

**RAPPORT DE Mme PECAUT-RIVOLIER,
CONSEILLÈRE, rapporté par Mme LANOUE,
CONSEILLÈRE RÉFÉRENDAIRE**

Arrêt n° 542 du 21 avril 2022 – Chambre sociale

Pourvoi n° 20-18.402

Décision attaquée : Cour d'appel de Versailles du 09 juillet 2020

M. [H] [Y] [J]
C/
la société Keolis CIF

1 - Rappel des faits et de la procédure

M.[Y] [J] est salarié de la société Keolis CIF depuis 2009.

Le 16 avril 2015, le syndicat CGT CIF Keolis a déposé un préavis de grève courant du 22 avril 2015 au 31 décembre 2015 pour l'ensemble du personnel de la société Keolis CIF.

M.[Y] [J] s'est déclaré gréviste le 5 mai 2015.

Le 17 juin 2015, l'employeur l'a enjoint de reprendre son poste au motif que, seul de l'entreprise en arrêt de travail, il ne pouvait prétendre être encore en grève.

Il a été licencié le 16 juillet 2015 pour abandon de poste.

M.[Y] [J] a saisi le conseil de prud'hommes pour contester son licenciement dont il a demandé la nullité.

Il a été débouté de sa demande par jugement du 3 juillet 2018, confirmé par l'arrêt de la cour d'appel du 9 juillet 2020.

M.[Y] [J] a formé un pourvoi par l'intermédiaire de la SCP Waquet.

La société Keolis a déposé un mémoire en défense par l'intermédiaire de la SCP Célice.

2 - Analyse succincte des moyens

Dans un moyen unique, le pourvoi reproche à la cour d'appel d'avoir dit que le licenciement n'était pas nul alors que:

1°) ALORS QUE tout licenciement prononcé à l'égard d'un salarié en raison de l'exercice de son droit de grève ou de faits commis pendant l'exercice de ce droit est nul, sauf faute lourde ; si dans les services publics, la grève doit être précédée d'un préavis donné par un syndicat représentatif et si ce préavis, pour être régulier doit mentionner l'heure de début et de fin de l'arrêt de travail, les salariés qui sont seuls titulaires du droit de grève ne sont pas tenus de cesser le travail pendant toute la durée indiquée par le préavis ; que l'absence de salariés grévistes au cours de la période visée par le préavis, même en cas de préavis de durée illimitée, ne permet pas de déduire que la grève est terminée, cette décision ne pouvant être prise que par le ou les syndicats représentatifs ayant déposé le préavis de grève ; qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que le préavis déposé le 16 avril 2015 par le syndicat CGT CIF Kéolis permettait l'exercice du droit de grève du 22 avril 2015 à 0 h jusqu'au 31 décembre 2015 à 24 h pour l'ensemble du personnel sur la totalité des dépôts et annexes des Courriers d'Ile de France ; qu'en déduisant du seul fait que M. [Y] [J] s'était retrouvé être le seul salarié gréviste à compter du 8 juin 2015, la cessation de l'arrêt collectif de travail et en considérant que son absence à compter de cette date ne relevait pas de l'exercice normal de son droit de grève, la cour d'appel a violé les articles L. 2511-1, L. 2512-2 du code du travail, ensemble l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ;

2°) ALORS QUE dans les services publics, la liberté reconnue aux salariés, seuls titulaires du droit de grève, de prendre part à l'action collective à l'instant et pour la durée qu'ils souhaitent s'oppose à ce que l'employeur licencie un salarié gréviste pour abandon de poste dans la période définie par le préavis déposé par un syndicat représentatif au motif qu'il est le seul à poursuivre le mouvement de grève ; qu'en retenant, pour juger fondé le licenciement pour faute grave motivé par un abandon de poste, qu'il importait peu que l'absence de M. [Y] [J], qui s'est déclaré gréviste, se situait durant la période de préavis de grève déposé par le syndicat CGT CIF Kéolis dès lors qu'il était le seul, après le 8 juin 2015, à cesser le travail, la cour d'appel a violé les articles L. 2511-1, L. 2512-2 du code du travail, ensemble l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Peut on être unique gréviste dans une entreprise du service public au sein de laquelle un préavis de grève a été notifié pour une durée de plusieurs mois?

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Ce dossier pose une question qui n'a jusqu'alors jamais donné lieu à jurisprudence, sur la licéité de l'arrêt de travail d'un salarié qui est seul à être en cessation de travail dans l'entreprise, au sein de laquelle un syndicat a bien déposé un préavis de grève.

Il convient de rappeler que le droit de grève est un droit fondamental, constitutionnellement garanti, qui interdit le licenciement du salarié qui en fait usage, sauf en cas de faute lourde:

Article L. 2511-1 du code du travail:

« L'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié.

Son exercice ne peut donner lieu à aucune mesure discriminatoire telle que mentionnée à l'article L. 1132-2, notamment en matière de rémunérations et d'avantages sociaux. »

Néanmoins, pour bénéficier de la protection couvrant le salarié gréviste, il faut que la cessation de travail s'inscrive dans le cadre d'un mouvement pouvant recevoir le qualificatif de grève licite.

Pour être licite, une grève doit correspondre à une « cessation collective et concertée du travail ».

Ces termes de collective et concertée sont ceux qui sont interrogés lorsque qu'un salarié est seul à être en cessation de travail dans son entreprise.

Il a déjà été jugé, et de manière traditionnelle, que lors que la cessation de travail s'inscrit dans le cadre d'un mouvement de grève déclenché au niveau national, un seul salarié peut, dans une entreprise, participer au mouvement et être considéré comme gréviste:

Soc., 29 mai 1979, pourvoi n° 78-40.553, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre sociale N 464

Est abusif le licenciement d'un salarié ayant participé à une journée de grève ayant pour but d'appuyer des revendications professionnelles formulées sur le plan national, peu important qu'il eût été le seul à faire grève dans son entreprise et qu'aucune revendication professionnelle particulière à celle-ci n'eût été formulée..

Mais qu'en est il lorsqu'il s'agit d'un mouvement de grève qui ne se situe pas au niveau national, mais uniquement au niveau de l'entreprise?

Peut il y avoir cessation « collective et concertée » si un seul salarié cesse le travail, fusse à l'appel d'un syndicat de l'entreprise?

La réponse de principe est non: un salarié isolément ne peut pas se mettre en grève en entreprise, sauf dans le cas très particulier où il s'agit d'une entreprise à salarié unique:

Si la grève est la cessation collective et concertée du travail par des salariés en vue d'appuyer des revendications professionnelles et ne peut, en principe, être le fait d'un salarié agissant isolément, dans les entreprises ne comportant qu'un salarié, celui-ci, qui est le seul à même de présenter et de défendre ses revendications professionnelles, peut exercer ce droit constitutionnellement reconnu.

Soc., 13 novembre 1996, pourvoi n° 93-42.247, Bulletin 1996 V N° 379

Cependant, il faut préciser que le litige ici se situe dans le cadre d'une entreprise gérant un service public, et que les règles applicables à ces entreprise en matière de grève rapprochent le régime de la situation dans laquelle il y a un préavis de grève au niveau national.

En effet, lorsque l'entreprise relève du service public, l'article L.2512-2 impose que tout mouvement de grève soit précédée d'un préavis, qui précise les motifs du recours à la grève, et doit parvenir cinq jours francs avant le déclenchement de la grève.

Ce préavis précise l'heure de début, ainsi que la durée limitée ou non de la grève envisagée.

Nous considérons que le délai mentionné dans le préavis est un délai général, au sein duquel les salariés sont libres de décider s'ils exercent ou non, individuellement, leur droit de grève:

Soc., 11 février 2015, pourvoi n° 13-14.607, Bull. 2015, V, n° 25

Si, dans les services publics, la grève doit être précédée d'un préavis donné par un syndicat représentatif et si ce préavis, pour être régulier, doit mentionner l'heure du début et de la fin de l'arrêt de travail, les salariés qui sont seuls titulaires du droit de grève ne sont pas tenus de cesser le travail pendant toute la durée indiquée par le préavis.

Il en résulte que c'est à bon droit qu'une cour d'appel décide que l'employeur ne peut déduire de l'absence de salariés grévistes au cours des trois premiers jours que le préavis est devenu sans effet et qu'aucun arrêt de travail ne pourra avoir lieu dans ce cadre et, constatant que les déclarations d'intention individuelle de grève et les feuilles de service précisant les horaires et la durée des arrêts de travail des salariés grévistes n'établissaient pas la volonté de détourner les prescriptions de l'article L. 2512-3 du code du travail ni de désorganiser le fonctionnement de l'entreprise, ordonne le retrait de la note de service de l'employeur relative à l'illégalité du mouvement des panneaux d'affichage de l'entreprise.

Dans un cas similaire à celui qui nous occupe, nous avons jugé qu'un employeur ne peut pas considérer que le mouvement de grève a pris fin, alors que la durée mentionnée dans le préavis n'était pas expirée, du seul fait qu'un seul salarié de l'entreprise poursuivait le mouvement:

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Bordeaux, 3 mai 2011), que le syndicat CGT Transports Kéolis Bordeaux a déposé un préavis pour une grève devant débuter le 6 novembre 2010 et s'achever le 31 décembre 2010 au sein de la société Kéolis Bordeaux qui gère le réseau des transports publics de la Communauté urbaine de Bordeaux ; que la grève a commencé le 6 novembre 2010 ; que, le 15 novembre, il n'y avait plus qu'un seul salarié gréviste ; qu'aucun gréviste n'était déclaré pour les journées des 16, 17 et 18 novembre 2010 ; que la société Kéolis, par acte d'huissier en date du 25 novembre 2010, a fait assigner le syndicat aux fins de faire juger que le mouvement de grève

avait pris fin le 14 novembre 2010, un seul salarié étant déclaré gréviste le 15 novembre 2010 et aucun par la suite, et que, depuis, la grève était illicite ;

Attendu que la société Kéolis Bordeaux fait grief à l'arrêt de rejeter cette demande, alors, selon le moyen :

1°/ que la grève est la cessation collective et concertée de travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles ; qu'il résulte de l'article L. 2512-2 du code du travail qu'au sein d'une entreprise gérant un service public, "la cessation concertée du travail" doit être précédée d'un préavis émanant d'une organisation syndicale représentative et devant parvenir à l'autorité hiérarchique cinq jours francs avant le déclenchement du mouvement ; qu'une organisation syndicale ne saurait, pour s'affranchir de ces dispositifs destinés à prévenir les conflits et à permettre d'assurer la continuité du service public, se ménager la possibilité d'organiser à tout moment des mouvements ciblés en déposant un préavis couvrant une très longue période et mentionnant des motifs très généraux ; que, lorsque le préavis n'apporte aucune précision sur le moment et la durée des arrêts de travail prévus, le mouvement initié prend fin lorsqu'il n'est plus suivi par aucun salarié ; qu'au cas présent, le préavis déposé par le syndicat CGT Transports Kéolis Bordeaux, s'il indiquait qu'il commençait le 6 novembre 2010 et se terminait le 31 décembre 2010, ne précisait ni le moment, ni la durée des arrêts de travail envisagés au cours de cette période ; qu'à défaut d'une telle précision, le mouvement déclenché le 6 novembre 2010 a pris fin lorsque la cessation concertée du travail qu'il a initiée a elle-même pris fin ; qu'il résultait des propres constatations de la cour d'appel qu'aucun gréviste n'était déclaré pour les journées du 16, 17 et 18 novembre 2010 ; qu'en refusant de déclarer que le mouvement de grève déclenché par le préavis litigieux avait pris fin, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences qui s'évinçaient de ses propres constatations et a ainsi violé les articles L. 2511-1 et L. 2512-2 du code du travail ;

2°/ que la fraude corrompt tout ; qu'il résultait de manière tout à fait explicite des tracts, produits aux débats, distribués par le syndicat CGT Transports que le dépôt d'un préavis couvrant la période allant du 6 novembre au 31 décembre 2010, pour des motifs très divers, avait pour but, non de couvrir une cessation du travail durant toute cette période, mais de permettre des cessations de travail momentanées à tout moment au cours de cette période, sans avoir à respecter les procédures préalables résultant de la loi sur le dialogue social et la continuité du service public ; qu'en considérant que les salariés pourraient valablement exercer leur droit de grève à tout moment dans le cadre de la période définie par le préavis, la cour d'appel a violé le principe susvisé, ensemble les articles L. 2511-1 et L. 2512-2 du code du travail, les articles L. 1324-3 et L. 1324-5 du code des transports et les articles 12 à 15 de l'accord de branche du 3 décembre 2007 ;

Mais attendu d'abord que si, dans les services publics, la grève doit être précédée d'un préavis donné par un syndicat représentatif et si ce préavis, pour être régulier, doit mentionner l'heure du début et de la fin de l'arrêt de travail, les salariés qui sont seuls titulaires du droit de grève ne sont pas tenus de cesser le travail pendant toute la durée indiquée par le préavis ; qu'il en résulte que c'est à bon droit que la cour d'appel a

décidé que l'employeur ne peut, dans la période ainsi définie, déduire de la constatation de l'absence de salariés grévistes que la grève est terminée, cette décision ne pouvant être prise que par le ou les syndicats représentatifs ayant déposé le préavis de grève ;

Attendu ensuite que ni la durée du mouvement de grève ni l'existence d'une pluralité de motifs ne pouvant suffire à caractériser en elles-mêmes une fraude, la cour d'appel qui a constaté que l'employeur n'apportait aucun élément pour démontrer que l'exercice du droit de grève aurait eu un caractère abusif, en a exactement déduit que le caractère illicite du mouvement n'était pas établi ;

Soc., 4 juillet 2012, pourvoi n° 11-18.404, Bull. 2012, V, n° 207

Le rapporteur indique dans son rapport:

En réalité, le droit de grève bien que d'exercice collectif, est un droit dont le salarié reste titulaire à titre individuel. Il s'en déduit que les salariés pouvant exercer individuellement leur droit de grève dans le cadre du préavis fixé collectivement par le ou les syndicats représentatifs, l'employeur ne peut dans la période ainsi définie déduire de la situation de fait que la grève est terminée, cette décision ne pouvant être prise que par le ou les syndicats représentatifs ayant déposé le préavis s'ils estiment que le recours à la grève n'est plus justifié.

Dans un arrêt ultérieur (Soc., 11 février 2015, pourvoi n° 13-14.607, Bull. 2015, V, n° 25), la chambre a confirmé que le fait qu'il n'y ait aucun gréviste dans les jours suivant le dépôt du préavis ne permettait pas de considérer que le mouvement était terminé, dès lors que la période mentionnée dans le préavis n'était pas close, et cela même en cas de préavis de grève illimité (Soc., 8 décembre 2016, pourvoi n° 15-16.078, Bull. 2016, V, n° 237)

Doit on déduire de ces arrêts que, pourvu qu'elle s'inscrive dans les dates mentionnées dans le préavis de grève, la cessation de travail d'un salarié, fut il seul, est nécessairement une grève licite?

C'est ce que conteste le mémoire en défense, qui fait valoir

* d'une part, que la jurisprudence décrite ci dessus est critiquée et critiquable en ce que, alors que l'obligation d'un préavis dans les services publics avait pour objectif de permettre une information de l'employeur afin qu'il puisse s'organiser, il devient au contraire utilisé comme arme de désorganisation de l'entreprise puisqu'il autorise des cessations de travail à tout moment dès lors qu'il est prévu sur une longue durée, voire illimitée, alors même qu'il ne correspond pas à un arrêt de travail suivi par un nombre proportionnellement raisonnable de grévistes. Le mémoire fait valoir que cette jurisprudence ne respecte pas le principe de proportionnalité entre les principes de droit de grève, de liberté d'entreprendre, et de continuité du service public, et cite à cet effet un commentaire du professeur Duquesne:

Selon le juge social, le groupement professionnel déclenche la grève au moyen du dépôt du préavis et peut le faire cesser comme bon lui semble au sein du secteur public. Cette liberté de mettre un terme au mouvement constitue d'ailleurs le prolongement de solutions jurisprudentielles ayant nettement atténué la portée des formalités requises par l'article L. 2512-2 du Code du travail. Tel est l'objet, en son application la plus aboutie, de la pratique des dépôts en masse de préavis renfermant des dates de cessation d'activité différentes que fonde une unique revendication (Cass. soc., 25 janv. 2012, préc.). Mais la stratégie tendant à rendre incertaine pour l'autorité destinataire du préavis la date de déclenchement de l'action prend également d'autres formes très favorablement accueillies par le juge social, comme, par exemple, celle d'un étalement sur la période indiquée de plusieurs arrêts de travail (Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-17.116 : JurisData n° 2006-033903 ; Bull. civ. 2006, V, n° 204 ; JCP S 2006, 1734, note R. Vatinet), et fait parfois intervenir plusieurs organisations syndicales auxquelles est reconnu le droit de retenir des dates de cessation d'activité différentes (Cass. soc., 4 févr. 2004, n° 01-15.709 : JurisData n° 2004-022130 ; Bull. civ. 2004, V, n° 33). L'admission de telles pratiques ne se conçoit évidemment pas dans l'optique d'une concertation systématique des volontés qui se traduirait par des arrêts d'activité aux dates annoncées. Elle rend compte d'une évolution de la notion de grève aux termes de laquelle le passage à l'acte importe moins que l'annonce dont celui-ci est l'objet. Surtout, elle souligne que le caractère collectif du conflit revendicatif tient exclusivement, dans le secteur public, à la mission dévolue au syndicat représentatif. Ce n'est donc pas, en dépit des apparences, la faculté offerte à chaque agent de s'associer au mouvement comme il l'entend durant la période indiquée par le préavis qui s'oppose à ce que l'employeur fasse constater l'issue de la grève mais le fait que la poursuite de celle-ci est entièrement placée entre les mains du syndicat. Il s'en déduit que la menace que fait peser le préavis sur le fonctionnement du service public a vocation à devenir un état permanent pour peu que la grève ait été annoncée sans limite de durée !

En sens contraire, voir Christophe Radé, Droit social 2012, n°860:

« Cette solution doit être approuvée dans la mesure où elle n'ajoute pas de restrictions supplémentaires à des textes qui en comportent peu, respectant ainsi le principe de la liberté de faire < grève >. L'article L. 2512-2 du code du travail prévoit en effet que le droit de < grève > dans les services publics s'exerce dans un cadre syndical défini de manière minimum par référence aux mentions qui doivent figurer sur le < préavis > (« motifs du recours à la < grève > », « heure du début », fin de la < grève >, s'il y lieu). Pour reprendre l'expression syndicale qui prévaut, les < salariés > doivent donc être « couverts » par un < préavis > syndical à la fois sur le plan géographique (l'alinéa 2 de l'article L. 2512-2 dispose en effet que « le < préavis > émane d'une organisation syndicale représentative au niveau national, dans la catégorie professionnelle ou dans l'entreprise, l'organisme ou le service intéressé »), professionnel (les « motifs du

recours à la < grève > » de l'alinéa 3) et temporel. Mais, ce ne sont pas les syndicats qui sont titulaires de l'exercice du droit de < grève >, mais bien les < salariés > qui décident librement, dans le cadre fixé par le ou les syndicats, d'exercer leur droit constitutionnellement reconnu, dans les limites fixées par la loi, ce qui implique la liberté de se mettre en < grève > et de cesser l'exercice de la < grève >, à tout moment, pour autant que ce soit de manière collective et concertée et conformément aux exigences de l'article L. 2512-3, alinéa 1er. Dans ces conditions, il convient de dissocier dans la < grève > l'aspect collectif de l'aspect individuel, et il est tout à fait exact d'affirmer, avec la cour d'appel de Bordeaux, que la < grève > subsiste sur le plan collectif tant qu'un < préavis > syndical court, et ce même si aucun < salarié > n'a cessé le travail. »

* d'autre part, que la jurisprudence ci dessus n'est pas transposable à la situation du présent litige, puisqu'il ne s'agit pas de savoir si l'absence de gréviste, ou un gréviste unique, met fin au mot d'ordre de grève, mais si un salarié peut être considéré comme gréviste alors qu'il est seul en cessation de travail et que l'employeur le lui a fait savoir. On retomberait, dans cette hypothèse, dans le droit commun de la grève, et par conséquent l'impossibilité de se prétendre gréviste quand on est seul dans une entreprise employeur plusieurs salariés (en ce sens l'arrêt de 1996 ci dessus cité).

On notera que sur le site internet service public.fr, sur lequel l'administration informe les citoyens de leurs droits, (<https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F117#:~:text=Pour%20%C3%AAtre%20qualifi%C3%A9%20de%20gr%C3%A8ve,unique%20salari%C3%A9%20dans%20l'entreprise>), il est indiqué:

*« tout salarié d'une entreprise peut utiliser son droit de grève.
Il n'est pas nécessaire que tous les salariés ou la majorité des salariés de l'entreprise participent à la grève.
La grève est un droit individuel, mais qui s'exerce collectivement.*

Pour être qualifié de grève, le mouvement doit être suivi par au moins 2 salariés.

Toutefois, un salarié peut faire grève seul dans les conditions suivantes :

*Soit le salarié accompagne un appel à la grève lancé au niveau national
Soit il est l'unique salarié dans l'entreprise »*

En l'espèce, le syndicat CGT avait déposé un préavis de grève pour la période allant du 22 avril au 31 décembre 2015.

A compter du 8 juin, il s'est trouvé seul gréviste, et l'employeur lui a demandé de mettre fin à la cessation de travail. Le salarié s'étant maintenu hors de l'entreprise, l'employeur lui a notifié un licenciement pour abandon de poste.

La cour d'appel a considéré, à l'instar du conseil de prud'hommes que:

M. [Y] [J] qui s'est déclaré gréviste, reconnaît aux termes de ses conclusions que l'arrêt collectif de travail a cessé le 8 juin 2015, puisqu'il précise qu'à compter de cette date il s'est retrouvé "seul salarié gréviste". Il ne peut donc être considéré qu'il exerçait alors normalement son droit de grève, en l'absence de cessation collective du travail et l'entreprise comptant plus de un salarié. De même, il importe peu que l'absence de M. [Y] [J] à son poste se situe durant la période du préavis initialement déposé par le syndicat, dès lors qu'il était le seul à cesser le travail et si, comme le souligne le salarié, le préavis de grève concernait tous les dépôts et toutes les catégories du personnel de la société Keolis, il n'en demeure pas moins qu'il ne s'agissait pas d'une grève nationale mais d'un mouvement touchant uniquement l'entreprise, initié par le syndicat "CGT CIF Keolis".

Nous devons dire si ce raisonnement, qui postule qu'un salarié isolé ne peut faire grève dès lors qu'il s'agit d'une grève d'entreprise, même lorsqu'a été déposé un préavis de grève dans cette entreprise gérant un service public, est conforme ou non à l'ensemble de la jurisprudence rappelée ci dessus.

5 - Orientation proposée :FR2

Nombre de projet(s) préparé(s) :2