choisi par lui, de se joindre à une grève déjà commencée : Conseil d'Etat (référé), ordonnance du 19 février 2008, Syndicat Sud RATP, reproduit ci-après p. 228.