UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

Centre d'étude des relations de travail

Jean-Philippe Dunand, professeur
Pascal Mahon, professeur
Catherine Bouverat, avocate, doctorante FNS
Nicolas Brügger, avocat, assistant-doctorant
Inès Hassissene, avocate
Mélanie Mader, docteure en droit

CERT
Centre d'étude des relations de travail

ETUDE SUR LA PROTECTION ACCORDÉE AUX REPRÉSENTANTS DES TRAVAILLEURS

Etude établie à la demande et sur mandat du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) et de l'Office fédéral de la justice (OFJ)

14 août 2015

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Table des matières

I. INTRODUCTION GÉNÉRALE : MANDAT, CONTEXTE ET DÉMARCHE DE LA PRÉSENTE ÉTUDE 4

A. LE MANDAT 4
1. L'attribution du mandat et les discussions ultérieures 4
2. Les questions posées 5
B. LE CONTEXTE DE LA PRÉSENTE ÉTUDE 7
1. Les procédures de plainte contre la Suisse devant l'OIT 7
2. Les tentatives récentes ou en cours de révision du droit du contrat de travail 11
C. LA DÉMARCHE DE LA PRÉSENTE ÉTUDE 16
1. Les questions posées 16
2. Démarche et plan de l'étude 17

II. QUELQUES ÉLÉMENTS DE BASE : LE RÔLE ET L'ORGANISATION DES SYNDICATS ET DE LA REPRÉSENTATION DES TRAVAILLEURS EN SUISSE 19

A. REMARQUES LIMINAIRES ET PLAN DE LA DEUXIÈME PARTIE 19
B. INTRODUCTION : LE SYSTÈME ET LES SOURCES DU DROIT COLLECTIF DU TRAVAIL 19
1. Droit collectif du travail et partenariat social 19
2. Les sources du droit collectif du travail 21
C. LA REPRÉSENTATION SYNDICALE : ORGANISATION, RÔLE ET FONCTIONS DES SYNDICATS 26
1. Remarque liminaire : plan 26
2. L'organisation et le rôle des syndicats 26
3. Les différentes fonctions du syndicat 30
4. Conclusions sur la représentation syndicale 41
D. LA REPRÉSENTATION LÉGALE DES TRAVAILLEURS : LA LOI SUR LA PARTICIPATION 42
1. Remarques liminaires et plan 42
2. La nature de la représentation légale et le système de la loi sur la participation 43
3. Les fonctions de la représentation élue des travailleurs et les droits de participation découlant de la législation 45
4. La désignation des représentants et les droits des travailleurs élus à la représentation 51
5. Conclusions sur la représentation légale 53
E. CONCLUSIONS INTERMÉDIAIRES : LES NOTIONS PERTINENTES POUR LE PRÉSENT AVIS EN MATIÈRE DE REPRÉSENTATION DES TRAVAILLEURS 53
1. Introduction 53
2. Les catégories de représentants des travailleurs retenues dans l'étude 53

III. LA PROTECTION DES REPRÉSENTANTS DES TRAVAILLEURS EN DROIT INTERNATIONAL 58

A. INTRODUCTION : DÉMARCHE ET PLAN DE LA TROISIÈME PARTIE 58
B. LE DROIT DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT) : LES CONVENTIONS N^{OS} 87 ET 98 58
1. Remarques liminaires : rôle de l'OIT et de ses conventions en général 58
2. Les Conventions n^{os} 87 et 98 : les textes pertinents, les titulaires et l'étendue de la protection 60
3. L'interprétation des Conventions n^{os} 87 et 98 : la pratique du Comité de la liberté syndicale 63
4. Le caractère self executing ou non self executing des normes de l'OIT 76
5. Les autres conventions pertinentes de l'OIT 79
6. Conclusions intermédiaires 81
C. LES PACTES I ET II DE L'ONU 82
1. Généralités : nature, statut et mécanisme de contrôle des deux Pactes des Nations Unies 82
2. Les dispositions pertinentes du Pacte I et leur portée 85
3. Les dispositions pertinentes du Pacte II et leur portée 90
4. Conclusions intermédiaires 92
D. LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET LA CHARTE SOCIALE EUROPÉENNE 93

1. Généralités : pertinence et incidence des normes du Conseil de l'Europe ... 93
2. L'article 11 CEDH : textes pertinents et titulaires de la protection ... 94
3. L'étendue de la protection : la jurisprudence de la Cour ... 95
4. Le caractère self executing ou non self executing des normes pertinentes ... 98
5. Excursus : l'incidence de la Charte sociale européenne ... 101
6. Conclusions intermédiaires ... 105

E. SYNTHÈSE ET CONCLUSIONS INTERMÉDIAIRES SUR LE DROIT INTERNATIONAL DE LA PROTECTION DES REPRÉSENTANTS DES TRAVAILLEURS ... 106
1. Apports et incidence du droit international en général ... 106
2. La notion de représentants des travailleurs ... 107
3. Les mécanismes et moyens d'action collectifs garantis ... 107
4. La protection contre le licenciement antisyndical ... 109

IV. LA PROTECTION DES REPRÉSENTANTS DES TRAVAILLEURS EN DROIT POSITIF SUISSE ... 111

A. INTRODUCTION : DÉMARCHE ET PLAN DE LA QUATRIÈME PARTIE ... 111
B. LE DROIT CONSTITUTIONNEL : LIBERTÉ SYNDICALE ET LIBERTÉ ÉCONOMIQUE ... 111
1. Généralités : incidence et pertinence du droit constitutionnel pour la présente étude ... 111
2. La liberté syndicale (art. 28 de la Constitution) ... 112
3. La liberté économique (art. 27 de la Constitution) ... 125
4. Le conflit entre droits fondamentaux : la pesée des intérêts ... 131
5. Conclusions intermédiaires ... 134
C. LE DROIT ORDINAIRE : LES REPRÉSENTANTS DES TRAVAILLEURS ET LEUR PROTECTION DANS LE DROIT (PRIVÉ) DU TRAVAIL (DROIT DU CONTRAT DE TRAVAIL ET DROIT COLLECTIF) ... 136
1. Introduction et plan ... 136
2. La protection des représentants des travailleurs dans la loi sur la participation ... 136
3. La protection des représentants des travailleurs dans le droit du contrat individuel de travail : protection contre les congés (art. 336 ss CO) ... 137
4. La protection des représentants des travailleurs dans les conventions collectives de travail (CCT) ... 154
5. Annulabilité/nullité du congé et réintégration des travailleurs en droit suisse (LEg et LPers) ... 161
6. Conclusions intermédiaires ... 171
D. SYNTHÈSE ET CONCLUSIONS INTERMÉDIAIRES SUR LE DROIT NATIONAL DE LA PROTECTION DES REPRÉSENTANTS DES TRAVAILLEURS ... 172

V. SYNTHÈSE GÉNÉRALE ET PISTES DE RÉFLEXION ... 174

A. INTRODUCTION ... 174
B. RÉPONSES AUX CINQ QUESTIONS DÉVELOPPANT LA QUESTION GÉNÉRALE ... 174
1. Question 1 ... 174
2. Question 2 ... 177
3. Question 3 ... 179
4. Question 4 ... 181
5. Question 5 ... 182
C. QUELQUES PISTES DE RÉFLEXION ... 183
1. Uniformisation de la protection ... 184
2. Renforcement de la protection contre les licenciements ... 184
3. Elargissement des pouvoirs des partenaires sociaux ... 185

TABLE DES ABRÉVIATIONS ... 186
BIBLIOGRAPHIE ... 191

I. Introduction générale : mandat, contexte et démarche de la présente étude

A. Le mandat

1. L'attribution du mandat et les discussions ultérieures

1. Les soussignés, Jean-Philippe Dunand et Pascal Mahon, professeurs à l'Université de Neuchâtel et co-directeurs du Centre d'étude des relations de travail (CERT), ont été sollicités au début mai 2013 par l'Office fédéral de la justice (en la personne de M. David Rüetschi) en vue de l'attribution d'un mandat portant sur une « étude sur la protection des représentants des travailleurs », pour le compte de la Confédération. Une première rencontre, destinée à discuter du contenu et des modalités du mandat envisagé, a eu lieu à Berne, le 17 mai 2013, avec le groupe de travail chargé pour la Confédération de piloter l'étude en question, groupe de travail formé de Messieurs David Rüetschi, chef de l'unité Droit civil et procédure civile de l'Office fédéral de la justice (OFJ), et Bassem Zein, collaborateur scientifique au sein de cette unité, ainsi que de Monsieur l'Ambassadeur Jean-Jacques Elmiger, chef du secteur Affaires internationales du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO). Après différents échanges de courriels, un contrat de mandat, daté du 22 juillet 2013, a été conclu entre la Confédération suisse, représentée par le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) et l'Office fédéral de la justice (OFJ), d'une part, et le Centre d'étude des relations de travail (CERT), représenté par les deux professeurs soussignés, d'autre part. Le contrat était complété d'un mandat détaillé décrivant l'objet et les contours de l'étude attendue, avec les diverses questions concrètes posées (qui sont reproduites ci-dessous, n° marginal 5), et il prévoyait que l'étude devrait être remise pour le 30 septembre 2014 au plus tard. Le mandat prévoyait aussi qu'une étude complémentaire, de droit comparé, pourrait être envisagée en parallèle.

   Une nouvelle rencontre entre les soussignés et une partie du groupe de travail a eu lieu le 19 novembre 2013 à Neuchâtel, afin de discuter certaines modalités de l'étude confiée au CERT, notamment de la coordination avec l'étude de droit comparé, confiée à l'Institut suisse de droit comparé. A également été évoquée, lors de cette rencontre, suite à la plainte déposée à l'OIT par le Syndicat des services publics (SSP-VPOD), la question d'une éventuelle seconde étude, sur la question plus spécifique de la protection contre les licenciements consécutifs à une grève.

2. L'idée d'un second mandat, portant sur cette question spécifique, a été concrétisée par une demande de l'Office fédéral de la justice du 5 mai 2014, demande qui a débouché sur une nouvelle rencontre des deux soussignés et du groupe de travail de la Confédération le 30 juin 2014 à Berne. Les discussions ont abouti à la signature d'un nouveau contrat de mandat, daté du 24 juillet 2014, complétant le mandat relatif à la présente étude, mais en principe indépendant de celui-ci.

   Sur un point toutefois, ce second mandat a eu une influence sur la présente étude. En effet, afin de garantir l'harmonisation entre les deux études, lesquelles portent, en partie au moins, sur des thématiques très proches, sinon identiques, la Confédération a accepté de reporter le délai pour la remise de la présente étude de la date initialement prévue du 30 septembre, à celle du 31 décembre 2014.

3. Dans l'intervalle, l'Institut suisse de droit comparé a remis comme prévu, en date du 31 octobre 2014, l'étude comparative complémentaire à la présente étude, intitulée *« Legal opinion on the protection of workers' representatives »*.

4. En date du 28 janvier 2015, les soussignés ont remis à l'OFJ et au SECO une première version de l'étude, réalisée sous l'égide du CERT, ayant comme titre : « Etude sur la protection accordée aux représentants des travailleurs ». Le document a été présenté et discuté de manière approfondie lors d'une séance de la Commission fédérale tripartie pour les affaires de l'OIT qui s'est tenue à Berne en date du 26 février 2015. A l'issue de la séance, il a été convenu que les soussignés apporteraient des précisions sur quelques points dans la version définitive de l'avis. En date du 17 mars, les soussignés ont reçu à Neuchâtel MM. Elmiger (SECO) et Zein (OFJ) pour discuter des modalités et des délais de la remise de la version définitive de l'avis.

5. En date du 15 juin 2015, les soussignés ont remis une version complète de l'avis de droit aux représentants de l'OFJ et du SECO. Cette version a été communiquée et mise en consultation auprès des représentants syndicaux et patronaux de la Commission fédérale tripartite pour les affaires de l'OIT. En date du 14 juillet, M. Luca Cirigliano, représentant syndical, a remis une note au SECO. En date du 16 juillet 2015, M. Marco Taddei, représentant patronal, a également remis une note au SECO. Le résumé de ces notes est intégré ici dans la version finale de l'avis de droit, datée du 14 août 2015. Dans sa note, M. Cirigliano a relevé les qualités de l'avis de droit et formulé quelques critiques. En substance, M. Cirigliano estime que les conclusions de l'avis de droit selon lesquelles la réintégration est un mécanisme qui s'intègre ou s'intégrerait assez difficilement aux principes qui régissent le droit privé suisse du travail sont peu étayées et qu'elles outrepassent le mandat donné aux soussignés. Il considère en outre que l'affirmation selon laquelle l'art. 10 LEg n'a pratiquement jamais donné lieu à une réintégration effective n'est pas démontrée. Quant à M. Taddei, il a aussi relevé les qualités de l'étude et formulé quelques observations. Tout d'abord, M. Taddei relève que l'étude répond au mandat, à savoir examiner un possible aménagement du droit suisse dans le sens d'un renforcement de la protection des représentants des travailleurs. Par ailleurs, il salue la conclusion de l'avis selon laquelle la pratique du Comité de la liberté syndicale de l'OIT n'a pas de force contraignante pour la Suisse. En revanche, M. Taddei conteste les trois propositions formulées dans les conclusions de l'avis (uniformisation de la protection, renforcement de la protection contre les licenciements et élargissement des pouvoirs des partenaires sociaux).

2. Les questions posées

6. Comme indiqué, le mandat confié au CERT expose le contexte et pose une question principale, qu'il développe en cinq sous-questions. Tant la question principale que les sous-questions sont accompagnées de diverses précisions. Nous reproduisons ici, intégralement, les questions posées.

« Question principale

Quelle est la protection accordée aux représentants des travailleurs en Suisse et quelle évaluation peut-on en faire au vu de l'interaction entre les trois domaines suivants: droits fondamentaux, rapports collectifs de travail et rapports individuels de travail?

Les représentants des travailleurs ont une fonction dans les relations collectives de travail. Les relations collectives de travail et les représentants des travailleurs font l'objet de garanties au niveau des droits fondamentaux. Les représentants des travailleurs sont en même temps liés par un rapport individuel de travail. La protection accordée aux représentants des travailleurs instaure un régime dérogatoire (ou non) pour ces travailleurs en droit du contrat de travail, qui se rattache à leur fonction dans les relations collectives de travail et aux garanties au niveau des droits

fondamentaux. Le droit du contrat de travail instaure lui-même un régime qui déroge au régime général du droit des contrats, fondé sur la liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté. Le régime général du droit des contrats se rattache à son tour à la garantie constitutionnelle de la liberté économique. L'étude établira les interactions entre ces différents niveaux et institutions du point de vue des représentants des travailleurs et montrera comment leur protection permet de résoudre les contradictions et conflits potentiels.

L'étude ne porte pas sur les aspects économiques sous-jacents de la question, comme les impératifs de la gestion d'entreprise ou l'emploi. Ces aspects pourront être relevés dans la mesure où ils sont pertinents juridiquement, s'agissant notamment du régime du licenciement pour des motifs économiques.

La notion de représentants des travailleurs est comprise dans un sens large. L'étude prend en compte toutes les formes existantes de représentation, en particulier les représentants directement élus ou désignés par les travailleurs (commissions du personnel et autres instances dotées d'une représentation des travailleurs) et les représentants syndicaux dans l'entreprise ou dans des organes à composition paritaire (en particulier les commissions tripartites fédérale et cantonales prévues pour l'application des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes). Les personnes de confiance des syndicats dans les entreprises sont également comprises ("Vertrauensleute").

Développement de la question principale

Les questions qui suivent développent la question principale. Les experts pourront adopter une structure différente, agencer les questions différemment ou les regrouper.

1. Quelles garanties offrent le droit international et le droit constitutionnel suisse quant à l'organisation collective des rapports de travail? Quels mécanismes et moyens d'action collectifs sont garantis (organisation collective des travailleurs, négociation collective, droit de grève et moyens de combat)? Quelle protection est demandée pour que ces mécanismes et moyens d'action collectifs puissent fonctionner?

En droit international, l'accent sera mis sur les conventions 87 et 98 de l'OIT. Une étude générale de tous les textes internationaux (Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), Pactes de l'ONU, Charte sociale européenne notamment) n'est pas demandée. Un apport particulier de ces textes pourra par contre être relevé.

2. Comment se présentent les rapports collectifs de travail en Suisse (partenariat social, modes d'action et de négociation collective)? Quels mécanismes sont prévus dans la loi suisse et dans les conventions collectives de travail (CCT) et quels domaines couvrent-ils? Des mécanismes ayant une importance significative sur le plan national ou régional existent-ils dans la pratique en dehors d'une base légale ou conventionnelle? Quels sont les modes de représentation des travailleurs (représentation dans les commissions du personnel et dans d'autres instances dotées d'une représentation des travailleurs, représentation syndicale) prévus par la loi, par les CCT ou, le cas échéant, existant dans la pratique? Quelle fonction ont ces différents modes de représentation du personnel dans les rapports collectifs de travail, quelle est leur place respective et comment s'articulent-ils les uns par rapport aux autres? Le droit de grève et les autres moyens de combat pourront être abordés dans la mesure où ils permettent de mieux comprendre le rôle et la place donnée en Suisse à la représentation des travailleurs et aux mécanismes collectifs de dialogue, de participation et de négociation collective.

3. Comment les garanties du droit international et constitutionnel et les mécanismes institutionnels régissant les rapports collectifs de travail s'inscrivent dans le droit du contrat individuel de travail et dans le régime général du droit des contrats? Quel rôle joue la liberté économique de ce point de vue? Quels sont les conflits ou contradictions et comment sont-ils résolus?

4. Comment est-ce que la protection des représentants des travailleurs telle que prévue dans le droit suisse et dans les CCT permet-elle de concilier les points d'opposition entre droit du contrat individuel de travail, rapports collectifs de travail et garanties du droit international et constitutionnel?

La protection prise en compte peut comprendre, outre la protection contre le congé, la protection contre des conséquences ou mesures négatives découlant de l'exercice de la fonction de représentant des travailleurs. La plainte de l'USS porte sur la sanction du licenciement antisyndical. Même s'il s'agit du point de départ de l'étude, les conditions auxquelles le licenciement d'un représentant des travailleurs est illicite seront également abordées. Concernant la protection contre les congés, la nullité respectivement l'annulabilité du congé et leurs conséquences possibles seront abordées, en particulier la possibilité de réintégrer le travailleur à

son poste ou à un autre poste de travail. L'accent sera mis à cet égard sur la portée pratique et l'effectivité d'une telle protection. L'application de l'art. 10 LEg sera en particulier à considérer dans ce contexte: état actuel (en particulier, fréquence à laquelle la disposition est invoquée, prononcé et mise en œuvre de la réintégration), difficultés d'application, causes établies ou possibles de telles difficultés.

5. Comment peut-on évaluer la protection des représentants du personnel sur la base des résultats du chiffre 4? Quels équilibres ont été trouvés et comment peut-on les caractériser? Conformément au but de l'étude décrit ci-dessus et comme mentionné au niveau de la question principale, un regard critique sur l'état actuel du droit suisse est demandé, afin d'avoir une base de discussion qui serve à trouver une solution acceptable par les partenaires sociaux. Un constat de lacunes, une évaluation d'un éventuel besoin de légiférer ou des propositions de modifications législatives ne sont pas requises.

6. Les éventuelles différences de sensibilité entre régions linguistiques, dans la pratique judiciaire et les opinions doctrinales, seront le cas échéant prises en compte. Un point de vue englobant ces éventuelles différences est demandé. La nécessité de consulter un ou des experts des autres régions linguistiques est laissée à l'appréciation des experts.

7. Une étude de droit comparé n'est pas demandée. Une présentation succincte avec un renvoi à des études existantes, notamment dans l'Union européenne, peut être comprise dans l'étude si le temps et les moyens le permettent. Des éléments de comparaison pourront être introduits s'ils permettent de mieux comprendre la situation en Suisse ou s'ils offrent des perspectives intéressantes. Le groupe de travail se réserve le droit de donner un mandat particulier sur ce point à l'Institut suisse de droit comparé. Les experts sont consultés et la décision sera prise et communiquée avant le début des travaux ou à leur début, de sorte à ce que la coordination avec l'étude principale menée par les experts puisse se faire de manière optimale. »

B. Le contexte de la présente étude

7. Le présent avis de droit s'inscrit dans un contexte de blocage politique et est destiné à examiner l'adéquation de la protection des représentants des travailleurs en elle-même, d'une part, mais aussi, d'autre part, en relation avec les normes internationales qui lient la Suisse en la matière. Afin de rappeler le contexte politico-juridique dans lequel s'inscrit la présente étude, deux éléments importants doivent être mis en exergue à titre préliminaire : d'un côté, les procédures menées par des organisations syndicales contre la Suisse devant l'Organisation internationale du travail, qui ont servi de déclencheur à la demande portant sur la présente étude (ch. 1), de l'autre côté les tentatives, récentes ou en cours, de révision du droit du contrat de travail (sanctions en cas de congé abusif ou injustifié, protection des travailleurs signalant des irrégularités), qui permettent de rappeler les éléments qui, en Suisse, aujourd'hui, font l'objet de discussions et débats, d'éventuels points de consensus ou, au contraire, de blocage, dans le domaine considéré (ch. 2).

1. Les procédures de plainte contre la Suisse devant l'OIT

8. Deux plaintes contre la Suisse sont actuellement en cours de traitement devant l'Organisation internationale du travail (OIT). La première, qui date de 2003, dénonce une insuffisance de la protection des représentants élus des travailleurs (cas n° 2265). La seconde, plus récente, de 2013, estime que le droit suisse ne protège pas assez efficacement l'exercice du droit de grève par les travailleurs (cas n° 3023).

a) Cas n° 2265[1] *Suisse – Union syndicale suisse (USS), plainte du 14 mai 2003*

9. Le 14 mai 2003, l'Union syndicale suisse (USS) a déposé une plainte contre la Suisse devant le Comité de la liberté syndicale. Dans sa plainte, l'USS soutient notamment que la législation suisse protégerait insuffisamment les délégués et représentants syndicaux contre la résiliation[2] et ne respecterait donc pas l'art. 1er de la Convention n° 98 de l'Organisation internationale du travail sur le droit d'organisation et de négociation collective.

   L'USS prétend notamment dans sa plainte que les indemnités auxquelles peuvent être condamnés les employeurs coupables de licenciement abusif antisyndical ou de licenciement non justifié d'un représentant du personnel sont trop faibles et qu'elles n'ont pas d'effet dissuasif. De plus, la loi ne prévoit pas de possibilité de réintégrer dans l'entreprise les travailleurs licenciés abusivement, ce qui serait contraire aux principes dégagés par le Comité de la liberté syndicale dans son interprétation de la Convention n° 98.

   L'USS note également que le droit suisse du travail ne prévoit qu'un seul cas de réintégration dans l'entreprise d'une personne licenciée abusivement[3]. Il s'agit du congé donné en représailles des revendications qu'élèverait une travailleuse en matière d'égalité entre les sexes (cf. art. 10 al. 1 LEg).

10. Le Conseil fédéral a pris position sur la plainte le 31 mars 2004. Dans ses observations, il conteste l'incompatibilité du droit suisse avec les protections requises par la Convention n° 98 de l'OIT contre les licenciements antisyndicaux. A ses yeux, la réintégration du travailleur licencié abusivement n'est pas conforme à l'esprit du droit suisse et n'est de toute manière pas exigée par la Convention n° 98. De l'avis du Conseil fédéral, la sanction prévue par le droit suisse pour punir un licenciement abusif, soit une indemnité pouvant aller jusqu'à six mois de salaire, est suffisamment sévère pour dissuader tout employeur de procéder à un licenciement abusif[4].

11. Dans son rapport intermédiaire du mois de novembre 2004, le Comité de la liberté syndicale a pris note des allégations contenues dans la plainte de l'USS et dans la prise de position du Conseil fédéral. Après avoir exposé les principes de la liberté syndicale déduits de la Convention n° 98 et sans prendre de conclusions définitives quant au cas d'espèce, il a formulé la recommandation suivante :

> « Le comité invite le gouvernement, de concert avec les organisations d'employeurs et de travailleurs, à examiner la situation actuelle en droit et en pratique en matière de protection contre les licenciements pour motifs antisyndicaux afin que, à la lumière des principes exposés ci-dessus et si la discussion tripartite l'estime nécessaire, des mesures soient prises pour qu'une telle protection soit réellement efficace dans la pratique. Le comité demande au gouvernement de lui fournir des informations sur l'évolution de la situation quant aux questions traitées dans ce cas »[5].

---

1 http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:50001:0::NO:50001:P50001_COMPLAINT_FILE_ID:2897410 (consulté le 15 décembre 2014). Pour un résumé, cf. aussi CHATTON, Justiciabilité, pp. 213-214.

2 COMITÉ DE LA LIBERTÉ SYNDICALE, Rapport intérimaire – Rapport No. 335, novembre 2004, N 1263. Cf. également MOLO, p. 92, N 17.

3 COMITÉ DE LA LIBERTÉ SYNDICALE, Rapport intérimaire – Rapport No. 335, novembre 2004, N 1268 s.

4 *Ibid.*, N 1282 ss, notamment N 1286, 1291 et 1333.

5 *Ibid.*, N 1356.

12. Des discussions tripartites ont alors été organisées par le Conseil fédéral. Ainsi, après qu'une discussion a eu lieu au sein de la Commission fédérale tripartite pour les affaires de l'OIT, il a été décidé, le 18 août 2005, d'organiser une « discussion tripartite permettant d'examiner la situation en droit et en pratique en matière de protection contre les licenciements abusifs pour motifs antisyndicaux »[6]. Cette discussion, qui a eu lieu le 28 novembre 2005, n'a pas modifié les convictions de chacun des camps. Les syndicats persévéraient dans leur demande d'un renforcement légal alors que les employeurs y restaient opposés.

13. En avril 2006, l'USS a déposé un acte additionnel, par lequel il était confirmé que des discussions tripartites avaient été menées mais qu'elles n'avaient abouti à rien, du fait de l'opposition des représentants patronaux à toute modification de la loi. L'USS estimait par ailleurs que la situation empirait et que des licenciements de délégués syndicaux et de représentants élus du personnel étaient toujours plus nombreux[7].

14. Le Conseil fédéral a déposé un rapport en juin 2006[8]. Il en ressort notamment que la consultation tripartite a eu lieu, mais qu'elle n'a pas débouché sur le constat que des mesures supplémentaires devaient être prises[9]. Le Gouvernement suisse estimait par ailleurs que du point de vue démocratique, la procédure devant l'OIT ne bénéficie pas de la légitimité pour imposer une modification législative[10] et que les arguments de l'USS selon lesquels les représentants syndicaux et les représentants élus ne bénéficient pas d'une protection efficace contre le licenciement n'étaient pas fondés. Il proposait ainsi que la plainte de l'USS soit classée sans suite.

15. La plainte de l'USS a été admise par le Comité de la liberté syndicale, et ensuite par le Conseil d'administration du Bureau international du Travail, en novembre 2006[11]. Dans sa décision, le Comité de la liberté syndicale a noté que

> l'« un des principes fondamentaux de la liberté syndicale est que les travailleurs doivent bénéficier d'une protection adéquate contre tous actes de discrimination tendant à porter atteinte à la liberté syndicale en matière d'emploi – licenciement, transfert, rétrogradation et autres actes préjudiciables –, et que cette protection est particulièrement souhaitable en ce qui concerne les délégués syndicaux, étant donné que, pour pouvoir remplir leurs fonctions syndicales en pleine indépendance, ceux-ci doivent avoir la garantie qu'ils ne subiront pas de préjudice en raison du mandat syndical qu'ils détiennent »[12].

16. Le Comité de la liberté syndicale a estimé ainsi que l'ordre juridique suisse ne protégeait pas suffisamment les représentants syndicaux victimes de licenciements antisyndicaux[13]. Selon le Comité de la liberté syndicale, seule la possibilité d'une réintégration est une mesure dissuasive, le paiement d'une indemnité ne pouvant intervenir que de manière subsidiaire[14]. Le Comité a retenu notamment que la

---

6 COMITÉ DE LA LIBERTÉ SYNDICALE, Rapport intérimaire – Rapport No. 343, novembre 2006, N 1076 ss.

7 *Ibid.*, N 1070. Cf. aussi CHATTON, Justiciabilité, p. 214, qui relève que l'USS a présenté 11 exemples concrets de tels licenciements antisyndicaux.

8 *Ibid.*, N 1084 ss.

9 *Ibid.*,, N 1129.

10 *Ibid.*, N 1130.

11 *Ibid.*. Cf. également SCHWAAB, Jusletter 2011, N 13.

12 COMITÉ DE LA LIBERTÉ SYNDICALE, Rapport intérimaire – Rapport No. 343, novembre 2006, N 1141.

13 *Ibid.*, N 1143.

14 *Ibid.*, N 1143.

protection contre le licenciement antisyndical des articles 336 ss CO n'est pas conforme à la Convention n° 98 de l'OIT et a prié le Conseil fédéral de

> « prendre des mesures pour prévoir le même type de protection pour les représentants syndicaux victimes de licenciements antisyndicaux que pour ceux victimes de licenciements violant le principe d'égalité entre hommes et femmes, y compris la possibilité d'une réintégration »[15].

17. Dans des observations du 26 septembre 2008, le Conseil fédéral a fait part du suivi donné aux recommandations du Comité de la liberté syndicale. Il a fait état de la situation de blocage qui perdurait et qui rendait impossible d'envisager toute modification législative allant dans le sens d'une amélioration de la protection contre les licenciements donnés pour des motifs antisyndicaux[16]. Il s'est en revanche engagé à poursuivre la discussion et à inviter les partenaires sociaux à améliorer la protection contre les licenciements par le biais des conventions collectives de travail[17].

18. En octobre 2010, le Conseil fédéral a mis en consultation un avant-projet concernant la révision partielle du Code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié)[18]. Cet avant-projet est décrit ci-après (nos 27 ss). Il propose un renforcement de la protection par différents moyens, mais sans prévoir de mécanisme de nullité du licenciement ou de réintégration, tel que suggéré dans les recommandations de l'OIT.

19. En septembre 2012, alors que l'avant-projet semblait ne pas avoir de chance de survie, l'USS a demandé au Conseil d'administration de l'OIT de reprendre l'examen du cas et de constater que la Suisse n'avait « pas mis en œuvre sa recommandation de 2006 selon laquelle le Comité a prié le gouvernement de prendre des mesures pour prévoir le même type de protection pour les représentant(e)s syndicaux victimes de licenciements antisyndicaux que pour ceux victimes de licenciements violant le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes, y compris la possibilité d'une réintégration, eu égard aux principes fondamentaux selon l'article 2 de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail du 18 juin 1998 et conformément aux conventions nos 87 et 98 ratifiées par la Suisse ; et que celle-ci n'est pas en conformité avec les normes de l'OIT, et notamment avec la convention n° 98, ainsi qu'avec la Convention n° 135 »[19].

    En novembre 2012, le Conseil fédéral a décidé de suspendre les travaux législatifs sur la protection contre les licenciements antisyndicaux et de demander une étude approfondie sur les conditions et les aspects déterminants de la protection des représentants des travailleurs face aux licenciements[20].

---

15 *Ibid.*, N 1146 et 1148.

16 CONSEIL FÉDÉRAL, Observations sur le suivi donné à la recommandation du Comité du 15 novembre 2006, septembre 2008, N 7-9.

17 *Ibid.*, N 10.

18 CONSEIL FÉDÉRAL, Révision partielle du code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié) – Rapport explicatif et avant-projet, septembre 2010.

19 USS, Courrier du 19 septembre 2012 à l'OIT, pp. 10-11.

20 CONSEIL FÉDÉRAL, Communiqué de presse du 21 novembre 2012.

b) Cas n° 3023[21] *Suisse – Syndicat des services publics (SSP-VPOD), plainte du 10 avril 2013*

20. Le 10 avril 2013, le Syndicat des services publics (SSP-VPOD), membre de l'USS, a déposé une plainte contre la Suisse devant le Comité de la liberté syndicale pour violation des Conventions n^{os} 87 et 98. Le SSP dénonce une insuffisance de la législation suisse en matière de protection des travailleurs contre les congés donnés en cas d'exercice du droit de grève. La plainte fait notamment suite à l'affaire dite de la Providence, qui a donné lieu au licenciement de 22 grévistes à l'hôpital de la Providence à Neuchâtel, dans le cadre d'une reprise de l'exploitation de cet établissement hospitalier par un groupe de cliniques privées.

21. Le Conseil fédéral a déposé des observations en date du 26 mars 2014. Il a toutefois refusé de se prononcer, tout comme les différents intéressés qu'il avait consultés, du fait que l'affaire de la Providence a donné lieu à des procédures pénales et civiles dont on ne connaît pas encore l'issue. En revanche, informé par différents syndicats d'autres cas de grévistes licenciés, le Conseil fédéral a admis que le droit de grève était protégé par la Constitution fédérale et que ces situations, même si elles sont plutôt rares en Suisse, sont préoccupantes et sérieuses. Il a décidé de charger les services compétents de l'administration de mener une étude approfondie sur les différents points soulevés par la plainte[22].

2. Les tentatives récentes ou en cours de révision du droit du contrat de travail

a) Révision partielle du Code des obligations (protection en cas de signalement de faits répréhensibles par le travailleur)

22. Actuellement, le Code des obligations ne contient aucune disposition relative au *whistleblowing.* La problématique a été traitée par la jurisprudence, en lien avec l'obligation de fidélité du travailleur (art. 321a al. 1 CO)[23].

    L'employé qui dénonce des irrégularités (*whistleblower*) s'expose souvent à des mesures de représailles, voire à un licenciement. La question a d'ailleurs fait couler beaucoup d'encre suite à la médiatisation d'affaires retentissantes[24]. C'est sur la base de ce constat qu'a été proposée la révision partielle du Code des obligations[25] destinée à protéger les travailleurs signalant des faits répréhensibles.

23. En exécution du mandat de la motion GYSIN : « Protection pour les personnes qui découvrent des cas de corruption »[26], visant notamment à déterminer si la sanction prévue à l'art. 336a al. 2 CO permettait de prévenir efficacement les licenciements

---

21 http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:50001:0::NO:50001:P50001_COMPLAINT_FILE_ID:3114368 (consulté le 15.12.2014).

22 CONSEIL FÉDÉRAL, Observations du gouvernement de la Suisse, mars 2014, p. 5.

23 BETTEX, p. 492. Pour des exemples jurisprudentiels, voir notamment ATF 127 III 310, c. 5a = JdT 2001 I 367 et TF 4A_2/2008, du 8 juillet 2008.

24 BETTEX, p. 492.

25 Conseil fédéral, Révision partielle du code des obligations (protection en cas de signalement de faits répréhensibles par le travailleur) – Rapport explicatif relatif à l'avant-projet, 2009, pp. 17-20. Voir également : https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&print_style=yes&msg-id=23623 (consulté le 15.12.3014).

26 Motion 03.3212 GYSIN REMO : Protection pour les personnes qui découvrent des cas de corruption.

abusifs[27], le Conseil fédéral a mis en consultation, le 5 décembre 2008, un avant-projet de révision partielle du Code des obligations relatif à la protection en cas de signalement de faits répréhensibles par le travailleur[28].

Cet avant-projet prévoyait l'introduction, dans le Code des obligations, d'une nouvelle disposition (art. 321abis AP-CO) fixant les conditions auxquelles un signalement pouvait être effectué sans violation du devoir de fidélité du travailleur.

24. Selon cette disposition, le signalement de bonne foi de faits répréhensibles à l'employeur était conforme au devoir de fidélité du travailleur (al. 1). Le signalement devait toutefois s'effectuer en premier lieu auprès de l'employeur. Si ce dernier ne prenait aucune mesure effective, le travailleur pouvait alors s'adresser à l'autorité compétente (al. 2). Si cette dernière n'entreprenait elle-même pas les démarches requises, le travailleur était alors légitimé – en dernier lieu – à porter les faits répréhensibles à la connaissance du public (al. 3), les règles sur le secret professionnel et celles prévues dans les lois spéciales étant réservées.

L'avant-projet prévoyait de surcroît d'insérer le licenciement signifié en raison d'un signalement conforme à l'art. 321abis AP-CO dans la liste des motifs abusifs de l'art. 336 al. 2 CO (let. d)[29]. S'agissant de la sanction, le Conseil fédéral avait souhaité s'en tenir au droit en vigueur, c'est-à-dire au versement d'une indemnité maximale de six mois de salaire (art. 336a CO)[30].

25. La procédure de consultation s'est achevée le 31 mars 2009. Elle a mis en exergue les opinions très divergentes des milieux consultés. D'aucuns soulignaient que le droit en vigueur conférait une protection adéquate et qu'il n'était pas nécessaire de légiférer en matière de signalement, alors que d'autres estimaient au contraire que le droit en vigueur n'offrait pas une protection idoine contre les licenciements abusifs[31].

Diverses propositions ont été formulées à cet égard. Certains estimaient que les rapports de travail devaient être maintenus, que le congé devrait être annulé sur le modèle de l'art. 10 LEg, et le travailleur réintégré dans son emploi. D'autres, sans remettre en cause le principe de l'indemnisation, ont plaidé en faveur d'une augmentation du montant maximum de l'indemnité[32].

Eu égard à ces résultats contrastés, et en lien avec les recommandations du Comité de la liberté syndicale faisant suite à la plainte déposée par l'USS auprès de l'OIT, évoquée plus haut (n^{os} 8 ss), le Conseil fédéral a décidé, le 16 décembre 2009, d'examiner le régime des sanctions en cas de licenciement abusif ou injustifié dans un

---

27 ZEIN, pp. 42 ss.

28 Conseil fédéral, Révision partielle du code des obligations (protection en cas de signalement de faits répréhensibles par le travailleur) – Rapport explicatif relatif à l'avant-projet, 2009, disponible sur le site : https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/whistleblowing.html (consulté le 15.12.2014).

29 Avant-projet disponible sur le site : https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/whistleblowing.html (consulté le 15.12.2014).

30 Conseil fédéral, Révision partielle du code des obligations (protection en cas de signalement de faits répréhensibles par le travailleur) – Rapport explicatif relatif à l'avant-projet, 2009, pp. 17-20. Voir également : https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&print_style=yes&msg-id=23623 (consulté le 15.12.3014).

31 Conseil fédéral, Révision partielle du code des obligations (protection en cas de signalement de faits répréhensibles par le travailleur) – Rapport sur les résultats de la consultation décembre 2009, disponible sur le site : https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/whistleblowing.html (consulté le 15.12.2014).

32 ZEIN, p. 43.

projet séparé. Celui-ci devait porter non seulement sur la protection en cas de signalement d'irrégularités, mais aussi, de manière plus générale, sur la portée de la protection contre les congés abusif et immédiat. Dans ce contexte, comme nous le verrons plus loin, la protection des délégués et des représentants syndicaux devait faire l'objet d'un examen particulier.

Le Conseil fédéral a décidé de surseoir à la suite à donner à l'avant-projet sur le signalement de faits répréhensibles jusqu'à la connaissance des résultats de la consultation inhérente à l'avant-projet relatif aux sanctions en cas de congé abusif ou injustifié.

Au mois de novembre 2012, après avoir pris connaissance de ces résultats, le Conseil fédéral a finalement décidé de poursuivre les travaux relatifs à l'avant-projet sur le signalement, et a élaboré un projet de révision[33].

26. Le projet du Conseil fédéral contient six dispositions réglementant les conditions auxquelles le signalement est licite[34].

Ces conditions varient selon que le travailleur s'adresse à l'employeur, à l'autorité compétente directement ou indirectement, au public, ou que le travailleur consulte une personne soumise à un devoir de confidentialité.

A l'instar de l'ancien avant-projet (protection en cas de signalement de faits répréhensibles par le travailleur), le nouveau projet mentionne expressément qu'est abusif le licenciement du travailleur prononcé suite à un signalement d'irrégularités par celui-ci ou à la consultation par lui d'une personne qui seraient conformes à l'obligation de fidélité.

Par ailleurs, considérant qu'un licenciement intervenant suite à un signalement licite pouvait être sanctionné sur la base des règles générales sur le licenciement abusif ou le licenciement immédiat injustifié, le Conseil fédéral a jugé qu'il n'y avait pas lieu d'améliorer la protection contre les congés se limitant au seul signalement[35].

27. Le Conseil fédéral a, par son message, saisi le Parlement. Le dossier a d'abord été transmis au Conseil des Etats, prioritaire, qui s'est rallié pour l'essentiel aux propositions du Conseil fédéral (sous réserve de quelques modifications parmi lesquelles figure l'introduction de la garantie de la confidentialité du signalement à l'interne)[36]. Le projet a été adopté, le 22 septembre 2014, par 22 voix contre 13 et 6 abstentions.

Le dossier a ensuite été transmis au Conseil national. Selon un communiqué de presse du 14 novembre 2014, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a proposé à son Conseil d'entrer en matière sur le projet relatif au

---

33 Message sur la révision partielle du code des obligations (protection en cas de signalement d'irrégularités par le travailleur), du 20 novembre 2013, FF 2013 8547, spécialement, pour le projet, 8613.

34 *Ibid*.

35 *Ibid.*, FF 2013 8547, 8571-8572.

36 Pour davantage de détails, voir les délibérations du Conseil des Etats sur la protection en cas de signalement d'irrégularités par le travailleur (13.094) – Session d'automne 2014 – Neuvième séance du 22 septembre 2014 (http://www.parlament.ch/ab/frameset/f/s/4915/446906/f_s_4915_446906_447097.htm, consulté le 15.12.2014).

whistleblowing, mais en préconisant toutefois de renvoyer ledit projet au Conseil fédéral pour qu'il le formule de manière plus simple[37].

b) Révision partielle du Code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié)

28. Dans l'intervalle et, comme on vient de le voir, dans le prolongement de la consultation relative à la révision partielle du Code des obligations (protection en cas de signalement d'irrégularités par le travailleur), ainsi qu'eu égard aux recommandations du Comité de la liberté syndicale[38], le Conseil fédéral a mis en consultation, le 1er octobre 2010, le deuxième avant-projet de révision partielle du Code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié)[39].

Dans les grandes lignes, le Conseil fédéral a émis les propositions suivantes[40] :

- augmenter le maximum de l'indemnité de six à douze mois de salaire (à l'instar de ce que lui-même préconisait déjà dans son message de 1984[41]) ;
- conférer une meilleure protection aux représentants élus des travailleurs en limitant le motif justifié aux seuls motifs inhérents à la personnalité du travailleur ; le licenciement pour motif économique devenant un motif abusif de congé ;
- permettre des solutions conventionnelles qui étendent la protection contre les congés abusifs, solutions plus favorables aux deux parties ou plus favorables au travailleur, en biffant les articles 336 al. 1 et 336a de la liste des dispositions absolument impératives de l'art. 361 CO.

Dans le rapport explicatif relatif à cet avant-projet, le Conseil fédéral souligne que le principe de la liberté de résiliation est un élément essentiel du droit suisse qui ne saurait être remplacé en instaurant la nullité ou l'annulabilité au lieu de l'indemnité comme sanction d'un congé abusif[42]. Par conséquent, les principes du droit en vigueur quant à la validité du congé, la nature de l'indemnité et la fixation du montant de celle-ci par le juge doivent être maintenus.

29. La consultation s'est achevée le 14 janvier 2011. L'amélioration générale de la protection contre le licenciement prévue dans l'avant-projet a soulevé une vive controverse et les résultats ont démontré une absence de consensus entre les partenaires sociaux.

En effet, il ressort de la consultation qu'une partie des milieux consultés (six cantons ainsi que le PDC, le PLR et l'UDC) s'est prononcée contre l'amélioration générale de la

---

37 Voir communiqué de presse de la CAJ-N, disponible sur le site : http://www.parlament.ch/f/mm/2014/Pages/mm-rk-n-2014-11-14.aspx (consulté le 15.12.2014).

38 COMITÉ DE LA LIBERTÉ SYNDICALE, Rapport intérimaire – Rapport No. 343, novembre 2006, N 1148.

39 Conseil fédéral, Révision partielle du code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié) – Rapport explicatif relatif à l'avant-projet, septembre 2010, disponible sur le site : https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/whistleblowing.html (consulté le 15.12.2014).

40 Conseil fédéral, Révision partielle du code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié) – Rapport explicatif relatif à l'avant-projet, septembre 2010, p. 21.

41 Message concernant l'initiative populaire « pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail » et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations, du 9 mai 1984, FF 1984 II 574, ch. 620.6, p. 624, et 620.11, p. 633.

42 Conseil fédéral, Révision partielle du code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié) – Rapport explicatif et avant-projet, septembre 2010, pp. 5 et 14.

protection contre le licenciement, d'autres (seize cantons, le PCS, Les Verts, le PS et les syndicats) ont quant à eux estimé qu'il y avait besoin de légiférer en matière de protection. Enfin, certains participants n'ont soutenu qu'une partie des modifications proposées par le Conseil fédéral[43].

30. Les principales remarques formulées à l'encontre desdites propositions ont été les suivantes[44] :

Le projet irait à l'encontre du caractère libéral du droit du travail et nuirait à sa flexibilité. Les propositions formulées auraient un impact négatif sur l'emploi (AG, BL, GE, TG, ZG, PDC, PLR, ASA, FER, USP, USAM, UPS). De l'avis de ces participants, la protection actuelle est suffisante. En outre, l'augmentation de l'indemnité ne serait pas justifiée eu égard aux arguments avancés par le Parlement en 1988. En effet, dans le cadre de la révision de 1984, le Conseil fédéral prévoyait déjà dans son message[45] d'introduire une indemnité pouvant aller jusqu'à 12 mois de salaire, avec un cumul possible. Or, le Parlement avait rejeté cette proposition et fixé le montant maximal à six mois de salaire au motif que la majorité des entreprises était constituée de PME, de sorte qu'un montant d'indemnité plus élevé aurait été préjudiciable pour lesdites entreprises (ZG, PLR, ASA).

Enfin, la modification de l'art. 336 al. 2 let. b P-CO, selon laquelle le congé d'un représentant élu des travailleurs doit être qualifié d'abusif s'il repose sur des motifs qui ne relèvent pas de la personne du travailleur, doit être rejetée (AI, GR, JU, NW, SO, VS). De même, des solutions conventionnelles plus favorables doivent aussi être rejetées (GR).

A l'inverse, s'agissant de la validité du congé et de la réintégration, une partie des participants à la consultation a considéré que la modification proposée à cet égard était insuffisante (LU, NE, Les Verts, PCS, PS, AIPT, JDS, sec Suisse, Travail.Suisse, USS). Selon certains, la réintégration devrait être prévue soit dans des cas spécifiques, soit systématiquement en cas de congé abusif ou injustifié, en se basant sur la solution prévue à l'art. 10 LEg (LU, NE, Les Verts, PCS, PS, sec Suisse, Travail.Suisse, USS). Pour une partie des participants, seule la réintégration conférerait un effet préventif suffisant s'agissant en particulier de l'exercice d'activités syndicales et du partenariat social (Les Verts, PS, AIPT, JDS, sec Suisse, Travail.Suisse et USS). La réintégration pour les représentants élus des travailleurs (NE, Les Verts, PS, AIPT, JDS, sec Suisse, Travail.Suisse et USS) et en cas de congé abusif en raison de l'exercice d'une activité syndicale ou de l'appartenance à un syndicat devrait ainsi être prévue (NE, Les Verts, PS, Travail.Suisse et USS). A défaut, il conviendrait au moins d'améliorer les règles de procédure pour faire valoir le droit à l'indemnité, notamment eu égard à la gratuité (JDS).

S'agissant plus particulièrement du congé donné en raison d'activités syndicales ou aux représentants élus des travailleurs, le droit suisse ne serait pas conforme aux

---

43 Conseil fédéral, Révision partielle du code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié) – Rapport sur les résultats de la consultation, octobre 2012, disponible sur le site : https://www.bj.admin.ch/content/bj/fr/home/dokumentation/medieninformationen/2012/ref_2012-11-21.html (consulté le 15.12.2014).

44, Conseil fédéral, Révision partielle du code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié) – Rapport sur les résultats de la consultation, octobre 2012.

45 Message précité concernant l'initiative populaire « pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail » et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations, du 9 mai 1984, FF 1984 II 574, ch. 620.6, p. 624, et 620.11, p. 633.

conventions internationales (Convention OIT n° 98). L'activité syndicale est protégée par la Constitution au même titre que l'est l'égalité entre femmes et hommes (Les Verts, PS, JDS, sec Suisse, Travail.Suisse et USS).

Du reste, selon la Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, l'annulation du congé prévue dans la LEg et dans le droit du personnel de la Confédération n'est pas étrangère au système de protection suisse. Dans le même sens, certains indiquaient que diverses législations étrangères prévoient la réintégration (Les Verts, PS, JDS, sec Suisse et USS).

31. Les milieux qui ont approuvé les modifications proposées par le Conseil fédéral ont pour leur part relevé ce qui suit[46].

Le maximum actuel de l'indemnité (six mois de salaire) ne conférerait pas au juge une marge de manœuvre suffisante compte tenu de la double fonction (punitive et réparatrice) de ladite indemnité et ne garantirait pas un effet préventif idoine.

Les indemnités effectivement versées seraient généralement basses et il existerait des obstacles procéduraux pour les faire valoir.

De plus, la liberté syndicale constitue une norme fondamentale de l'ordre juridique suisse et du droit international. L'importance du partenariat social nécessite des représentants engagés. Or, les risques liés à cette fonction pourraient s'avérer dissuasifs en cas de protection insuffisante (perte d'emploi, difficulté à retrouver une nouvelle place de travail).

32. Au vu des avis divergents mis en évidence par cette consultation, le Conseil fédéral a décidé au mois de novembre 2012[47] de renoncer pour l'heure à ce second volet de projet de modification du CO.

Il a chargé le Département fédéral de justice et police ainsi que celui de l'économie de procéder à une étude afin de mieux cerner et connaître les conditions de la protection des travailleurs en cas de licenciement[48].

C. La démarche de la présente étude

1. Les questions posées

33. Ainsi que cela résulte de ce qui précède, notamment des questions posées dans le mandat, mais aussi du contexte dans lequel s'inscrit la présente étude, spécialement des affaires pendantes devant l'OIT et des procédures de révision récentes et en cours du droit national, la question principale posée dans le cadre de la présente étude est celle de savoir ou de déterminer si la protection des représentants des travailleurs qu'offre aujourd'hui le droit suisse, notamment contre le licenciement, est suffisante, tant en elle-même, généralement et intrinsèquement, que, plus particulièrement, au regard des dispositions du droit international qui lie la Suisse.

---

46 Conseil fédéral, Révision partielle du code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié) – Rapport sur les résultats de la consultation, octobre 2012, p. 5.

47 Conseil fédéral, Révision partielle du code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié) – Rapport sur les résultats de la consultation, octobre 2012, disponible sur le site : https://www.bj.admin.ch/content/bj/fr/home/dokumentation/medieninformationen/2012/ref_2012-11-21.html (consulté le 15.12.2014).

48 JAÏCO CARRANZA/MICOTTI, p. 190.

Cette question principale, comme le montrent les questions posées et les précisions apportées par le mandat, se décline sous diverses facettes et en plusieurs nuances.

2. Démarche et plan de l'étude

34. Pour tenter de répondre aux questions posées, la présente étude commencera par rappeler brièvement, en guise d'introduction à la thématique, ou de description du décor, en quelque sorte, quelques éléments de base du droit suisse du travail, à savoir le rôle et l'organisation des syndicats et de la représentation des travailleurs en Suisse (partie II). Il s'agira dans ce contexte de rappeler et d'examiner le système et les sources du droit collectif du travail (II, lettre A), puis, s'agissant de la représentation syndicale, d'esquisser succinctement l'organisation, le rôle et les fonctions des syndicats (II, lettre B), ainsi que de présenter le système de la représentation légale des travailleurs mis en place par la loi sur la participation (II, lettre C), cela afin de cerner la notion de « représentants des travailleurs » pertinente pour la présente étude (II, lettre D).

    Par la suite, dans sa troisième partie, l'étude s'efforcera de présenter et de décrire la protection des représentants des travailleurs, ou les standards en la matière, tels qu'ils résultent du droit international, spécialement des dispositions qui lient la Suisse. Elle procédera ainsi à une analyse des textes des traités eux-mêmes, de la jurisprudence qui s'y réfère ainsi que de la pratique des organes des traités, cela tant pour le droit de l'Organisation internationale du travail (III, lettre B), que pour les deux Pactes de l'ONU (III, lettre C) et le droit du Conseil de l'Europe, spécialement la Convention européenne des droits de l'homme (III, lettre D), de manière à permettre de dégager une vision synthétique de la protection des représentants des travailleurs – et des exigences que celle-ci implique – en droit international (III, lettre E).

    Il sera alors possible, dans la quatrième partie, de revenir au droit interne, dans le but de déterminer si et dans quelle mesure la protection des représentants des travailleurs que celui-ci prévoit est conforme aux standards imposés ou proposés par le droit international. L'étude abordera ainsi, tout d'abord, dans cette partie, l'examen du droit constitutionnel, lequel, sous l'angle de la « mise à jour » proposée dans le cadre de la nouvelle Constitution fédérale, avait notamment pour but de « réceptionner » le droit international et de l'ancrer dans l'ordre juridique national, à travers la reconnaissance de divers droits fondamentaux ; on examinera ainsi, tout particulièrement, le sens et la portée de la liberté syndicale et de la liberté économique (IV, lettres A et B). On s'attachera ensuite à étudier la protection des représentants des travailleurs offerte par le droit ordinaire, à savoir la loi sur la participation, le droit du contrat individuel de travail (art. 336 ss et 337c CO) et le droit collectif, en comparant cette protection avec celle accordée par l'art. 10 de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes ainsi que par le droit de la fonction publique (IV, lettre C), ce qui permettra de faire la synthèse de la protection garantie par le droit interne (IV, lettre D).

    Dans une dernière étape, la cinquième partie de cette étude, il sera ainsi possible de, sous forme de synthèse générale, de répondre brièvement aux questions concrètes posées dans le mandat et de proposer ainsi quelques conclusions sur la protection des représentants des travailleurs en droit suisse, et sur sa compatibilité avec les standards imposés ou proposés par le droit international, avant d'esquisser quelques pistes de réflexion (partie V).

35. Du point de vue méthodologique, la présente étude se fonde, principalement, sur les méthodes classiques de l'analyse juridique, à savoir l'analyse de textes et documents, spécialement l'analyse des sources habituelles et généralement disponibles de la réglementation en vigueur – qu'elle soit de droit international ou de droit domestique,

de rang constitutionnel, légal ou réglementaire –, tant fédérale que cantonale en principe, ainsi que sur l'étude de la jurisprudence et de la doctrine juridique.

La présente étude porte essentiellement sur le droit suisse et sur le droit international. Elle n'a pas d'ambition ni de caractère comparatiste, puisque, comme indiqué, une étude parallèle, de droit comparé, a été confiée à l'Institut suisse de droit comparé[49]. On se limitera, le cas échéant, à renvoyer à cette étude.

[49] INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *Legal opinion on the protection of workers' representatives*, Lausanne, 2014.

II. Quelques éléments de base : le rôle et l'organisation des syndicats et de la représentation des travailleurs en Suisse

A. Remarques liminaires et plan de la deuxième partie

36. Comme indiqué, en guise d'introduction à la thématique, ou pour planter le décor, en quelque sorte, la présente étude commencera par rappeler quelques éléments de base du droit suisse du travail, à savoir le rôle et l'organisation des syndicats et de la représentation des travailleurs en Suisse. La « représentation » des travailleurs au sens large comporte en effet deux volets. Traditionnellement, les travailleurs sont « représentés », dans le domaine du droit du travail, par des associations professionnelles, *leurs* associations professionnelles, les syndicats. On peut parler et on parlera ici de « représentation syndicale ». Mais il existe aussi, depuis une époque plus récente (du moins du point de vue juridique positiviste), une autre forme de représentation, qui veut que les travailleurs d'une entreprise désignent eux-mêmes, parmi eux, une « représentation » dans l'entreprise ; cette seconde forme de représentation, prévue par la loi, peut être qualifiée de « représentation légale » des travailleurs.

On s'efforcera donc, dans cette partie, de décrire ces deux formes de représentation, dans le but de déterminer plus précisément la notion même de « représentants des travailleurs », notion qui est au cœur de la présente étude. A cet effet, on rappellera d'abord quelques éléments de base du système et des sources du droit collectif du travail (lettre B ci-après), puis on examinera de manière plus détaillée la « représentation syndicale », en décrivant succinctement l'organisation, le rôle et les fonctions des syndicats (lettre C), avant de présenter le système de la « représentation légale » des travailleurs mis en place par la loi sur la participation (lettre D). Cela nous permettra de cerner la notion de « représentants des travailleurs » pertinente pour la présente étude (lettre E).

B. Introduction : le système et les sources du droit collectif du travail

1. Droit collectif du travail et partenariat social

37. Le droit collectif du travail règle les rapports collectifs des travailleurs et des employeurs, ainsi que les rapports des organisations professionnelles entre elles et vis-à-vis de leurs membres[50]. Il suppose donc l'existence d'un partenariat social.

38. Il est largement reconnu que le travailleur est – économiquement parlant – la partie faible dans la négociation du contrat individuel de travail et cela indépendamment du fait que l'on se trouve en période de haute ou de basse conjoncture. Le travailleur tire en effet ses moyens de subsistance de son engagement et la peur de perdre son emploi est susceptible de l'empêcher de défendre normalement ses intérêts économiques dans la négociation de son contrat de travail[51]. Pour compenser cette

---

50 BRUCHEZ, Commentaire, N 9 *ad* art. 356 CO ; SCHWEINGRUBER/BIGLER, p. 12.

51 BK-STÖCKLI, N 5 *ad* Einleitung, pp. 6 s.

inégalité, des mesures peuvent être prises autour de deux axes : limiter la liberté contractuelle des parties en légiférant de manière impérative sur les conditions de travail ou transférer la négociation à un niveau collectif, en reconnaissant au résultat de cette négociation un effet normatif[52]. Ces deux mesures peuvent d'ailleurs être prises de manière complémentaire. Favoriser la négociation est ce en quoi consiste le partenariat social, c'est-à-dire la fixation en commun, entre les employeurs ou leurs associations et les travailleurs regroupés collectivement, des conditions de travail. De cette manière, la liberté contractuelle n'est aucunement supprimée, elle est concrétisée à un niveau collectif[53].

39. Les négociations collectives peuvent avoir lieu à différents niveaux et être le fait de différents acteurs. Les deux niveaux principaux sont le niveau interne à l'entreprise et le niveau inter-entreprises. Le niveau interne à l'entreprise se divise en différentes catégories : la négociation peut concerner tous les travailleurs de l'entreprise ou uniquement certains d'entre eux, selon leur fonction, leur département ou leur lieu de travail. Le niveau inter-entreprises peut également être subdivisé, en considérant que la négociation peut avoir lieu au niveau d'un groupement d'entreprises – avec ou sans personnalité juridique –, d'une branche entière, de plusieurs branches voire encore de l'ensemble du secteur privé, que ce soit pour une région, un ou plusieurs cantons, ou même pour l'ensemble du territoire national.

Les différents acteurs de la négociation collective sont, pour les travailleurs, des organisations professionnelles (syndicats) ou les représentants élus des travailleurs (commissions du personnel). Du côté du patronat, la négociation peut être faite par un ou plusieurs employeurs individuels ou par leur(s) association(s) professionnelle(s) (associations patronales). Les accords négociés du côté des travailleurs par des organisations syndicales sont des conventions collectives. Elles sont prioritaires par rapport aux accords passés par les représentants élus des travailleurs.

40. On estime que le partenariat social est pour beaucoup dans l'évolution du droit du travail. JEAN-FRANÇOIS AUBERT résume bien ce phénomène :

> « [c]e sont les partenaires sociaux qui font progresser le droit du travail, par exemple pour la durée du travail ou pour celle des vacances payées. Puis, comme les conventions collectives ne profitent pas à tous les travailleurs, parce qu'il n'y a pas de convention dans toutes les branches et que, dans les branches où il y en a, tous les travailleurs ne sont pas syndiqués, le législateur intervient et généralise la norme conventionnelle, en principe à un niveau relativement bas. Puis les partenaires sociaux feront de nouveaux progrès, puis le législateur fera une nouvelle loi »[54].

Ce point de vue doit toutefois être relativisé. Il existe en effet des cas où malgré un besoin de réglementation, les partenaires sociaux n'arrivent pas à tomber d'accord. Il revient alors au législateur de prendre les devants et de se faire l'initiateur du progrès social. C'est le constat auquel parvient GABRIEL AUBERT, en ce qui concerne la protection générale contre les congés abusifs. Il relate que par deux fois, dans les années 1960[55] et 1970[56], les milieux patronaux se sont opposés avec succès à

---

52 ZK-VISCHER/ALBRECHT, N 5 *ad* Vorbemerkungen, p. 7 ; PORTMANN/STÖCKLI, N 1001, p. 288.

53 BK-STÖCKLI, N 6 *ad* Einleitung, p. 7; PORTMANN/STÖCKLI, N 1002, p. 288.

54 AUBERT J.-F., p. 161.

55 Message concernant un projet de loi sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, du 30 septembre 1960, FF 1960 II 885, p. 897.

56 Message concernant la révision des titres dixième et dixième bis du code des obligations, du 25 août 1968, FF 1967 II 249, p. 395.

l'inscription dans la loi d'une protection contre les licenciements abusifs, sous prétexte que la question devait être réglée dans le cadre des négociations collectives. Or, jusque dans les années 1980, aucune amélioration notable de la protection des travailleurs contre les licenciements abusifs n'avait pu être convenue entre les partenaires sociaux. C'est finalement sous l'impulsion d'une initiative populaire émanant des milieux syndicaux que la loi fut modifiée en 1988. GABRIEL AUBERT constate ainsi que

> « [l]'idée de subsidiarité de la loi par rapport à la négociation collective, plus dogmatique que pragmatique, avait bloqué, sans aucun fruit, le développement d'une protection largement ressentie comme nécessaire »[57].

2. Les sources du droit collectif du travail

41. Le droit du travail se compose de trois sous-branches principales : le droit du contrat individuel de travail, le droit collectif du travail et les normes de droit public protégeant la santé des travailleurs. Le droit du contrat individuel et le droit collectif relèvent essentiellement du droit privé, tandis que les normes de protection des travailleurs, poursuivant notamment un objectif de santé publique, relèvent du droit public[58].

42. En matière de droit collectif du travail, la Suisse ne connaît pas une réglementation globale. Les dispositions légales résultent d'interventions ponctuelles du législateur au gré du temps. JEAN-FRITZ STÖCKLI le relève en mentionnant que les piliers du droit collectif du travail que sont l'effet normatif des conventions collectives de travail, l'autonomie tarifaire et la liberté de coalition des associations ne sont pas réglés d'un seul tenant. Le partenariat social n'est donc pas façonné, en Suisse, comme une institution cohérente dans notre système légal[59]. Ce même auteur appelle d'ailleurs à une coordination des sources afin de clarifier les compétences des différents partenaires sociaux dans la réglementation des conditions de travail et la place des différents instruments du droit collectif que sont le règlement d'entreprise et la convention collective par rapport à la loi et au contrat individuel de travail.

On examinera donc ici les diverses sources du droit collectif du travail.

a) Les bases constitutionnelles

43. Au niveau constitutionnel, le droit collectif du travail repose essentiellement sur trois normes : les articles 28, 110 et 122 de la Constitution fédérale (ci-après : la Constitution ou Cst)[60].

44. L'art. 28 Cst. garantit la liberté syndicale. Il s'agit d'une des libertés fondamentales garanties par la Constitution qui suppose en premier lieu que l'Etat s'abstienne d'intervenir dans les relations collectives de travail au-delà de ce qui est nécessaire à préserver cette liberté ou à la coordonner avec d'autres droits fondamentaux. En vertu

---

57 AUBERT G., Droit collectif, pp. 141-142.

58 MAHON, Petit commentaire, N 9 *ad* art. 110 Cst, p. 851.

59 BK-STÖCKLI, N 4 *ad* Einleitung, p. 6 : « Die tragenden Säulen des kollektiven Arbeitsrechts, wie die Normativwirkung des Gesamtarbeitsvertrages, die Tarifautonomie und die Koalitionsfreiheit der Verbände, sind nicht zusammenhängend geregelt. Die Sozialpartnerschaft ist daher nach geltendem Recht nicht als kohärente Institution im rechtlichen Sinne ausgebildet. Zwischen den einzelnen Einrichtungen, insbesondere zwischen Gesamtarbeitsvertrag, Betriebsordnung und betrieblicher Mitwirkung, bestehen indessen vielfaltige funktionelle Wechselwirkungen ».

60 ZK-VISCHER/ALBRECHT, Vorbemerkungen, N 43, p. 22

de leur devoir de réaliser les droits fondamentaux dans les relations entre particuliers[61], les autorités, et notamment le législateur, ont pour mandat de concrétiser, dans les lois civiles ou pénales, la liberté syndicale (sur le contenu de la liberté syndicale, et cette concrétisation, voir plus loin, n^os^ 266 ss et 281 ss).

45. Les articles 110 et 122 de la Constitution sont pour leur part des dispositions qui attribuent à la Confédération des compétences législatives.

De par l'art. 110 Cst., la Confédération détient notamment la compétence de légiférer « sur les rapports entre employeurs et travailleurs, notamment la réglementation en commun des questions intéressant l'entreprise et le domaine professionnel »[62] et « sur l'extension du champ d'application des conventions collectives de travail »[63]. Il s'agit d'une règle d'attribution de compétence législative, qui ne confère pas de droits subjectifs aux acteurs du monde du travail. Cette disposition couvre la réglementation de droit public en matière de relations collectives de travail[64].

Quant à l'art. 122 Cst., il attribue à la Confédération la compétence de légiférer en matière de droit civil, ce qui comprend en particulier la réglementation relative au contrat individuel de travail, à la convention collective de travail et à la participation des travailleurs dans l'entreprise[65].

46. Sur la base de ces deux dernières dispositions, la réglementation du droit collectif du travail relève essentiellement du droit fédéral. On reconnaît généralement aux cantons quelques compétences résiduelles, notamment pour prendre des dispositions d'exécution des lois fédérales ainsi que sur la question des horaires d'ouverture des établissements publics, mais cette dernière question fait actuellement débat[66].

b) La législation

47. La Confédération a largement fait usage de la compétence que lui donnent les articles 110 et 122 Cst. pour légiférer sur les rapports collectifs de travail. La législation pertinente se trouve dès lors essentiellement au niveau fédéral. Le droit collectif du travail ne fait toutefois pas l'objet – on l'a dit – d'une législation codifiée si bien qu'il y a lieu, pour chaque thème, d'examiner quelles sont les règles applicables. D'ailleurs, dans certains cas, ce sont les règles du droit commun qui sont pertinentes. Nous présenterons successivement les sources du droit syndical, de la négociation collective et du droit de participation.

i. Droit syndical

48. Il n'existe pas de réglementation légale spécifique aux associations professionnelles en Suisse. Ce sont les règles générales du droit qui s'appliquent. En particulier, l'organisation et le fonctionnement d'un syndicat sont régis en premier lieu par les règles liées à la forme juridique sous laquelle il est fondé. La plupart des syndicats sont

---

61 Art. 35 al. 3 Cst.

62 Art. 110 al. 1 let. b Cst.

63 Art. 110 al. 1 let. c Cst.

64 MAHON, Petit commentaire, N 9 *ad* art. 110 Cst ; ZK-VISCHER/ALBRECHT, Vorbemerkungen, N 43, p. 22.

65 MAHON, Petit commentaire, N 9 *ad* art. 110 Cst.

66 Cf. SECO, Rapport sur les résultats de la consultation du projet de loi fédérale sur les heures d'ouverture des magasins, Berne 2014, pp. 4, 7 et 12.

constitués dans la forme de l'association. La forme de la société coopérative est également possible[67].

En tant que personnes morales, les syndicats jouissent de l'exercice des droits civils[68]. Ils peuvent donc conclure des contrats et en réclamer l'exécution en justice. Ils sont naturellement titulaires des droits de la personnalité accordés par la loi et de leur protection par l'art. 28 CC.

Les membres d'un syndicat sont liés à leur organisation par les règles s'appliquant à tout membre d'une association ou d'une coopérative, qui découlent des articles 60 ss CC ou 828 ss CO.

Le droit du contrat individuel de travail connaît en outre deux normes protectrices dont peuvent se prévaloir les membres d'un syndicat face à l'employeur. L'art. 328 CO oblige l'employeur à respecter la personnalité des travailleurs, notion qui comprend l'exercice des libertés individuelles pour autant qu'elles soient compatibles avec les obligations résultant du contrat de travail. Par ailleurs, l'art. 336 al. 2 let. a CO qualifie d'abusif le licenciement fondé sur des motifs syndicaux (on y reviendra, cf. n^{os} 324 et ss).

ii. Négociation collective

49. La loi réglemente quelques aspects de l'activité syndicale, notamment la conclusion de conventions collectives, la participation des syndicats à l'élaboration de projets de loi ou de contrats-types, la surveillance du marché du travail et du respect des droits accordés aux travailleurs.

50. Le droit de la négociation collective est principalement réglementé aux articles 356 à 358 CO, qui définissent la conclusion, le contenu et les effets de la convention collective de travail (CCT). Ces règles ont été adoptées en 1956 parallèlement à la loi sur l'extension des conventions collectives (LECCT). Elles figuraient à l'époque aux articles 322 à 323*quater*[69] aCO et codifiaient en grande partie la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en la matière. L'application des conventions collectives étendues aux travailleurs détachés et aux travailleurs temporaires est en outre prévue depuis l'adoption des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes et figure dans les lois régissant le statut de ces deux catégories particulières de travailleurs[70].

Le nouveau droit de l'assainissement a été assorti de nouvelles règles relatives aux plans sociaux (cf. art. 335h à 335k CO).. En particulier, l'art. 335i CO institue à certaines conditions une obligation pour les grandes entreprises de négocier un plan social avec les associations de travailleurs liées par une convention collective de travail si elles sont parties à cette convention[71].

iii. Activités syndicales « étatiques »

51. La législation accorde aux organisations professionnelles un droit de participer à certaines activités « étatiques » et notamment à la surveillance du marché du travail.

---

67 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 *ad* art. 356 CO ; WYLER/HEINZER, p. 813.

68 Art. 11 ss CC.

69 RO 1956, p. 1645.

70 Art. 2 LDét et 20 LSE.

71 Art. 335i al. 3 let. a CO.

Les organisations professionnelles siègent en effet au sein de commissions dites tripartites, prévues en matière de mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes[72] ou en matière d'assurance-chômage[73].

Elles disposent par ailleurs d'un droit d'action ou de recours pour veiller au respect des droits de la personnalité de leurs membres[74], ou à la bonne application de la législation sur le travail, comme la loi sur l'égalité entre femmes et hommes[75], la loi sur la participation[76], la loi sur le travail[77], la loi sur les travailleurs détachés[78], et la loi sur le travail au noir[79].

Enfin, si les lois d'organisations cantonales les y autorisent, les syndicats sont également autorisés à représenter des travailleurs dans le cadre de conflits individuels de travail devant les tribunaux spécialisés (tribunaux de prud'hommes)[80].

iv. Droit de participation

52. La participation des travailleurs est réglementée dans la loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises[81] s'agissant des principes et du statut des représentants élus des travailleurs, alors que les droits de participation découlent des lois spéciales dédiées aux domaines dans lesquels un droit de participation est accordé, notamment la loi sur le travail, le CO et la loi sur la prévoyance professionnelle.

53. La loi sur le travail[82] connaît un autre instrument de réglementation collective : le règlement d'entreprise. Selon l'art. 37 LTr, l'employeur peut soit convenir du règlement avec une délégation librement élue par les travailleurs, soit l'établir seul après avoir entendu les travailleurs.

c) Les règles contenues dans les conventions collectives de travail

54. Les conventions collectives constituent simultanément le résultat de la négociation collective et une source du droit du travail. Selon les statistiques de l'OFS, on dénombrait, au 1er mai 2009, 614 conventions collectives de travail en vigueur[83]. Le droit conventionnel repose ainsi sur une multitude d'accords collectifs et est dès lors très morcelé.

Les conventions collectives renferment différents types de clauses et en particulier une réglementation des conditions de travail (salaires, horaires, protection en cas de

---

72 Art. 360b CO.

73 Art. 85d CO

74 Art. 89 CPC.

75 Art. 7 LEg.

76 Art. 15 al. 2 LParticipation.

77 Art. 58 LTr.

78 art. 11 LDét.

79 Art. 15 LTN.

80 Art. 68 CPC.

81 RS 822.14.

82 RS 822.11.

83 OFS, Enquête sur les conventions collectives de travail en Suisse – Principales nouveautés, p. 4.

maladie ou d'accident, etc.). Mais elles peuvent également contenir des clauses réglementant des aspects du droit collectif.

Les conventions collectives sont souvent qualifiées de garantes de la paix du travail. En effet, de par leur conclusion, les conventions collectives excluent un recours à la grève ou au lock out s'agissant de matières pour lesquelles les parties ont trouvé un accord (paix relative). En outre, les parties à la convention peuvent convenir d'une clause de paix absolue, s'interdisant ainsi mutuellement tout recours aux moyens de combat pour toute question, même non réglée par la convention, interdiction généralement compensée par la mise en place d'une procédure d'arbitrage des conflits d'intérêts.

Les conventions collectives peuvent encore contenir des clauses visant à permettre aux syndicats d'accéder à l'entreprise[84], ou aux travailleurs du syndicat de bénéficier de congés spéciaux leur permettant de prendre part aux assemblées syndicales ou à des activités de formation syndicale[85].

Certaines conventions collectives contiennent des dispositions sur la participation des travailleurs et sur la représentation syndicale dans l'entreprise[86]. Bien que souvent, les accords ne fassent que reprendre le régime légal, il existe plusieurs conventions qui prévoient des régimes plus étendus et qui précisent l'organisation ainsi que les droits et les devoirs de la représentation des travailleurs.

Enfin, on peut trouver des clauses visant à renforcer la protection des représentants syndicaux ou des travailleurs élus au sein de commissions du personnel contre les licenciements.

d) La jurisprudence

55. Etant donné le caractère incomplet de la législation en matière de droit collectif du travail, une jurisprudence abondante fondée sur la liberté syndicale est venue préciser les droits et devoirs des partenaires sociaux.

Le Tribunal fédéral s'est par exemple prononcé sur le droit pour un syndicat minoritaire d'adhérer à une convention collective conclue entre d'autres partenaires sociaux[87], sur la licéité des moyens de combats[88] ou, plus récemment, sur le droit d'accès des syndicats à l'entreprise[89], sur le droit d'un syndicat de la fonction publique d'être consulté lors d'une révision de la loi sur le statut du personnel cantonal[90] ou encore sur le droit d'un syndicat de la fonction publique minoritaire à être inclus dans les négociations d'une CCT.

Le droit des conventions collectives a également pu être précisé. Deux arrêts récents définissent par exemple l'effet des clauses obligeant l'employeur à appliquer la CCT à

---

84 Par exemple art. 22 al. 3 CCT de l'industrie du chocolat. Voir à ce sujet PÄRLI, Zutrittsrechte, p. 1462.

85 Par exemple art. 5 CCT des industries horlogère et microtechnique.

86 PORTMANN/STÖCKLI, p. 361, N 1249.

87 ATF 113 II 37.

88 ATF 132 III 122 et 134 IV 216.

89 TF 6B_758/2011, du 24 septembre 2012.

90 ATF 129 I 113.

l'ensemble de son personnel, y compris les travailleurs non syndiqués[91], et la validité des clauses exigeant une augmentation des salaires effectifs[92].

En matière de participation dans l'entreprise, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la durée de consultation[93] et sur le contenu de l'information en cas de licenciement collectif[94].

C. La représentation syndicale : organisation, rôle et fonctions des syndicats

1. Remarque liminaire : plan

56. Comme indiqué, on présentera dans cette subdivision la « représentation syndicale », c'est-à-dire l'organisation et le rôle des syndicats (chiffre 2) ainsi que leurs principales fonctions (chiffre 3), notamment en ce qui concerne la négociation et la conclusion des conventions collectives de travail, mais aussi en ce qui concerne la participation des syndicats à la procédure législative étatique, leur rôle dans la surveillance du marché du travail, leur présence au sein d'autorités judiciaires ou administratives, leur intervention en procédure ou encore leur activité de conseil juridique et de représentation de leurs membres en justice. La subdivision se terminera par une brève conclusion concernant la représentation syndicale (chiffre 4).

2. L'organisation et le rôle des syndicats

a) Définition, évolution et paysage syndical en Suisse

i. Définition et évolution des syndicats

57. La liberté syndicale, inscrite dans la Constitution fédérale, garantit aux travailleurs le droit de se syndiquer pour la défense de leurs intérêts, de créer des associations et d'y adhérer ou non (art. 28 Cst.). La formation et l'existence des syndicats sont dès lors expressément garanties[95].

Dans le monde du travail, un syndicat est un groupement constitué pour la défense d'intérêts professionnels ou catégoriels communs : syndicat ouvrier ou syndicat patronal. Dans d'autres domaines, il existe également des syndicats visant une mise en commun de certains moyens (syndicat de communes, syndicat financier, syndicats d'amélioration foncière, etc.). Ces dernières entités ne bénéficient toutefois pas de la liberté syndicale garantie par la Constitution[96].

58. D'abord groupés sous la forme de sociétés d'entraide mutuelle, les premiers syndicats de travailleurs ont été fondés durant la première moitié du 19^{e} siècle[97]. Ils étaient néanmoins interdits par les législations cantonales inspirées de la tendance libérale

---

91 ATF 139 III 60.

92 ATF 140 III 391.

93 ATF 123 III 176 et ATF 130 III 102.

94 ATF 137 II 162.

95 ANDERMATT, p. 12, N 13.

96 ANDERMATT, p. 19, N 31.

97 DEGEN, p. 35.

faisant suite à la révolution française[98]. Il fallait en effet supprimer tout corps intermédiaire entre l'Etat et les citoyens. Ce n'est qu'avec la Constitution fédérale de 1848, qui garantissait la liberté d'association, que la liberté de coalition commença à être reconnue, ce qui n'empêcha pas certains cantons de maintenir des interdictions de coalition et de grève jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur les fabriques, en 1878[99]. Au début du 20e siècle, on reconnut le principe de la négociation collective, en inscrivant dans la loi, lors de la révision du Code des obligations en 1911, le principe de l'effet normatif des conventions collectives.

59. Le taux le plus élevé de syndicalisation a été observé en 1976, avec 30% (905 000 membres[100], sur 3 millions de personnes actives[101]). Actuellement, le taux de syndicalisation en Suisse est estimé à 18%[102], ce qui situe la Suisse parmi les pays où ce taux est relativement faible. Par ailleurs, le taux de couverture peut varier fortement entre les différentes branches économiques. On l'estime à 45% dans les branches du bâtiment et dans les transports, à 20-25% dans l'industrie et dans l'administration publique, mais à peine à 10% dans le commerce de détail ou la restauration et encore moins dans le reste du secteur tertiaire[103].

ii. Paysage syndical

60. Les syndicats suisses de travailleurs sont assez nombreux et de tailles variées. Ils peuvent être divisés en trois catégories selon leur idéologie : les syndicats de tendance socialiste, affiliés à l'USS, les syndicats de tendance chrétienne, affiliés à Travail.Suisse, et les syndicats indépendants, qui ne sont pas affiliés à l'une de ces deux faitières[104]. Selon les chiffres de 2012 de l'OFS, l'USS regroupe 16 associations qui elles-mêmes représentaient 366 811 travailleurs, soit 50% de l'ensemble des travailleurs syndiqués[105]. Le syndicat Unia, qui fait partie de l'USS, est le plus grand syndicat, avec 196 000 membres. Travail.Suisse fédère pour sa part 11 syndicats qui eux-mêmes comptent environ 165 000 membres. Le syndicat Syna en est le plus grand syndicat, avec environ 60 000 travailleurs affiliés. Quant aux syndicats indépendants, ils sont une dizaine et représentent plus de 206 000 travailleurs. Ils regroupent certaines catégories professionnelles spécifiques, dont les deux plus importantes sont les enseignants (51 000 membres) et les employés de commerce (près de 50 000 membres). La situation n'est toutefois pas figée et des fusions de syndicats[106] ou des changements d'affiliation[107] au sein des organisations faîtières peuvent avoir lieu.

---

98 Notamment la loi « Le Chapelier », qui interdisait tout groupement visant à la défense d'intérêts communs.

99 TSCHUDI, p. 29.

100 OFS, Syndicats et autres organisations de travailleurs, 1960-2010 (source USS) : http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/03/05/blank/data/00.html (consulté le 15.09.2014).

101 OFS, Principaux indicateurs du marché du travail, évolution, 1960-2013 : http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/infothek/erhebungen__quellen/blank/blank/enquete_suisse_sur/08.html (consulté le 15.09.2014).

102 La vie économique, avril 2014, p. 15.

103 STÖCKLI, Schutzgedanken, p. 143.

104 AUBERT G., Droit de négocier, p. 22.

105 http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/03/05/blank/data/00.html.

106 Par exemple, Syndicom, issu en 2011 de la fusion du Syndicat de la communication et de Comedia.

107 Par exemple, l'affiliation, en 2012, de l'Association des employés de banque à l'USS.

61. Les organisations syndicales sont généralement constituées en associations au sens des articles 60 ss CC, c'est-à-dire en groupements de personnes à but idéal. Il est également possible de constituer des syndicats en sociétés coopératives, mais cette forme juridique est très peu utilisée[108]. Nous nous bornerons dès lors à considérer l'organisation en association.

62. Le but principal d'un syndicat de travailleurs est de défendre les intérêts professionnels de ses membres. Déjà en 1899, le Tribunal fédéral avait reconnu le rôle du syndicat en le qualifiant de « représentant naturel et normal des ouvriers syndiqués pour tout ce qui concerne les conditions de travail »[109].

Aujourd'hui, les statuts des différents syndicats prévoient par exemple comme but général :

> « L'association a pour but de défendre et de promouvoir les intérêts professionnels, économiques, sociaux, légaux, juridiques et culturels de ses membres, dans un esprit de solidarité »[110].
>
> « L'association représente les intérêts des employés avec comme but l'amélioration des conditions de travail des employés ainsi que le renforcement de leur situation économique, politique, sociale et juridique dans l'entreprise comme dans la société »[111].
>
> « Le Syndicat défend l'intérêt de ses membres dans la vie économique, dans le monde du travail, ainsi que dans les domaines politique et social. Le Syndicat encourage la formation de ses membres et leur offre ses conseils en matière professionnelle et sociale »[112].
>
> « Syndicom protège et favorise les intérêts sociaux, matériels, politiques, professionnels, économiques et culturels de tous ses membres »[113].

La défense des intérêts des travailleurs, notamment l'amélioration des salaires et des autres conditions de travail, est un but de nature économique[114]. Bien que la législation ne prévoie pas que des associations puissent poursuivre un but d'une telle nature (art. 52 al. 2, 59 al. 2 et 60 CC), la jurisprudence a reconnu la licéité des organisations professionnelles constituées sous forme d'associations en précisant qu'« une association n'a un but économique – qui l'empêche d'acquérir la personnalité morale – que si elle exerce elle-même une industrie en la forme commerciale. En revanche, les groupements qui se proposent des objectifs économiques généraux, sans exercer eux-mêmes une telle activité, demeureront constitués en associations »[115].

63. Les moyens principalement mis en œuvre pour atteindre les buts du syndicat sont :

- la négociation de conventions collectives de travail, y compris les moyens de pression tels que la mobilisation de l'opinion publique ou les moyens de combat (grève) ;
- le positionnement sur les projets législatifs concernant les travailleurs ;

---

108 BK-STÖCKLI, N 46-48 *ad* art. 356 OR ; ZK-VISCHER/ABRECHT, N 38 s. *ad* art. 356 OR; WYLER/HEINZER, p. 813, qui précisent que ce n'est le cas que de quelques associations patronales.

109 ATF 25 II 800.

110 ASEB, art. 2 des statuts.

111 EmployésSuisse, art. 2 des statuts.

112 SYNA, art. 3 des statuts.

113 Syndicom, art. 5 al. 1 des statuts.

114 ATF 90 II 333, c. 4.

115 ATF 90 II 333, c. 7.

- la participation à la surveillance du marché du travail ;
- l'assistance juridique des membres s'agissant de questions de droit du travail ;
- des offres de formation : formation initiale, continue et cours de développement personnel ou formation politique ;
- d'autres prestations en faveur des travailleurs, tel qu'un soutien financier ou une offre de loisirs.

b) La reconnaissance du syndicat comme partenaire social

64. Pour être reconnu comme interlocuteur dans le dialogue social, un syndicat doit en premier lieu, selon la jurisprudence, être représentatif et loyal. La condition de représentativité doit être appréciée en fonction des circonstances. Elle doit être admise « de manière à favoriser un certain pluralisme dans l'expression des voix syndicales, sans pour autant conduire à admettre tout syndicat minoritaire comme partenaire social, sous peine de nuire à l'efficacité du dialogue social. Il est ainsi nécessaire que le syndicat soit le porte-parole d'une minorité et non pas constitué de membres isolés »[116]. En outre, la représentativité peut être donnée eu égard à la représentativité au sein de l'entreprise, mais également en fonction de la force du syndicat au niveau cantonal ou fédéral[117].

    La condition de loyauté implique que le syndicat soit un interlocuteur fiable et agissant de bonne foi. Le respect de cette condition est présumé et ne peut être nié que si des comportements passés font sérieusement craindre que le syndicat se comporte de manière abusive dans les négociations[118].

65. En plus de ces deux conditions, s'il entend se prévaloir de la liberté syndicale, le syndicat doit disposer de la capacité tarifaire (*Tariffähigkeit*), c'est-à-dire de la capacité de conclure une convention collective. Pour cela, il doit disposer de la capacité civile, ce qui implique qu'il soit constitué en personne morale. Il doit également être indépendant du patronat comme de l'Etat. Le syndicat doit respecter la liberté de coalition négative, c'est-à-dire que ses membres doivent être librement affiliés et pouvoir quitter l'association sans contrainte. On exige encore du syndicat qu'il soit organisé de manière démocratique et qu'il ait pour but statutaire de participer à la régulation des conditions de travail[119].

c) Militants et secrétaires syndicaux

66. Les syndicats exercent leurs activités par l'intermédiaire de deux sortes de représentants. Il y a d'une part les travailleurs syndiqués, qui travaillent pour des employeurs privés ou publics et qui participent bénévolement aux activités du syndicat. Les membres d'un syndicat ne sont pas tous « actifs », la plupart se contentant de payer leurs cotisations et de bénéficier des prestations offertes par leur association. Les membres actifs du syndicat peuvent prendre part à différentes tâches. Ils siègent par exemple dans des organes internes au syndicat, en tant que délégués ou dans des commissions. Ils participent ou organisent des actions publiques ou négocient des conditions de travail avec les représentants du monde patronal. Les membres actifs sont parfois qualifiés de personnes de confiance.

---

116 ATF 140 I 257, du 26 juillet 2014, c. 6.1.

117 ATF 140 I 257, c. 6.1, qui renvoie à l'ATF 113 II 37.

118 ATF 140 I 257, c. 6.2.

119 BK-STÖCKLI, N 29-42 *ad* art. 356 OR.

67. D'autre part, dans les grands syndicats, on trouve des représentants syndicaux qui sont salariés directement par le syndicat. Ce sont les secrétaires syndicaux, pour qui une formation professionnelle a d'ailleurs été reconnue en 2010 par l'Office fédéral de la formation professionnelle et de la technologie. La professionnalisation des syndicalistes permet de disposer de manière permanente de personnel indépendant de tout employeur, qui peut parler au nom du syndicat sans craindre de violer son devoir de fidélité et qui peut consacrer son temps à la seule cause syndicale. En contrepartie, il faut reconnaître un certain risque pour le syndicat professionnalisé de se retrouver déconnecté du monde ouvrier qu'il s'engage à représenter[120]. Les secrétaires syndicaux organisent et coordonnent l'activité syndicale. Ce sont généralement eux qui siègent dans les commissions paritaires et tripartites et qui négocient des conventions collectives. Les dirigeants des plus grands syndicats sont généralement des syndicalistes professionnels ayant suivi des études universitaires.

Du côté patronal, la tendance à la professionnalisation est différente. On engage certes des employés pour exécuter les tâches administratives des associations, mais les dirigeants sont généralement des patrons en exercice.

3. Les différentes fonctions du syndicat

68. Comme indiqué, les syndicats, qui ont pour but statutaire principal de défendre les intérêts des travailleurs qu'ils représentent et d'améliorer leurs conditions économiques, et qui revendiquent un statut de partenaire social à part entière, assument diverses fonctions ou diverses tâches, qu'on examinera ci-après. Il s'agit, tout d'abord, de leur participation à la mise en place d'une partie de la réglementation du droit (collectif) du travail, à travers la négociation et la conclusion de conventions collectives de travail (lettre a). Il s'agit aussi d'autres tâches que leurs membres ou les partenaires sociaux, voire parfois l'Etat lui-même leur confient, comme l'intervention dans les procédures législatives (lettre b), la surveillance du marché du travail (lettre c), la représentation dans des organes de conciliation, de juridiction ou d'arbitrage (lettre d), l'intervention en procédure (lettre e) ou le conseil juridique et la représentation de leurs membres en justice (lettre f).

a) La négociation et la conclusion de conventions collectives de travail

i. Généralités

69. La conclusion de conventions collectives de travail (CCT) est un aspect important du fonctionnement du partenariat social. Elle permet une autorégulation des conditions de travail par les partenaires sociaux, qui peut être adaptée aux conditions économiques et à la branche[121]. Elle confère une protection de la partie faible au contrat individuel de travail en fixant des conditions minimales de travail et évite en outre que la concurrence entre les entreprises se fasse au détriment des travailleurs. Elle œuvre ainsi à la prévention des conflits sociaux[122].

70. La CCT présente à la fois des caractéristiques relevant du contrat, puisqu'elle est négociée et conclue entre les partenaires sociaux, et de la loi dans ses effets, puisqu'elle s'applique de manière directe et impérative aux employeurs et aux

---

120 Cf. p. ex. TURTSCHI, L'avenir du syndicalisme en question, in : Gauchebdo du 4 mars 2011.

121 BRUCHEZ, Commentaire, N 17 *ad* art. 356 CO.

122 ATF 121 III 168, c. 3a.

travailleurs liés[123]. Il s'agit d'un instrument juridique original, en tant qu'il permet de réguler un secteur par voie de négociations entre les représentants des partenaires contractuels (les partenaires sociaux). Comme déjà indiqué, l'Office fédéral de la statistique a relevé qu'au 1er mai 2009, il y avait 614 CCT en vigueur en Suisse dans les secteurs privés et publics, couvrant environ 1,5 million de travailleurs[124]. Les conventions collectives revêtent une importance considérable dans la fixation des conditions de travail, sans pour autant pouvoir prétendre couvrir l'ensemble des travailleurs[125].

71. Le droit de négocier et de conclure des conventions collectives ne figure pas expressément à l'art. 28 Cst., ce qui n'empêche pas la jurisprudence et la doctrine d'estimer qu'une telle faculté est couverte par la liberté syndicale[126]. L'Etat ne peut donc pas restreindre cette liberté, en posant des limites aux négociations collectives sans respecter les conditions de l'art. 36 Cst. Quant à l'art. 110 Cst., il donne au législateur fédéral la compétence de légiférer sur l'extension des conventions collectives, tout en définissant des limites visant à sauvegarder les intérêts des dissidents.

Le législateur a ainsi fixé un cadre juridique quant aux conditions et aux effets de la convention collective à travers les articles 356 à 358 CO. Il a en outre, en adoptant la loi sur l'extension des conventions collectives (LECCT), octroyé aux partenaires sociaux la possibilité d'étendre les effets de la convention collective à l'ensemble d'une branche ou d'une profession. Finalement, il a prévu qu'une CCT étendue s'applique également, dans une certaine mesure, aux travailleurs temporaires (art. 20 LSE[127]) ainsi qu'aux travailleurs détachés en Suisse par une entreprise étrangère (art. 2 LDét[128]).

ii. Contenu de la convention collective

72. L'art. 356 CO définit la convention collective et son objet. Selon cette disposition, les CCT fixent les conditions d'engagement, de travail et de résiliation des contrats individuels de travail conclus entre les employeurs et les travailleurs concernés (clauses normatives)[129]. Les conventions collectives peuvent également régler d'autres obligations concernant les rapports de travail et même se limiter à cela (clauses semi-normatives)[130]. Des clauses concernant les obligations réciproques des partenaires sociaux (clauses obligationnelles) peuvent compléter la CCT[131].

73. Comme indiqué ci-dessus, les clauses sur la conclusion, le contenu et la fin des rapports de travail sont qualifiées de clauses normatives, car elles règlent directement

---

123 BRUCHEZ, Commentaire, N 16 *ad* art. 356 CO.

124 OFS, Enquête sur les conventions collectives de travail en Suisse, principales nouveautés, Neuchâtel 2012.

125 On considère généralement que la couverture des CCT représente 50% des travailleurs.

126 ATF 129 I 113, c. 1.3 ; ATF 140 I 257, c. 5.1 ; ANDERMATT, p. 14, N 12 et les références.

127 Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, RS 823.11.

128 Loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail, RS 823.20.

129 Art. 356 al. 1 CO.

130 Art. 356 al. 2 CO.

131 Art. 356 al. 3 CO.

les droits et obligations des parties au contrat individuel de travail[132]. L'effet normatif découle de la loi[133] et est une des caractéristiques essentielles de la convention collective. De par cet effet, les rapports de travail liant les travailleurs et les employeurs membres des associations contractantes sont soumis aux conditions minimales de la convention collective[134]. La loi est explicite : les clauses des contrats individuels de travail qui dérogent, en défaveur des travailleurs, aux conditions fixées par la CCT, ne sont pas valables et sont automatiquement remplacées par les clauses de la convention collective (cf. art. 357 al. 2 CO).

74. Les CCT peuvent contenir d'autres clauses qui concernent le travailleur et/ou l'employeur, sans pour autant qu'elles ne concernent directement leur relation contractuelle. Elles créent des obligations à charge de l'une des parties au contrat individuel de travail en faveur des parties à la CCT ou d'institutions communes[135]. On les qualifie de clauses semi-normatives. Il s'agit par exemple de l'obligation faite à l'employeur de participer à une caisse de compensation, de s'affilier à une caisse de pension, de cotiser à un fonds de formation, de se soumettre à des contrôles et, en cas d'infraction à la CCT, de s'acquitter d'une peine conventionnelle[136].

75. Finalement, la CCT peut contenir des clauses dites obligationnelles, qui concernent les rapports entre les parties contractantes (associations professionnelles). Certaines de ces obligations découlent de la loi (paix relative du travail, devoir d'intervention auprès de leurs propres membres pour faire respecter la CCT)[137]. Des obligations supplémentaires peuvent être convenues entre les parties (engagement à demander l'extension de la CCT, à mettre en place des organes ou des institutions paritaires, à les administrer et à les financer, etc.)[138].

76. En raison notamment de leur nature exorbitante permettant de fixer les droits et devoirs de tiers, les clauses des CCT doivent être conformes à certaines garanties pour être valables. Elles doivent en particulier ne pas contrevenir à la liberté syndicale négative, en tendant à contraindre les travailleurs qui ne sont pas membres d'un syndicat à le devenir[139]. Cette limitation empêche par exemple que les partenaires sociaux conviennent de clauses prévoyant que les employeurs engagent uniquement des membres du syndicat partenaire (accords de *closed-shop*) ou que les travailleurs engagés soient tenus dans un certain délai de s'affilier à l'association syndicale en question (accords d'*union-shop*)[140]. L'article 356a al. 1 CO concrétise ainsi la liberté syndicale dans son aspect négatif et garantit aux travailleurs le droit de ne pas adhérer à une association ou de la quitter[141]. Ce principe est complété par l'art. 356b CO, qui règle la soumission individuelle à une CCT. Cette disposition prévoit que les dissidents peuvent convenir avec les parties contractantes de leur soumission individuelle à la CCT.

---

132 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 *ad* art. 356 CO.

133 Art. 357 CO.

134 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 *ad* art. 357 CO.

135 BRUCHEZ, Article 356, N 50.

136 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 9 *ad* art. 356 CO.

137 Art. 357a CO.

138 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 9 *ad* art. 356 CO.

139 Art. 356a al. 1 CO.

140 VISCHER/MÜLLER, p. 459 N 3.

141 BIANCHI, N 1, p. 202.

Par ailleurs, les CCT ne doivent pas contrevenir au principe du libre choix de la profession au sens de l'art. 27 al. 2 Cst. C'est pourquoi elles ne sauraient avoir pour but d'empêcher ou de limiter l'exercice d'une profession par les travailleurs ou l'acquisition de la formation nécessaire sans raison pertinente[142].

Elles doivent en outre traiter sur un pied d'égalité l'ensemble des parties contractantes (art. 356 al. 4 CO).

Enfin, elles doivent aussi respecter le droit impératif (art. 358 CO). Il découle de l'exigence du respect du droit impératif qu'une CCT ne peut en principe pas fixer des conditions de travail qui dérogeraient, même en faveur des travailleurs, aux dispositions qualifiées d'absolument impératives régissant le contrat individuel de travail, notamment celles qui sont mentionnées à l'art. 361 CO[143]. Les prescriptions de droit public (LTr, ALCP, LAA, LACI) doivent également être respectées.

iii. Contrats de travail soumis à la convention collective

77. De par la loi, les clauses d'une CCT régissant les conditions de travail ont un effet direct et impératif envers les travailleurs et les employeurs liés (art. 357 CO). Il s'agit de l'effet normatif de la CCT, qui veut que celle-ci fixe des conditions minimales de travail qui doivent être respectées. Sont donc concernés les contrats individuels de travail passés entre les employeurs et les travailleurs liés.

Les employeurs liés sont tout d'abord ceux qui sont membres de la ou des associations patronales signataires (CCT de branche) ou qui sont eux-mêmes parties à la convention (CCT d'entreprise). Les employeurs qui ne sont pas membres d'une association patronale peuvent en outre se soumettre individuellement à la CCT en passant un accord de soumission avec les parties signataires (art. 356b CO). Lorsque la CCT est étendue par un arrêté de l'autorité compétente, les employeurs liés sont tous ceux qui sont actifs dans la branche et dans la localité concernée par la CCT (art. 1 al. 1 LECCT). La décision d'extension précise elle-même le champ d'application quant à la branche, au territoire et à la durée (art. 12 al. 2 LECCT).

Les travailleurs liés sont en premier lieu les membres du ou des syndicats signataires qui travaillent dans l'entreprise, la branche ou la profession concernée par la CCT. Lorsqu'ils sont au service d'une entreprise elle-même liée par la convention, les travailleurs non syndiqués peuvent également demander leur soumission individuelle aux parties signataires. Finalement, lorsque la CCT est étendue, tous les travailleurs de la branche ou de la profession même s'ils ne sont pas membres du syndicat signataire, ni soumis individuellement, sont liés par les clauses étendues de la CCT.

78. On estime actuellement (chiffres 2012) le taux de couverture des CCT[144] à 49%[145] de l'ensemble des travailleurs, taux habituel depuis les années 1950[146], mais qui avait toutefois connu une baisse considérable vers la fin des années 1990[147].

---

142 Art. 356a al. 2 CO.

143 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 *ad* art. 358 CO. Au sujet de l'admission de dérogations aux normes impératives et semi-impératives, voir ci-dessous, n^os^ 366 ss.

144 Cela représente le rapport entre le nombre de personnes assujetties à une CCT et le nombre de personnes susceptibles d'être assujetties, ce qui exclut le personnel de l'administration publique, les chefs d'entreprise et les membres de leur famille.

145 SECO, Bas salaires en Suisse et alternatives à l'initiative sur les salaires minimums dans le domaine des conditions aux conventions collectives de travail étendues et à l'adoption de contrats-types de travail, Berne 2013, p. 82.

146 RIEGER, p. 111, N 43.

iv. Parties à la convention collective

79. La négociation d'une convention collective doit avoir lieu entre les futures parties à la convention. Selon la loi, les CCT sont conclues par des employeurs ou des associations d'employeurs d'une part, et des associations de travailleurs d'autre part (art. 356 al. 1 CO). La notion d'association recouvre « tout groupement possédant la personnalité juridique et habilité par ses statuts à adhérer à une CCT »[148]. Du côté des travailleurs, seules des organisations professionnelles sont ainsi susceptibles de conclure une convention collective, ce qui exclut les groupes de travailleurs non organisés en personne morale ainsi que les représentations du personnel au sens de la loi sur la participation, qui ne disposent en effet pas de la personnalité juridique[149].

Le droit de négocier et de conclure une convention collective appartient donc, du côté des travailleurs, aux organisations syndicales. Il s'agit d'un choix du législateur de 1956 permettant d'assurer une plus grande égalité des forces et une indépendance des négociateurs. En outre, seul un groupement revêtant la personnalité juridique a les moyens, à travers ses organes, de représenter ses membres et d'assurer l'exécution de la CCT[150].

Pour disposer de la capacité de conclure une convention collective (*Tariffähigkeit*), le syndicat doit remplir les conditions décrites ci-dessus de capacité civile, d'indépendance, de liberté d'affiliation, d'organisation démocratique et de poids socio-politique.

80. Le cercle des parties à une convention collective peut également être élargi, par la voie de l'adhésion, à d'autres associations professionnelles, pour autant qu'elles disposent de la capacité de conclure une CCT. L'adhésion doit se faire avec le consentement des parties contractantes (art. 356 al. 4 CO) et est soumise à la forme écrite. Dans ce cadre, la jurisprudence a notamment posé comme règle que « les parties à une convention collective de travail ne peuvent invoquer l'autonomie de la volonté pour empêcher, sans intérêt légitime, un syndicat minoritaire et suffisamment représentatif d'adhérer à la convention »[151]. On en déduit que les organisations tierces disposent d'un droit d'adhésion pour autant qu'elles remplissent les conditions de loyauté et de représentativité[152]. La partie adhérente doit par ailleurs accepter la CCT dans sa totalité et ne peut donc exclure certaines clauses à l'occasion de son adhésion[153]. La loi sur l'extension des conventions collective exige, pour que l'extension puisse être prononcée que les parties à la CCT garantissent aux associations tierces la possibilité d'y adhérer (art. 2 ch. 6 LECCT).

Une partie de la doctrine va encore plus loin en estimant que, pour autant que le syndicat soit représentatif et loyal, il existe une obligation de négocier qui découle des mêmes principes que le droit d'adhérer à une CCT. Le refus de négocier constituerait à ses yeux un boycott présumé illicite, soit une atteinte à la personnalité de l'organisation

---

147 RIEGER, p. 108, N 32.

148 SUBILIA/DUC, N 9 *ad* art. 356 CO.

149 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 *ad* art. 356 CO ; ZK-VISCHER/ALBRECHT, N 36 *ad* art. 356 CO ; BK-STÖCKLI, N 30 *ad* art. 356 CO.

150 SUBILIA/DUC, N 9 *ad* art. 356 CO.

151 ATF 113 II 37, JdT 1987 I 471.

152 BRUCHEZ, Commentaire, N 34 *ad* art. 356 CO.

153 ATF 129 I 113, c. 1.3, JdT 2004 I 735.

qui propose les négociations ainsi qu'à celle de ses membres[154]. D'autres auteurs, plus nuancés, rappellent le système légal en examinant la question du point de vue des sanctions juridiques. Une organisation syndicale ne pourra jamais attraire un employeur ou une association patronale devant les tribunaux pour exiger d'eux qu'ils entament des négociations. En revanche, si les revendications d'un syndicat sont ignorées par son partenaire patronal, le syndicat pourra demander dans un premier temps l'intervention de l'office de conciliation et, en cas d'échec de la conciliation, il sera légitimé à recourir à des moyens de lutte collective, tel que la grève[155].

v. Moyens de lutte et paix du travail

81. La négociation est un mode pacifique de résolution des différends qui vise à trouver une solution acceptable pour toutes les parties. Cependant, sans moyen de pression, il est parfois difficile de faire valoir ses revendications. C'est ainsi qu'on estime légitime dans le monde du travail de recourir à certains moyens de combat. La Constitution fédérale l'admet elle-même en qualifiant de licites la grève et le *lock-out*, pour autant qu'ils se rapportent aux relations de travail et qu'ils soient conformes aux obligations de préserver la paix du travail ou de recourir à une conciliation. Le droit de grève est ainsi intimement lié à la négociation collective. Selon la jurisprudence rendue peu de temps avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution[156], la grève doit reposer sur des revendications qui auraient leur place dans une convention collective[157]. Elle doit par ailleurs être soutenue par des associations syndicales représentatives, qui seules disposent, du côté ouvrier, de la capacité de conclure des CCT. Quant à l'obligation de préserver la paix du travail, elle ne peut découler que d'une convention collective préexistante. De par la loi, dès sa conclusion, la convention collective impose une obligation de paix du travail aux parties signataires (art. 357a al. 2 CO). Celles-ci doivent s'abstenir de tout moyen de combat quant aux matières déjà réglées dans la convention, puisqu'un accord a été trouvé. La partie qui estime que la convention collective n'est pas respectée ne peut pas faire grève, mais peut en revanche faire valoir les droits découlant de la convention devant le juge. L'obligation légale de paix du travail est qualifiée de relative, car elle est limitée aux revendications déjà réglées par la CCT. Mais dans leur convention collective, les parties peuvent convenir d'une obligation illimitée, absolue, de paix du travail. Par une telle clause, elles s'engagent à ne pas user des moyens de combat durant toute la période de validité de la convention, que la revendication ait ou non été négociée au préalable.

82. Si la grève est licite, on considère que les rapports de travail sont suspendus pour la durée de la grève. Le travailleur en grève n'est ainsi pas tenu de fournir sa prestation de travail, alors que l'employeur, lui, n'est pas tenu de verser le salaire. Les travailleurs membres d'un syndicat sont indemnisés (partiellement) par leur association professionnelle. Quant aux travailleurs non syndiqués, ils n'ont en principe droit à aucune indemnité. Mais il n'est pas exclu qu'ils s'affilient au syndicat au moment de la grève.

Lorsque la grève est illicite, le travailleur qui n'offre pas sa prestation de travail commet une violation du contrat de travail, ce qui donne à l'employeur le droit de résilier le

---

154 AUBERT G., Droit de négocier, pp. 34 s. ; BRUCHEZ, Commentaire, N 35 *ad* art. 356 CO.

155 WYLER/HEINZER, p. 816.

156 ATF 125 III 284.

157 Cette condition est toutefois remise en question, s'agissant notamment d'une grève d'agents de la fonction publique, dont les rapports de travail sont réglementés par la législation étatique, cf. ANDERMATT, p. 34, N 74.

contrat en respectant les délais ordinaires de congé. Une résiliation immédiate reste possible, mais uniquement si la participation à la grève peut être considérée dans les circonstances du cas d'espèce comme un juste motif de licenciement (cf. art. 337 CO). On tiendra notamment compte de la durée de la grève et du caractère reconnaissable pour le travailleur de son caractère illicite. Dans les cas douteux, l'employeur devrait avertir préalablement l'employé[158]. Comme la participation à une grève illicite constitue un refus injustifié de la prestation de travail, l'employeur est libéré du paiement du salaire pour la période de grève. En outre, la violation du contrat par le travailleur peut amener celui-ci à devoir réparer le dommage causé à son employeur, du moins lorsqu'il doit être tenu pour conscient du caractère illicite de la grève[159].

vi. Acteurs de la négociation

83. Dans les négociations, les partenaires sociaux sont représentés par leurs négociateurs. Lorsque les parties sont des personnes morales, ce qui est toujours le cas du côté des travailleurs, la tâche de négocier appartient à l'organe exécutif de la personne morale (comité, gérants, etc.), mais elle est souvent déléguée à un organe prévu spécifiquement pour cela, qui est parfois désigné par l'expression « commission de négociation ». S'agissant d'une opération requérant un maximum de discrétion, la négociation d'une convention collective est peu documentée. Un ouvrage récent nous renseigne toutefois sur la négociation de la CCT des industries horlogère et microtechnique[160].

Selon cet ouvrage, les revendications syndicales au sein d'Unia pour le renouvellement de la CCT sont élaborées en trois étapes. D'abord, au sein du syndicat, la commission de négociation et la commission d'industrie horlogère préparent des propositions de renforcement des droits des travailleurs. Ces propositions sont ensuite soumises aux membres concernés du syndicat par le biais d'un questionnaire, par lequel ceux-ci sont invités à confirmer ou infirmer le bien-fondé des propositions. Sur cette base, les revendications définitives sont formulées et transmises, peu de temps avant la première séance de négociation, à la délégation patronale[161]. Le syndicat Syna semble également faire participer ses membres à la préparation du mandat de négociation. On peut lire ceci sur son site internet :

> « Dans la phase préparatoire des négociations des CCT, nous cherchons à connaître les points de vue et les besoins de nos membres. C'est avec leur collaboration que nous ficelons nos revendications lors de conférences de branches et ce sont eux qui décident dans quelle mesure la délégation Syna peut faire des compromis lors de négociations. Nous n'oublions jamais que c'est pour nos membres que nous négocions les CCT »[162].

Les négociations proprement dites ont ensuite lieu entre les commissions de négociation patronale(s) et syndicale(s).

vii. Mécanismes de ratification

84. Si les négociations aboutissent, l'accord (le projet de convention) est soumis aux organes compétents des associations respectives. Pour les syndicats, il s'agit généralement de l'assemblée des délégués syndicaux de la branche, de la profession

---

158 WYLER/HEINZER, p. 804.

159 WYLER/HEINZER, p. 804.

160 RENNWALD/STEINAUER, Le modèle horloger, Lausanne 2012.

161 RENNWALD/STEINAUER, p. 30.

162 http://www.syna.ch/index.php/fr/cct/item/920-conventions-collectives-de-travail (consulté le 15.12.2014).

ou de l'entreprise concernée[163]. Selon l'organisation interne du syndicat, la CCT peut encore nécessiter l'accord du comité directeur[164]. Une fois ratifiée, la CCT déploie ses effets à l'égard des membres concernés.

b) L'intervention des syndicats dans les procédures législatives

85. La Constitution fédérale prévoit à son art. 147 que les actes législatifs importants, les autres projets de grande portée et les traités internationaux importants sont soumis pour consultation aux cantons, aux partis politiques et aux milieux intéressés. La disposition est concrétisée par la loi fédérale sur la procédure de consultation (LCo)[165] et son ordonnance d'application (ordonnance sur la procédure de consultation, OCo)[166]. Selon l'art. 4 LCo, toute personne ou organisation peut émettre un avis sur un projet mis en consultation. Néanmoins, certains groupes sont expressément informés des procédures législatives et invités à se prononcer : il s'agit des cantons, des partis politiques représentés à l'Assemblée fédérale, des associations faîtières des communes, des villes et des régions de montagne qui œuvrent au niveau national, et des associations faîtières de l'économie qui œuvrent au niveau national (art. 4 al. 2 let. a à d LCo). L'ordonnance prévoit en outre une consultation des autres milieux concernés par le projet dans le cas d'espèce (art. 4 al. 2 let. a OCo).

Les associations faîtières de l'économie comprennent, selon l'objet en discussion, les organisations professionnelles et les syndicats d'employeurs et de travailleurs[167]. C'est notamment le cas lorsque la législation projetée concerne les conditions de travail ou la sécurité sociale.

Comme mentionné explicitement dans la loi, ce sont non pas tous les syndicats qui sont appelés à intervenir, mais bien les associations faîtières, qui représentent leurs fédérations respectives.

c) La surveillance du marché du travail

86. Dans un autre domaine encore, les syndicats se voient confier certaines tâches par l'Etat, généralement en commun avec les associations patronales. Des représentants syndicaux prennent ainsi part à la surveillance du marché du travail, cela à deux titres principaux. D'une part, ils siègent au sein de commissions tripartites prévues par la législation (i.). D'autre part, ils participent à la surveillance du respect des conditions de travail prévues par les CCT, en siégeant au sein de commissions paritaires (ii.).

i. Les commissions tripartites

87. Dans le cadre des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, la Confédération et chaque canton doivent instituer une commission tripartite afin de surveiller le marché du travail et, en cas de besoin, d'initier l'adoption d'un contrat-type de travail avec salaire impératif. Le but premier de ces commissions tripartites est de lutter contre le risque de sous-enchère salariale.

La composition des commissions tripartites découle de l'art. 360b al. 1 CO, qui prévoit qu'elles sont composées « en nombre égal de représentants des employeurs et des

---

163 Cf. art. 15.1 des statuts d'Unia ; art. 9.2.2 des statuts de Syna ; art. 18.2 des statuts de Syndicom.

164 Art. 15.2 des satuts d'Unia, à certaines conditions ; art. 18 al. 3 Syndicom dans tous les cas.

165 RS 172.061.

166 RS 172.061.1.

167 AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, vol. I, p. 531.

travailleurs ainsi que de représentants de l'Etat ». La doctrine en déduit que la parité doit dans tous les cas être donnée entre les représentants des employeurs et les représentants des travailleurs, alors que le nombre des représentants de l'Etat ne doit pas forcément être identique. D'un avis unanime, les auteurs estiment néanmoins que les représentants de l'Etat ne sauraient être plus nombreux que les représentants du monde du travail réunis[168].

88. L'art. 360b al. 2 CO dispose que « les associations d'employeurs et de travailleurs peuvent proposer des représentants dans les commissions tripartites ». L'art. 10 de l'ordonnance sur les travailleurs détachés en Suisse (Odét)[169] précise que « la Confédération et les cantons désignent les représentants des partenaires sociaux au sein des commissions tripartites parmi les personnes proposées par les associations représentatives des employeurs et des travailleurs, pour autant que ces dernières aient fait usage de leur droit de faire des propositions ». Il revient donc tout d'abord à l'autorité compétente de désigner les associations qu'elle considère comme étant représentatives[170]. Les associations désignées peuvent ensuite proposer la ou les personnes qui les représenteront au sein de la commission tripartite. La doctrine considère que l'autorité compétente est liée par les propositions des associations[171], si bien que « dans les faits, ce sont ainsi les partenaires sociaux qui nomment leurs représentants »[172]. Les listes des membres des différentes commissions tripartites sont publiques[173].

89. Les tâches des commissions tripartites sont énumérées de manière exemplative à l'art. 11 Odét[174]. Elles consistent notamment en l'observation du marché de l'emploi sur la base des données statistiques et d'enquêtes de terrain afin de déceler s'il existe des situations de sous-enchère salariale abusive et répétée[175]. Les commissions tripartites tentent de convaincre les employeurs concernés de respecter les salaires en usage et si leur tentative échoue, elles peuvent proposer à l'autorité compétente d'étendre des conventions collectives aux conditions de l'art. 1a LECCT[176] ou d'édicter un contrat-type de travail (CTT) avec salaire minimum obligatoire (art. 360b al. 3 CO). A ce jour, les cantons ont adopté 13 CTT, notamment dans les branches du commerce de détail, de l'esthétique, du nettoyage industriel ou des centres d'appels téléphoniques[177]. Il est à relever que seuls les cantons de Genève, du Jura, du Tessin et du Valais ont adopté des CTT avec salaires minimaux impératifs. La Confédération n'a pour sa part édicté qu'un seul CTT impératif, dans la branche de l'économie domestique[178]. Dans le cas

---

168 MAHON/JEANNERAT, N 5 *ad* art. 360b CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 *ad* art. 360b CO ; RONCORONI, N 108, p. 352 ; SUBILIA/DUC, N 3 *ad* art. 360b CO.

169 Ordonnance sur les travailleurs détachés en Suisse, RS 823.201.

170 RONCORONI, N 108, p. 352.

171 MAHON/JEANNERAT, N 5 *ad* art. 360b CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 5 *ad* art. 360b CO ; RONCORONI, N 108, p. 352 ; SUBILIA/DUC, N 4 *ad* art. 360b CO.

172 SUBILIA/DUC, N 4 *ad* art. 360b CO.

173 Elle est notamment publiée sur le site du SECO relatif aux commissions tripartites : http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00448/00449/00450/index.html?lang=fr&download=NHzLpZeg7t,lnp6I0NTU042l2Z6ln1ae2IZn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCDfH1_gmym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A--.

174 RS 823.201.

175 MAHON/JEANNERAT, N 11 *ad* art. 360b CO.

176 RS 221.215.311.

177 La liste est disponible sur le site internet du SECO : http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/04526/index.html?lang=fr (consulté le 05.03.2014).

178 CTT économie domestique, RS 221.215.329.4.

où un CTT a été édicté, les commissions tripartites sont chargées de contrôler le respect des salaires minimaux qui y sont fixés et de dénoncer les infractions à l'autorité compétente (art. 7 al. 1 let. b LDét et art. 11 al. 1 let. f et h Odét).

90. Une initiative populaire législative genevoise[179] émanant des milieux syndicaux a proposé que soit créé un inspectorat des entreprises, afin de renforcer l'inspectorat cantonal. L'inspectorat des entreprises, composé uniquement de représentants des travailleurs, devait avoir le droit de procéder de manière autonome à des contrôles au sein des entreprises en matière de santé et de sécurité au travail ainsi qu'en matière de détachement de travailleurs et, sur demande des partenaires sociaux, en matière de respect des conventions collectives[180]. Malgré les recommandations contraires du Conseil d'Etat et de la commission législative, l'initiative a été validée entièrement par le Grand Conseil genevois. Sur recours contre cette validation, le Tribunal fédéral a jugé qu'un organe de contrôle composé uniquement de représentants syndicaux ne serait pas conforme à l'art. 29 Cst., qui garantit à chacun le droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, que sa cause soit traitée équitablement, et notamment que l'autorité soit composée de personnes indépendantes et impartiales. Le Tribunal fédéral a donc partiellement invalidé l'initiative, en annulant la disposition prévoyant une composition non paritaire de l'inspection des entreprises et celle qui donnait à la seule Communauté genevoise d'action syndicale le droit de proposer des inspecteurs[181].

ii. Les organes paritaires des conventions collectives de travail

91. Il est d'usage que les parties à une convention collective de travail instituent des organes paritaires qui œuvrent à la concrétisation de leur convention. Ces organes paritaires peuvent prendre la forme de caisses de compensation, de fonds de formation, de caisses de pension ou de commissions paritaires.

Des commissions paritaires, chargées de la bonne application de la CCT, peuvent être instituées par les partenaires sociaux. Ces commissions sont composées de représentants des parties à la CCT, soit, du côté des travailleurs, de représentants des syndicats signataires. Leur rôle est défini par les partenaires sociaux et peut comprendre une assez grande palette de tâches. En particulier, les commissions paritaires sont instituées pour assurer l'exécution commune de la convention. En vertu de l'art. 357b CO, les parties à la CCT peuvent convenir qu'elles auront le droit d'exiger en commun le respect des conditions de travail fixées dans la CCT. Dans ce cadre, elles peuvent procéder à des contrôles dans les entreprises et infliger aux contrevenants les sanctions prévues dans la convention collective. Les commissions paritaires des CCT peuvent également être chargées de tâches plus administratives, comme l'encaissement des contributions aux frais d'exécution[182] et de formation, l'octroi de dérogations aux horaires de travail prévus par la convention collective, la publication de la convention, ou l'acceptation des soumissions individuelles[183].

---

179 IN 151, intitulée « Pour un renforcement du contrôle des entreprises. Contre la sous-enchère salariale ».

180 Pour un aperçu complet de l'initiative, cf. FAO/GE 10.10.2011, p. 3.

181 TF 1C_33/2013, consid. 3.

182 Par exemple, art. 52.3 CCT nationale des coiffeurs ; art. 35 let. h CCT cafés et restaurants ; art. 602 CCT des industries graphiques.

183 Art. 356b CO.

d) La représentation dans des organes de conciliation ou des autorités judiciaires ou arbitrales

92. A côté de cette représentation des syndicats dans des organes de surveillance du marché du travail ou de surveillance de la mise en œuvre du droit collectif du travail, il arrive aussi que des organes chargés de résoudre les litiges soient composés de représentants des partenaires sociaux. L'exemple le plus illustratif est certainement celui des tribunaux de prud'hommes, qui sont des tribunaux spécialisés en matière de droit du travail. En vertu de la répartition des compétences en matière judiciaire découlant de l'art. 122 Cst., et des art. 3 et 4 du Code de procédure civile (CPC)[184], et sous réserve des exigences fédérales en matière de litiges relevant de la loi sur l'égalité entre hommes et femmes (LEg)[185], les cantons peuvent instituer des tribunaux spécialisés, compétents en matière de litiges découlant d'un contrat de travail[186]. Depuis le 1er janvier 2011, date d'entrée en vigueur du CPC, neuf cantons connaissent un tel tribunal : quatre cantons alémaniques, dont Bâle-Ville, Berne et Zurich, et cinq cantons romands[187]. Il existe de grandes différences entre chacun de ces cantons, mais la particularité d'un tribunal de prud'hommes est qu'il est constitué, du moins en partie, de représentants des travailleurs et de représentants des employeurs[188].

93. Dans le même ordre d'idée, la loi sur le travail dans les fabriques[189] ordonne aux cantons d'instituer des offices de conciliation permanents ayant pour vocation de résoudre à l'amiable « les différends d'ordre collectifs entre fabricants et ouvriers sur les conditions du travail ainsi que sur l'interprétation et l'exécution de contrats collectifs ou de contrats-types » (art. 30). A la demande des parties, l'office peut également siéger en tant que tribunal arbitral (art. 34). La loi précise encore que les cantons peuvent attribuer à ces offices de conciliation des compétences plus étendues (art. 35). La composition des offices de conciliation n'est pas précisée par le droit fédéral, mais il est fréquent que les cantons prévoient, dans ce contexte, une composition paritaire[190].

Sur la base de la loi fédérale concernant l'office fédéral de conciliation en matière de conflits collectifs du travail[191], un office fédéral de conciliation peut être institué par le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche lorsqu'un litige en la matière s'étend à plusieurs cantons. L'Office fédéral de conciliation se compose d'un président et de deux assesseurs. Selon l'art. 2 de la loi, les membres doivent être désignés par le Département sur la base de propositions de l'Etat (président) et des partenaires sociaux (assesseurs).

---

184 RS 272.

185 RS 151.

186 DIETSCHY, p. 27 ; Message CPC, FF 2006 6843 et 6845.

187 DIETSCHY, p. 29.

188 DIETSCHY, p. 32.

189 RS 821.41.

190 Voir, par exemple, pour l'office neuchâtelois, le règlement concernant l'office cantonal de conciliation en matière de conflits collectifs de travail, du 31 août 2009, RSN 810.40, dont les articles 10 et 11 prévoient des membres permanents (au nombre de cinq), nommés par le Conseil d'Etat, et, pour certaines affaires, « deux ou quatre assesseurs pris en nombre égal chez les employeurs et les travailleurs », et « désignés sur proposition des parties, du groupement professionnel intéressé ou des associations d'employeurs et travailleurs ».

191 RS 821.42.

94. Finalement, on peut également imaginer que des représentants des travailleurs siègent au sein d'un tribunal arbitral prévu par une CCT. C'est le cas dans le domaine du secteur principal de la construction (art. 14 et 77 CN) ou dans l'horlogerie (art. 1.14 CCT-IHM).

e) L'intervention des syndicats en procédure

95. Tant en droit privé qu'en droit administratif, les associations se voient reconnaître un droit d'action ou de recours lorsqu'elles ont pour but la défense des intérêts de leurs membres, que les membres auraient eux-mêmes la qualité pour agir et qu'il existe un intérêt collectif pour tous les travailleurs qui exercent la profession dans laquelle le syndicat recrute ses adhérents[192]. A côté de ce principe général, le droit fédéral permet parfois explicitement aux associations d'agir ou de recourir dans certains domaines spécifiques. C'est le cas de l'art. 58 al. 1 de la loi sur le travail (LTr), qui dispose que les employeurs et travailleurs intéressés ainsi que leurs associations ont qualité pour recourir contre les décisions cantonales et fédérales basées sur cette loi. L'art. 7 de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg) permet aux organisations syndicales de faire constater une discrimination « lorsqu'il paraît vraisemblable que l'issue du procès affectera un nombre considérable de rapports de travail ». L'art. 15 al. 2 de la loi sur la participation reconnaît aux associations professionnelles (patronales et syndicales) la qualité pour agir en constatation d'une violation des droits et obligations relatifs à la participation des travailleurs. L'art. 11 de la loi sur les travailleurs détachés (LDét) permet aux associations professionnelles d'agir en constatation d'une infraction aux conditions de travail imposées par cette loi. Il en va de même de l'art. 360e CO s'agissant du respect de contrat-type de travail avec salaire minimum impératif. Finalement, l'art. 15 de la loi sur le travail au noir (LTN) permet aux associations de travailleurs d'agir en constatation des droits découlant d'un contrat de travail qu'un travailleur au noir expulsé de Suisse ne peut faire valoir à l'encontre de l'employeur en raison de son expulsion.

f) Le conseil juridique et la représentation des membres en justice

96. Généralement, les syndicats offrent à leurs membres un service de renseignement juridique relatif aux questions concernant les rapports de travail et peuvent intervenir, en tant que mandataire, directement auprès de l'employeur, par une négociation extrajudiciaire.

Lorsque le droit cantonal le permet sur la base de l'art. 68 CPC, le syndicat, tout comme les associations patronales, peut en outre représenter les travailleurs devant les juridictions spécialisées en matière de droit du travail, tels les tribunaux des prud'hommes. Il en va notamment ainsi dans les cantons de Berne, Fribourg et Vaud[193]. Le représentant syndical revêt alors le titre de mandataire professionnellement qualifié. Sa capacité de postuler s'arrête toutefois à la procédure cantonale. Devant le Tribunal fédéral, seuls les avocats ont en effet qualité pour agir comme mandataires (art. 40 LTF).

4. Conclusions sur la représentation syndicale

97. Ayant pour but principal la défense des intérêts des travailleurs, les syndicats, généralement de concert avec les associations patronales, interviennent de manière

---

192 TF 4A_248/2010, du 12 juillet 2010, c. 4.1 (voir pour plus de détails ci-dessous, n° 287) ; ATF 125 III 82.

193 DIETSCHY, pp. 166 ss.

très large dans toute la réglementation des conditions de travail. Ils prennent part à la mise en place de la réglementation, en faisant valoir les intérêts des travailleurs dans le cadre des consultations législatives ou en négociant et concluant des conventions collectives de travail, si nécessaire en usant des moyens de combat. Ils œuvrent aussi à l'exécution de cette réglementation, en siégeant au sein d'organes de contrôles, d'autorités judiciaires ou d'instances arbitrales. Finalement, ils peuvent saisir la justice s'agissant de problèmes collectifs (droit d'action et droit de recours) et, si le droit cantonal le leur permet, représenter des travailleurs individuels dans des litiges de droit du travail.

Lorsque le syndicat a les moyens d'engager du personnel, une grande partie de ces activités est accomplie par des syndicalistes professionnels, qui bénéficient d'une indépendance totale vis-à-vis du patronat, ainsi que du temps nécessaire. Toutefois, la participation des membres « non professionnels » n'est pas négligeable et est d'une grande importance non seulement pour que le syndicat soit réellement le représentant des travailleurs syndiqués, mais également afin de lui permettre d'être présent au sein des entreprises.

La collaboration des syndicats dans les activités étatiques, telles la surveillance du marché du travail, la procédure législative ou la représentation devant les tribunaux, apporte une aide avisée à l'Etat dans la gestion des relations de travail en général et assure un soutien aux travailleurs, tout en étant limitées aux activités nécessaires.

Ces tâches spécifiques et privilèges reconnus aux syndicats ne sont toutefois concédés qu'aux syndicats représentatifs et loyaux, si bien que les comportements abusifs sont largement évités.

D. La représentation légale des travailleurs : la loi sur la participation

1. Remarques liminaires et plan

98. Comme indiqué, si les syndicats représentent traditionnellement les travailleurs, il existe aussi une autre forme de « représentation des travailleurs » en dehors des syndicats, représentation des travailleurs par eux-mêmes, au sein de l'entreprise, prévue par la loi et qu'on peut donc qualifier de « représentation légale ».

C'est cette « représentation légale », instituée en Suisse par la loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (loi sur la participation ou LParticipation), du 17 décembre 1993[194], que l'on examinera dans cette subdivision. On commencera par présenter la nature de cette représentation et le système de la loi sur la participation (chiffre 2), puis brièvement les divers domaines dans lesquels cette représentation est appelée à s'exercer (chiffre 3), pour étudier ensuite la désignation des représentants et les droits des travailleurs élus à la représentation (chiffre 4). La subdivision se terminera par une brève conclusion concernant la représentation légale (chiffre 5).

194 RS 822.14.

2. La nature de la représentation légale et le système de la loi sur la participation

99. La représentation légale a pour but de permettre la participation des travailleurs, c'est-à-dire de donner aux travailleurs d'une entreprise le droit de prendre part au processus décisionnel de l'entreprise s'agissant de certaines questions relatives aux conditions de travail. Cette participation, à travers une représentation élue, doit permettre aux travailleurs, ou à leur représentation, d'être informés ou de faire valoir leur point de vue s'agissant de certaines questions précises.

La loi dispose que le « mandat » des représentants du personnel consiste à défendre envers l'employeur les intérêts communs des travailleurs (art. 8 de la loi sur la participation). La représentation du personnel a donc pour tâche de dialoguer avec la direction en vue de s'exprimer, au nom de l'ensemble des travailleurs, sur des points concrets pour lesquels la participation des travailleurs est admise ou requise. Selon le message du Conseil fédéral[195], cité par RÉMY WYLER et BORIS HEINZER[196], la représentation « est un organe collectif du personnel et son interprète auprès de l'employeur ».

100. La loi sur la participation a été conçue comme une loi de droit privé : les droits qu'elle accorde aux intéressés ne peuvent être exercés que devant les tribunaux civils. L'Etat n'intervient pas dans sa mise en œuvre, que ce soit par l'édiction d'ordonnances d'exécution ou par des contrôles et des sanctions administratives[197]. Les syndicats se voient toutefois conférer un droit de faire constater par la justice civile d'éventuelles violations par l'employeur des prescriptions de la loi sur la participation (art. 15 al. 2 LParticipation)[198].

101. La loi sur la participation s'applique aux entreprises privées (art. 1 LParticipation) et leur fixe des règles minimales à respecter[199]. A cet égard, l'art. 2 LParticipation précise que les dérogations en faveur des travailleurs sont admises sans restriction, alors que les dérogations à leur détriment ne peuvent être convenues que par la conclusion d'une convention collective de travail. De plus, des dérogations en défaveur des travailleurs sont exclues pour une longue série de dispositions (art. 3, 6, 9, 10, 12 et 14 al. 2 LParticipation).

102. La loi prévoit donc la possibilité pour les travailleurs d'élire parmi eux des représentants qui défendront les intérêts de l'ensemble des travailleurs de l'entreprise. La loi précise toutefois, sous le titre « droit d'être représenté », que les travailleurs peuvent élire – ou ont le droit d'élire – parmi eux des représentants, regroupés en une seule ou plusieurs représentations dans « les entreprises occupant au moins cinquante travailleurs » (art. 3 LParticipation). En l'absence de représentation, c'est-à-dire par exemple dans les entreprises de moins de cinquante travailleurs, ce sont les travailleurs eux-mêmes qui exercent, individuellement, leurs droits de participation (art. 4 LParticipation).

---

195 FF 1992 V 631.

196 WYLER/HEINZER, p. 966.

197 FRITZ/SCHÜLER, p. 19.

198 Cf. ci-dessus, n° 94.

199 FF 1993 II 815 ; SUBILIA/DUC, N 3 *ad* art. 2 LParticipation, p. 1055.

103. Il existe trois niveaux de participation des travailleurs : l'information, la consultation et la codécision ou la cogestion.

Dans le cadre de l'*information*, les travailleurs, ou leur(s) représentation(s), reçoivent – et ont le droit de recevoir – de l'employeur certaines informations. Ainsi, la loi sur la participation prévoit, à titre de réglementation minimale, que la « représentation des travailleurs a le droit d'être informée en temps opportun et de manière complète sur toutes les affaires dont la connaissance lui est nécessaire pour s'acquitter convenablement de ses tâches » (art. 9 al. 1) et que l'employeur « est tenu d'informer la représentation des travailleurs au moins une fois par an sur les conséquences de la marche des affaires sur l'emploi et pour le personnel » (art. 9 al. 2).

Dans le cadre de la *consultation*, les travailleurs sont non seulement informés, mais ils peuvent formuler des propositions que l'employeur est tenu d'examiner de bonne foi. L'employeur n'est pas lié par les propositions et prend sa décision de manière unilatérale[200]. Il doit toutefois motiver sa décision lorsqu'il ne prend pas en compte les propositions des travailleurs ou de leurs représentants[201].

Enfin, dans la *codécision* (ou cogestion), les travailleurs participent à la prise de décision et l'employeur ne peut prendre de mesure sans leur accord. En cas de désaccord, la décision doit généralement être prise par un arbitre neutre (art. 11 LPP, art. 335k CO). Parfois, le droit de codécision consiste en un droit de veto accordé aux travailleurs ou à leurs représentants, dans le sens où les directives de l'employeur sont soumises à leur accord (p. ex. pour fixer le début et la fin du travail du jour et du soir de l'entreprise, art. 10 al. 2 LT)[202].

104. En tous les cas, ce n'est pas la loi sur la participation elle-même qui détermine les hypothèses dans lesquelles l'une ou l'autre de ces formes de participation – autre que celle de l'information minimale – existe ou doit exister, mais c'est la législation spéciale qui les prévoit. La loi sur la participation renvoie du reste à certaines législations spéciales (art. 10 LParticipation).

Les attributions concrètes de la représentation des travailleurs découlent ainsi de diverses sources. Elles sont d'abord fondées sur les législations spéciales, qui sont mentionnées à l'art. 10 LParticipation (art. 82 LAA[203], art. 48 LTr[204], art. 333-333a et 335d-335k CO, LPP).

La loi sur la participation ayant un caractère de réglementation minimale (art. 2 LParticipation), elle laisse cependant aussi la place à des aménagements supplémentaires qui peuvent être convenus par le biais d'une convention collective de travail. L'employeur peut également étendre les droits de représentation de ses travailleurs, par un accord de participation, conclu avec la représentation des travailleurs[205].

---

200 ATF 137 III 162, c. 1.1.

201 FRITZ/SCHÜLER, p. 22 s.

202 FRITZ/SCHÜLER, p. 23.

203 Loi fédérale sur l'assurance-accidents (LAA), du 20 mars 1981, RS 832.20.

204 Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail, LTr), du 13 mars 1964, RS 822.11.

205 WYLER/HEINZER, p. 963.

3. Les fonctions de la représentation élue des travailleurs et les droits de participation découlant de la législation

a) Mission générale de la représentation des travailleurs et droit à l'information

105. La mission générale de la représentation des travailleurs est donc de défendre les intérêts communs des travailleurs face à l'employeur. Elle découle de l'art. 8 LParticipation. Au sens de cette disposition, ce sont les intérêts collectifs qui doivent être défendus, ce qui exclut notamment de défendre les intérêts d'un travailleur en particulier, qui se trouverait par exemple en litige avec l'employeur[206].

La loi sur la participation n'instaure elle-même aucun droit de participation, si ce n'est comme on l'a dit l'obligation minimale pour l'employeur « d'informer la représentation des travailleurs au moins une fois par an sur les conséquences de la marche des affaires sur l'emploi et pour le personnel » (art. 9 al. 2 LParticipation). Mais comme le souligne la doctrine, la loi reste assez vague sur le contenu de l'information qui doit être transmise[207]. Certains auteurs précisent néanmoins que l'information porte sur les conséquences de la marche des affaires pour l'emploi et le personnel (licenciements collectifs, réductions de salaire, réduction de l'horaire de travail, délocalisation, établissement d'un plan social, etc.) et non sur la marche des affaires elle-même[208].

106. L'art. 9 al. 1 LParticipation mentionne en outre un droit général à l'information de la représentation des travailleurs « sur toutes les affaires dont la connaissance lui est nécessaire pour s'acquitter convenablement de ses tâches ». Ce n'est toutefois que dans le cadre de ses attributions que la représentation du personnel peut invoquer ce droit à l'information, dont le contenu doit être en adéquation avec l'usage qui doit en être fait en vertu des lois spéciales[209].

b) Droits de participation découlant de la législation spéciale

107. Dans la loi sur la participation, l'art. 10 rappelle les domaines dans lesquels est instauré un droit de participation. La disposition dresse une liste des différents cas de participation et mentionne les dispositions des lois spéciales applicables. La liste comprend la sécurité et la protection des travailleurs (i.), le transfert d'entreprise (ii.), les licenciements collectifs (iii.) et l'affiliation à une institution de prévoyance professionnelle (iv.). Cette liste n'est toutefois pas exhaustive[210] et l'on trouve d'autres droits de participation dans la législation spéciale, notamment en matière de règlement d'entreprise (art. 37 al. 4 LTr, chiffre v. ci-après). En outre, le droit des licenciements collectifs a connu une récente révision avec l'adoption des articles 335h à 335k CO. Ces nouvelles dispositions prévoient une obligation de négocier un plan social dans certaines circonstances. Le nouveau droit n'a pas fait l'objet d'une mention à l'art. 10 LParticipation, mais il s'agit vraisemblablement d'un oubli du législateur[211] (cf. ci-dessous, ch. iii *in fine*).

---

206 SUBILIA/DUC, N 2 *ad* art. 8 LParticipation, p. 1072.

207 SUBILIA/DUC, N 5 *ad* art. 9 LParticipation, p. 1074 ; GABATHULER, N 20, p. 133.

208 FRITZ/SCHULER, p. 41.

209 SUBILIA/DUC, N 4 *ad* art. 9 LParticipation, p. 1074.

210 GEISER, p. 37.

211 SCHWAAB, DTA 2013, p. 285.

i. Sécurité au travail et protection de la santé

108. Pour la participation en matière de sécurité au travail et de protection de la santé, deux lois entrent en considération : la loi sur le travail (LTr)[212] et la loi sur l'assurance-accidents (LAA)[213].

109. En matière de sécurité au travail, l'art. 82 LAA pose le principe selon lequel l'employeur doit faire collaborer les travailleurs aux mesures de prévention des accidents et maladies professionnels (al. 2). Cette disposition a été concrétisée par l'ordonnance sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles (OPA)[214], qui prévoit tout d'abord à son art. 6 que l'employeur doit veiller à ce que tous les travailleurs occupés dans son entreprise soient informés des risques encourus et des mesures à prendre pour les prévenir. Mais surtout, l'art. 6a OPA dispose que les travailleurs ou leurs représentants dans l'entreprise ont le droit d'être consultés sur toutes les questions relatives à la sécurité au travail (al. 1). Ce droit d'être consulté comprend le droit d'être entendu suffisamment tôt et de manière complète sur ces questions ainsi que celui de faire des propositions avant que l'employeur ne prenne une décision. L'employeur doit motiver sa décision lorsque les objections soulevées par les travailleurs ou leurs représentants dans l'entreprise n'ont pas été prises en considération, ou qu'elles ne l'ont été que partiellement (al. 2). Finalement, l'art. 11e al. 1 let. a OPA exige qu'une évaluation des risques pour la sécurité et la santé des travailleurs soit effectuée par les spécialistes de la sécurité au travail, en collaboration avec l'employeur et après avoir consulté les travailleurs ou leurs représentants.

110. L'art. 48 LTr prévoit pour sa part que les travailleurs doivent être consultés sur les questions relatives à la protection de leur santé, à l'organisation du temps de travail ainsi qu'à l'aménagement des horaires de travail et aux mesures qui doivent être prises en relation avec le travail de nuit (al. 1). La disposition précise que le droit d'être consulté comprend le droit d'être entendu sur ces affaires et d'en débattre avant que l'employeur ne prenne une décision, ainsi que le droit d'obtenir communication des motifs de la décision prise lorsque les objections soulevées par les travailleurs ou leurs représentants dans l'entreprise n'ont pas été considérées, ou qu'elles ne l'ont été que partiellement (al. 2).

    L'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail (OLT 3)[215], qui concerne l'hygiène, prévoit à peu près les mêmes principes de participation qu'en matière de prévention des accidents. L'employeur doit veiller à ce que les travailleurs soient informés et instruits à propos des risques qu'ils encourent, ainsi que des mesures d'hygiène à prendre pour les prévenir (art. 5 OLT 3). L'employeur doit par ailleurs consulter les travailleurs ou leurs représentants sur toutes les questions concernant l'hygiène. Les travailleurs ou leurs représentants peuvent en outre, à leur demande, être associés aux inspections et visites faites par les autorités (art. 6 OLT 3).

111. En matière d'horaires de travail et de mesures relatives au travail de nuit, les articles 69 à 71 de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail (OLT 1)[216] précisent de la même manière l'art. 48 al. 1 let. b et c LTr, en mentionnant que l'employeur doit veiller

---

212 Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr), du 13 mars 1964, RS 822.11.

213 Loi fédérale sur l'assurance-accidents (LAA), du 20 mars 1981, RS 832.20.

214 Ordonnance sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles, RS 832.30.

215 RS 822.113.

216 RS 822.111.

à ce que les travailleurs soient au bénéfice des informations et instructions adéquates concernant l'organisation du temps de travail, l'aménagement des horaires et les mesures à prendre en cas de travail de nuit (art. 70 OLT 1). L'art. 71 OLT 1 ajoute que les travailleurs ou leurs représentants doivent avoir la possibilité de participer aux enquêtes ou visites faites par les autorités. L'art. 69 OLT 1 octroie au surplus aux travailleurs un droit d'être entendu lors de la planification et de la modification des horaires de travail en vigueur dans l'entreprise.

112. Il y a lieu de rappeler que la loi sur le travail ne s'applique pas à tous les travailleurs, son champ d'application étant limité à certaines entreprises (art. 2 LTr) et à certains travailleurs (art. 3 LTr). La doctrine propose de résoudre cette difficulté en ne considérant que la question de la soumission de l'entreprise à la LTr. Ainsi les entreprises privées qui ne sont pas exclues de l'application de la LTr devraient accorder le droit de participation à l'ensemble de leur personnel, même si certains collaborateurs sont personnellement exclus du champ d'application de la LTr[217].

ii. Transfert d'entreprise, fusion ou scission d'entreprises

113. L'art. 10 let. b LParticipation renvoie aux art. 333 et 333a CO s'agissant du droit de participation en cas de transfert d'entreprise. Ces dispositions, qui s'appliquent également en cas de fusion, de scission et de transfert de patrimoine par renvoi des art. 27, 49 et 76 LFus[218], prévoient notamment que lorsque l'entreprise ou une partie de celle-ci est transférée, les rapports de travail passent automatiquement à l'acquéreur avec tous les droits et les obligations qui en découlent (art. 333 al. 1 CO). Le travailleur dispose pour sa part du droit de s'opposer au transfert, opposition qui a pour conséquence de mettre un terme aux rapports de travail à l'expiration du délai de congé légal (art. 333 al. 2 CO).

L'art. 333a al. 1 CO traite du droit de participation lié au transfert d'entreprise et dispose que l'employeur transférant doit informer la représentation des travailleurs ou à défaut les travailleurs en temps utile avant la réalisation du transfert sur le motif et les conséquences juridiques, économiques et sociales du transfert. Il s'agit ici uniquement d'un droit à l'information, sans possibilité pour la représentation des travailleurs de faire des propositions[219]

L'art. 333a al. 2 CO ajoute que si des mesures concernant les travailleurs sont envisagées suite au transfert de l'entreprise, la consultation de la représentation des travailleurs ou, à défaut, des travailleurs doit avoir lieu en temps utile avant que ces mesures ne soient décidées. Les mesures peuvent consister en une restructuration, une diminution de salaire ou d'autres modifications contractuelles, une réduction de la couverture d'assurance ou une augmentation du temps de travail[220]. Dans un tel cas, la représentation des travailleurs ou les travailleurs pris individuellement doivent non seulement être informés, mais ont également la possibilité de formuler des propositions que l'employeur sera tenu d'examiner avant de prendre sa décision[221].

Lorsque l'employeur ne respecte pas son obligation d'informer le personnel (art. 333a al. 1 CO), les travailleurs sont en droit de demander au juge d'ordonner à l'employeur

---

217 GEISER, p. 39.

218 Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, RS 221.301.

219 CHENAUX/MARTIN, N 4 *ad* art. 333a CO ; AUBERT G., CR-CO, N 2 *ad* art. 333a CO.

220 PORTMANN/STÖCKLI, N 1240, p. 359.

221 CHENAUX/MARTIN, N 8 *ad* art. 333a CO.

de leur transmettre les informations. S'ils ont de ce fait subi un dommage, ils peuvent en demander la réparation aux conditions de l'art. 97 CO[222]. L'art. 15 al. 2 LParticipation permet en outre aux associations de travailleurs d'agir en constatation de la violation de l'obligation d'informer ou de consulter le personnel[223]. Néanmoins, le transfert reste juridiquement valable. Il ne pourra toutefois déployer ses effets sur le contrat de travail qu'une fois le travailleur informé[224].

114. En cas de fusion (art. 27 et 28 LFus), scission (art. 49 et 50 LFus) ou transfert de patrimoine (art. 76 et 77 LFus), les travailleurs de l'entreprise ou de la partie d'entreprise qui est transférée à une autre entité disposent également des droits découlant des art. 333 et 333a CO. Les art. 28, 50 et 77 LFus prévoient en outre une sanction spécifique en cas de non-respect de la procédure de consultation : la représentation des travailleurs peut exiger du juge qu'il interdise l'inscription de l'opération (fusion, scission ou transfert de patrimoine) au registre du commerce.

L'art. 333b CO, entré en vigueur le 1er janvier 2014, vient préciser le régime du transfert d'entreprise en cas de faillite, de sursis concordataire ou de concordat par abandon d'actifs. Il permet à l'acquéreur de refuser le transfert des rapports de travail. Il n'instaure pas de droit de participation mais réserve une application par analogie des articles 333 et 333a CO, lorsque les contrats de travail sont effectivement transférés au reprenant.

iii. Licenciement collectif

115. L'article 335d CO définit la notion : par licenciement collectif, on entend les congés donnés dans une entreprise par l'employeur dans un délai de 30 jours pour des motifs non inhérents à la personne du travailleur et dont le nombre est au moins : égal à 10 dans les établissements employant habituellement plus de 20 et au moins de 100 travailleurs (ch. 1) ; de 10% du nombre des travailleurs dans les établissements employant habituellement au moins 100 et moins de 300 travailleurs (ch. 2) ; et égal à 30 dans les établissements employant habituellement au moins 300 travailleurs (ch. 3). En cas de licenciement collectif, les travailleurs bénéficient d'un droit à être consultés, le cas échéant, par l'intermédiaire de leurs représentants (art. 10 let. c LParticipation et art. 335f CO)[225]. Il s'agit de leur donner la possibilité de formuler des propositions afin d'éviter les congés, d'en diminuer le nombre ou d'en atténuer les conséquences (art. 335f al. 2 CO). L'employeur doit fournir tous les renseignements utiles et communiquer par écrit certains éléments (art. 335f al. 3). La communication écrite doit en outre être transmise à l'office cantonal du travail (art. 335f al. 4 CO). Lorsque la procédure de consultation n'a pas été respectée, les licenciements prononcés sont considérés comme abusifs au sens de l'art. 336 al. 2 let. c CO et donnent lieu à une indemnité en faveur de chaque travailleur licencié pouvant se monter à deux mois de salaire maximum (art. 336a al. 3 CO). Il suffit qu'une seule des conditions prévues à l'art. 335f CO ne soit pas respectée par l'employeur pour que les licenciements soient jugés abusifs[226].

---

222 CHENAUX/MARTIN, N 8 *ad* art. 333a CO.

223 CHENAUX/MARTIN, N 8 *ad* art. 333a CO.

224 ATF 137 V 463, c. 4.4.

225 BRÜHWILER, N 2 *ad* art. 335f CO.

226 WYLER/HEINZER, p. 642.

L'employeur doit examiner de bonne foi les observations des travailleurs ou de leur représentation[227]. Il est ensuite tenu de notifier tout projet de licenciement collectif à l'office cantonal du travail et d'en transmettre une copie à la représentation des travailleurs ou, à défaut de représentation, aux travailleurs eux-mêmes (art. 335g al. 1 CO). La notification doit contenir les résultats de consultation de la représentation des travailleurs, ainsi que tous les renseignements utiles concernant le projet de licenciement collectif (art. 335g al. 3 CO). L'office cantonal tente de trouver des solutions aux problèmes posés par le licenciement collectif. La représentation des travailleurs ou à défaut les travailleurs peuvent faire des observations à l'office cantonal (art. 335g al. 3 CO). Les congés ne peuvent prendre effet au plus tôt que trente jours après la notification du projet à l'office compétent (art. 335g al. 4 CO). Par conséquent, à défaut de toute notification, les licenciements ne prennent pas effet[228].

116. Les dispositions sur le licenciement collectif ont été complétées par les articles 335h à 335k CO, entrés en vigueur au 1er janvier 2014, qui rendent obligatoire à certaines conditions la négociation d'un plan social Le plan social est une convention par laquelle l'employeur et les travailleurs fixent les moyens d'éviter les licenciements, d'en limiter le nombre ou d'en atténuer les conséquences (art. 335h al. 1 CO). Il ne doit pas mettre en danger l'existence de l'entreprise (art. 335h al. 2 CO). La négociation d'un plan social est obligatoire pour les employeurs occupant habituellement au moins 250 travailleurs et qui envisagent de licencier au moins 30 travailleurs pour des motifs de gestion « non inhérents à leur personne » (art. 335i al. 1 CO). Le cercle des interlocuteurs de l'employeur est défini dans la loi dans un ordre de préséance exclusive[229] : si l'employeur est partie à une CCT, il négociera le plan social avec les syndicats signataires (art. 335i al. 3 let. a CO) ; à défaut, le plan social sera négocié avec la représentation des travailleurs constituée conformément aux art. 5 ss LParticipation, ou, s'il n'en existe pas, avec les travailleurs eux-mêmes (art. 335i al. 3 let. b et c CO). Dans ce dernier cas, les travailleurs bénéficient d'un droit collectif de négociation pour l'exercice duquel ils doivent s'organiser. Cette compétence de négociation peut être déléguée à un ou plusieurs syndicats qui agiront au nom de la communauté des travailleurs[230]. Si les négociations n'aboutissent pas, le plan social est arrêté par un tribunal arbitral (art. 335j CO). Notons encore que l'obligation de négocier un plan social ne restreint pas la liberté de l'employeur de procéder au licenciement collectif : elle constitue en effet une conséquence et non une condition des licenciements[231].

iv. Prévoyance professionnelle

117. En matière de prévoyance professionnelle, les travailleurs ou, le cas échéant, leurs représentants, participent au choix de l'institution de prévoyance (art. 11 LPP[232]). Ce choix doit se faire d'entente avec le personnel ou sa représentation (al. 2). Il en va de même pour la résiliation de l'affiliation et la réaffiliation à une nouvelle institution de prévoyance par l'employeur (al. 3bis). En cas de désaccord entre l'employeur et les travailleurs ou leur représentation, la décision sera prise par un arbitre neutre (al. 3ter).

---

227 ATF 137 III 162, c. 2.

228 ATF 132 III 406.

229 WYLER/HEINZER, p. 560.

230 BRÜHWILER, N 3 *ad* art. 335i CO ; WYLER/HEINZER, p. 561.

231 WYLER/HEINZER, p. 560.

232 Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, RS 831.40.

Ce droit de codécision est contraignant pour la prévoyance obligatoire, mais pas pour la prévoyance sur-obligatoire (art. 49 LPP *a contrario*)[233].

Comme en matière de plan social, le droit de participation est ici plus important que dans les autres domaines. La loi donne en effet aux travailleurs un droit à la codécision[234], qui empêche l'employeur de prendre une décision sans l'accord de son personnel[235].

118. Une autre spécificité du domaine de la prévoyance professionnelle est qu'il est prévu que l'organe suprême des institutions de prévoyance soit composé paritairement (art. 51 LPP). Le conseil de fondation ou de l'établissement public doit ainsi être composé pour moitié de représentants de travailleurs. Dans ce cas, la représentation ne découle pas de la loi sur la participation, puisqu'il ne s'agit pas d'une représentation des travailleurs interne à l'entreprise[236]. Cette composition paritaire s'applique tant pour la prévoyance professionnelle obligatoire que pour la prévoyance professionnelle surobligatoire (art. 49 al. 2 ch. 7 LPP). L'organe suprême de l'institution de prévoyance a de nombreuses compétences définies à l'art. 51a LPP, notamment celle de définir le système de financement (art. 51a al. 2 let. a LPP).

v. Règlement d'entreprise

119. Un autre domaine dans lequel la loi prévoit une collaboration entre la représentation des travailleurs et l'employeur est celui du règlement d'entreprise. Selon l'art. 37 de la loi sur le travail, les entreprises industrielles sont tenues d'avoir un règlement d'entreprise, alors que les autres entreprises peuvent établir un tel règlement mais n'y sont pas obligées. L'entreprise qui rédige un règlement d'entreprise peut le faire unilatéralement, en consultant les travailleurs, ou convenir du règlement avec « une délégation librement élue par les travailleurs »[237]. Ce mécanisme n'est pas couvert par la loi sur la participation, mais quand une représentation des travailleurs a été élue sur la base des articles 5 à 7 LParticipation, elle peut valablement convenir du règlement avec l'employeur[238]. Si le règlement est édicté unilatéralement, il doit être soumis pour consultation par un affichage à un endroit bien en vue des travailleurs ou par sa distribution aux travailleurs[239]. Le règlement édicté unilatéralement doit contenir des dispositions sur la protection de la santé et la prévention des accidents (port de vêtements de protection, utilisation des vestiaires, procédure anti-harcèlement, etc.), et, si nécessaire, sur l'ordre intérieur et le comportement des travailleurs, sanctions disciplinaires à l'appui[240]. S'il est établi en commun avec la délégation du personnel, il peut également contenir d'autres dispositions réglant les rapports entre l'employeur et les travailleurs (organisation du travail et de l'entreprise, précision des droits de participation), pour autant que ces dispositions n'empiètent pas sur les matières usuellement réglées par convention collective[241]. La réglementation des conditions de

---

233 WYLER/HEINZER, p. 965 ; FRITZ/SCHULER, p. 69 ; GEISER, p. 48.

234 GEISER, p. 48.

235 GABATHULER, N 19, p. 132.

236 GEISER, p. 49.

237 Art. 37 al. 4 LTr.

238 Art. 67 OLT 1.

239 Art. 67 OLT 2.

240 Art. 38 al. 1 LTr.

241 Art. 38 al. 2 LTr.

travail par règlement d'entreprise est dès lors subsidiaire à la réglementation négociée dans une CCT[242]. Il est en effet reconnu qu'un syndicat, en tant qu'organisation indépendante de l'entreprise, est à même de négocier plus fermement les conditions de travail[243].

120. Il est toutefois à souligner que le règlement d'entreprise joue aujourd'hui un rôle insignifiant. Les entreprises qui n'y sont pas obligées y recourent très peu, alors que les entreprises industrielles, qui y sont tenues, se limitent généralement à édicter un règlement unilatéral calqué sur le modèle du SECO, qui ne comprend que des règles sur la protection de la santé et la prévention des accidents. Des règlements d'entreprise conclus conventionnellement avec les représentants de travailleurs n'existent quasiment pas dans la pratique[244].

c) Autres attributions découlant d'une convention collective ou d'un règlement d'entreprise

121. Avant l'édiction de la loi sur la participation déjà, certaines conventions collectives prévoyaient des droits de participation en faveur des travailleurs, notamment dans l'industrie. Les conventions collectives de travail peuvent soumettre des objets supplémentaires à la participation des travailleurs.

122. De même, l'employeur peut encore assigner des tâches à la représentation des travailleurs, que ce soit par l'édiction unilatérale d'un règlement d'entreprise ou par accord conclu avec la représentation des travailleurs. Le règlement d'entreprise unilatéral permettant de prévoir des règles sur la protection de la santé et la sécurité au travail, un tel règlement pourrait donc compléter les règles de participation dans ces domaines. Comme nous l'avons vu toutefois, l'instrument du règlement d'entreprise négocié est très peu, voire pas du tout utilisé dans la pratique.

4. La désignation des représentants et les droits des travailleurs élus à la représentation

a) La désignation de représentants

123. La loi permet aux travailleurs engagés par des entreprises occupant au moins 50 travailleurs d'élire parmi eux des représentants, regroupés en une ou plusieurs représentations (art. 3 LParticipation).

La représentation des travailleurs n'est donc pas instituée automatiquement, mais sous l'impulsion des travailleurs. A la demande d'un cinquième du personnel, des votations sont organisées pour déterminer si la majorité du personnel souhaite se doter d'une représentation (art. 5 LParticipation). Le cas échéant, des élections devront être organisées pour désigner les représentants.

Aux termes de l'art. 6 LParticipation les élections sont générales et libres. A la demande d'un cinquième des travailleurs, l'élection se déroule à bulletin secret. Elle doit respecter les principes démocratiques[245].

---

242 VISCHER, LTr, N 42 *ad* art. 38 LTr, p. 493.

243 PORTMANN/STÖCKLI, N 1229, p. 356.

244 VISCHER, LTr, N 8 et 9 *ad* art. 37 LTr, p. 473.

245 Message, FF 1992 V 630.

Les représentants sont choisis parmi les travailleurs (art. 3 LParticipation). Cela exclut la candidature de tiers à l'entreprise (syndicaliste, sous-traitant, mandataires) ou de personnes assimilables à l'employeur (directeur ou autre employé à fonction dirigeante élevée)[246].

124. La durée du mandat n'est pas déterminée par la loi. Les parties sont donc libres de convenir d'une durée, voire de n'en point fixer. La doctrine estime qu'en cas de départ de l'entreprise, le mandat cesse *de facto*, le représentant élu ne remplissant plus les conditions d'éligibilité.

b) Droits des travailleurs élus à la représentation

125. S'ils se voient confier des attributions spécifiques en matière de participation, les travailleurs qui sont élus par leurs collègues pour les représenter bénéficient de certains droits permettant d'exercer les attributions qui leur sont confiées. Ils ont en particulier le droit d'être informés convenablement sur les éléments qui sont nécessaires à l'exercice de leur mandat, de prendre position sur les questions pour lesquelles ils sont consultés et d'organiser des assemblées du personnel pour informer leurs collègues et recueillir leurs points de vue.

126. La loi sur la participation prévoit que les représentants des travailleurs peuvent exercer leur mandat durant les heures de travail à condition que ce mandat l'exige et que leurs activités professionnelles le permettent[247]. La doctrine estime que le temps nécessaire à l'exécution du mandat dépend des circonstances. « Il comprend les temps nécessaires à la formation des représentants dans les domaines pour lesquels ils peuvent être amenés à être informés ou consultés, à l'examen des informations qui sont transmises par l'employeur, à la préparation des propositions dans le cadre des procédures de consultation, à l'information régulière au personnel sur l'exercice de leur mandat, à l'exercice spontané et régulier de leurs missions, à la préparation de ces opérations »[248]. En période paisible, cette durée devrait correspondre à deux demi-journées mensuelles, alors qu'en cas de consultations importantes, par exemple lors d'un licenciement collectif ou un transfert d'entreprise, ce temps devrait être augmenté[249].

127. En outre, selon l'art. 12 LParticipation, l'employeur n'a pas le droit d'empêcher les représentants des travailleurs d'exercer leur mandat (al. 1). Il ne doit en outre « pas défavoriser les représentants des travailleurs, pendant ou après leur mandat, en raison de l'exercice de cette activité. Cette protection est aussi étendue aux personnes se portant candidates à l'élection dans une représentation des travailleurs » (al. 2).

On verra encore, plus loin, que ces représentants bénéficient d'une protection spécifique contre le licenciement (voir ci-dessous, n^{os} 329 ss).

Notons encore que les partenaires sociaux peuvent, par convention collective, étendre les droits des représentants élus.

---

246 SUBILIA/DUC, N 4 *ad* art. 6 LParticipation, pp. 1066 s. ; GABATHULER, N 8, pp. 127 s.

247 Art. 13 LParticipation.

248 WYLER/HEINZER, p. 976.

249 WYLER/HEINZER, pp. 976 s.

5. Conclusions sur la représentation légale

128. L'énumération des différentes attributions de la représentation légale des travailleurs nous permet de dégager quelques principes sur le rôle général des représentants élus.

Tout d'abord, il est nécessaire de bien distinguer entre les droits de participation, qui concernent tous les salariés des entreprises privées, et le droit de ces salariés de faire valoir leurs droits à travers une représentation, qui n'est impératif que pour les entreprises occupant plus de 50 travailleurs et pour autant que les travailleurs en aient fait la demande.

Les droits de participation sont reconnus aux travailleurs pour des domaines dans lesquels ils sont des plus concernés : santé et sécurité au travail, horaires de travail, transfert du contrat à un tiers (= changement d'employeur), licenciement collectif, plan social, prévoyance professionnelle, etc.

Ils sont en principe plus étendus dans les domaines dans lesquels les intérêts de l'employeur ont moins de poids dans la balance.

Ainsi, un simple droit à l'information est prévu concernant les conséquences de la marche des affaires sur l'emploi, le transfert des rapports de travail sans autres mesures.

Un droit à être consulté est prévu en cas de licenciements collectifs, en matière de santé et de sécurité, ainsi qu'en ce qui concerne les horaires spéciaux et notamment le travail de nuit.

Les travailleurs ont en revanche un droit à la codécision s'agissant de l'affiliation à une institution de prévoyance professionnelle et en cas d'établissement d'un plan social obligatoire.

Le rôle de la représentation du personnel est par ailleurs souvent subsidiaire à celui des organisations syndicales professionnelles. Le plan social est ainsi négocié en premier lieu par un syndicat partenaire de l'employeur si ce dernier a conclu une convention collective. En outre, un règlement d'entreprise négocié avec des représentants des travailleurs ne peut régler des questions qui sont usuellement réglées dans la branche par convention collective.

E. Conclusions intermédiaires : les notions pertinentes pour le présent avis en matière de représentation des travailleurs

1. Introduction

129. Selon le mandat, la recherche doit prendre en compte « toutes les formes existantes de représentation des travailleurs », qu'il s'agisse de travailleurs élus par leurs pairs au sein de l'entreprise ou de représentants syndicaux dans l'entreprise et dans des organes à composition paritaire.

Il semble important aux auteurs soussignés de déterminer qui sont les « représentants des travailleurs au sens large » afin de clarifier d'emblée quelles sont les personnes visées par la présente étude.

2. Les catégories de représentants des travailleurs retenues dans l'étude

130. Nous proposons de classer les différentes catégories mentionnées dans le mandat de la manière suivante :

- les représentants syndicaux, à savoir :
  - o les délégués syndicaux (a),
  - o les personnes de confiance (b),
  - o les représentants syndicaux dans des organes à composition paritaire externes à l'entreprise (c) ;
- les représentants élus des travailleurs au sein d'une commission du personnel ou d'autres instances dotées d'une représentation (d).

Nous reprendrons ici, pour les analyser, brièvement chacune de ces catégories.

a) Les délégués syndicaux

131. Le terme « délégué syndical » ou « représentants syndical » est utilisé en pratique pour qualifier des activités et statuts assez divers. Il peut désigner une fonction du travailleur syndiqué à l'interne du syndicat (représentant des travailleurs au sein des organes internes du syndicat) ou une fonction du travailleur syndiqué dans le cadre de son emploi, c'est-à-dire au sein de l'entreprise dans laquelle il travaille (représentant du syndicat dans l'entreprise, auprès de ses collègues et vis-à-vis de l'employeur).

Les délégués syndicaux peuvent tout d'abord être des membres du syndicat qui sont chargés, au sein du syndicat, d'un mandat politique. Ils représentent certains groupes d'intérêts (secteurs économiques, régions, langues, femmes, migrants, etc.)[250]. Ils participent pour ainsi dire à la formation démocratique de la volonté du syndicat, en prenant part à l'assemblée des délégués[251], qui représente le « parlement du syndicat ». Un tel organe permet de ne pas avoir à réunir l'organe suprême (le congrès) chaque année, mais de manière plus espacée[252]. Ce statut de délégué syndical n'a pas, en soi, de portée propre au sein de l'entreprise, si ce n'est qu'il s'agira probablement de personnes concernées par la cause syndicale. Il est en revanche possible que les partenaires sociaux accordent des facilités aux délégués, par exemple des congés pour participer à des réunions syndicales. C'est notamment le cas dans la CCT des industries horlogère et microtechnique[253].

Sont également appelés délégués syndicaux les travailleurs qui représentent les intérêts du syndicat au sein de l'entreprise. Une CCT ou un accord avec l'entreprise peut ainsi prévoir que des délégués syndicaux soient désignés par le syndicat parmi les travailleurs de l'entreprise[254]. Dans la CCT des industries horlogère et microtechnique suisses par exemple[255], les partenaires sociaux ont convenu qu'un ou plusieurs délégués syndicaux peuvent être désignés par le syndicat, d'entente avec la direction de l'entreprise. Selon cette CCT, les délégués sont en premier lieu choisis au sein de la commission du personnel, pour autant qu'une telle commission existe dans l'entreprise. Le rôle des délégués syndicaux consiste en l'espèce à informer les nouveaux collaborateurs des droits découlant de la CCT, à afficher dans l'entreprise, d'entente avec la direction, des avis syndicaux et à mettre à disposition des travailleurs des brochures et autres bulletins d'information.

---

250 Art. 23 al. 1 des statuts d'Unia ; art. 8.3 des statuts de Syna.

251 Cf. art. 14 à 21 des statuts de l'ASEB, art. 26 à 28 des statuts d'Unia ; art. 30 et 31 des statuts de Syndicom.

252 Art. 28 des statuts de Syndicom (tous les trois ans) ; art. 22 des statuts d'Unia (tous les quatre ans), art. 8.2.3 des statuts de Syna (tous les quatre ans).

253 Art. 5 CCT-IHM.

254 SCHWAAB, Licenciement, p. 43

255 Art. 4.6 CCT-IHM.

Les délégués syndicaux font partie des représentants des travailleurs au sens large et sont donc pleinement concernés par notre étude. On différenciera cependant les délégués qui sont employés par les entreprises de ceux qui sont des employés des syndicats. Les premiers nous intéresseront autant quant aux aspects de droit collectif et de droit de la protection contre les licenciements, alors que pour les seconds, seul l'aspect du droit collectif sera pertinent.

b) Les personnes de confiance

132. Le terme de personne de confiance est également utilisé à plusieurs titres dans le monde du travail.

On connaît d'une part les personnes de confiance des syndicats dans les entreprises. Ce sont des travailleurs ayant des contacts privilégiés avec leur syndicat. Les syndicats les qualifient de « membres particulièrement actifs »[256]. Il s'agit donc de militants qui s'engagent pour la cause syndicale par exemple en endossant un mandat au sein de l'organisation (par opposition à des membres « passifs », qui se contenteraient de payer leurs cotisations et de bénéficier des prestations). Les personnes de confiance permettent notamment au syndicat d'être informé d'éventuels problèmes au sein de l'entreprise. Le syndicat Unia a lancé en 2010 la campagne « Unia Forte », qui vise à renforcer le rôle et le nombre des personnes de confiance[257]. Etant donné que la personne de confiance est surtout active à l'interne du syndicat, le statut de personne de confiance n'est pas forcément connu de l'employeur. Certaines CCT prévoient la désignation par les syndicats de personnes de confiance[258].

Parfois, le travailleur désigné comme personne de confiance remplit un rôle de délégué syndical au sein de l'entreprise, en informant le personnel des débats syndicaux, en distribuant la documentation correspondante, en accueillant les personnes nouvellement engagées et en recrutant de nouveaux membres[259]. Aux sens mentionnés ci-dessus, les personnes de confiance font pleinement partie du champ d'investigation de notre étude.

133. Ne font en revanche pas partie du champ d'analyse de notre étude les personnes de confiance agissant au titre d'intervenants internes ou externes à l'entreprise, qui ont généralement un rôle de prévention ou de résolution, voire de médiation, des conflits qui naissent à l'intérieur d'une entreprise, en cas de *mobbing* ou de harcèlement sexuel, par exemple[260]. La désignation d'une telle personne de confiance est recommandée par le SECO[261] et le Bureau fédéral de l'égalité[262] sur la base des

---

256 FAHRNI, Die Kulturrevolution, *in* Workzeitung, 2 décembre 2010 : « Vertrauensleute heissen die besonders aktiven Gewerkschafterinnen und Gewerkschafter. Weil sie das Vertrauen ihrer Kolleginnen und Kollegen geniessen, wenn es darum geht, bessere Arbeitsbedingungen zu erkämpfen. Oder Arbeitsplätze zu verteidigen ».

257 Cf. UNIA, Renforcement des militant-e-s d'Unia – le grand défi, Berne 2011.

258 Par exemple, art. 111 CCT de l'industrie graphique.

259 Cf. le site internet de l'Association suisse des employés de banque, à propos des « contactor SBPV », à savoir les « personnes de confiance dans le monde bancaire », qui représentent « l'interlocuteur des employés » au lieu de travail ; http://www.aseb.ch/qui-sommes-nous/contactor-aseb/ (consulté le 22 décembre 2014).

260 Sur la notion de personne de confiance dans le contexte des conflits interpersonnels dans l'entreprise, cf. DUNAND/TORNARE, pp. 151 ss.

261 SECO, Mobbing et autres formes de harcèlement et protection de l'intégrité personnelle au travail, Berne 2014.

262 BFEG, Information à l'intention des employeuses et des employeurs, Berne 2008.

articles 6 LTr, 2 OLT 3 et 5 al. 3 LEg. L'inspectorat du travail peut l'imposer si une entreprise ne démontre pas avoir pris des mesures équivalentes pour prévenir les conflits[263]. La CCT de l'horlogerie prévoit pour sa part qu'une personne de confiance puisse être désignée « pour recevoir les plaintes en matière de harcèlement sexuel » (art. 9.3 CCT-IHM). Une telle fonction correspond donc plus à un rôle de médiateur (ou d'intermédiaire) entre la victime et la direction, permettant à celle-là de se confier plus librement que si elle avait à le faire auprès de sa hiérarchie. Il s'agit d'une mesure de protection de la personnalité des travailleurs qui n'est pas immédiatement liée à la présence d'un syndicat. D'ailleurs, la CCT-IHM ne prévoit pas que la personne de confiance soit membre d'un syndicat.

c) Les représentants syndicaux siégeant dans des organes à composition paritaire

134. Nous intégrerons également dans le champ d'investigation de notre étude les représentants syndicaux qui siègent dans des organes à composition paritaire, c'est-à-dire des commissions formées de représentants des différentes parties intéressées. En effet, la place importante accordée au partenariat social dans l'établissement des conditions de travail implique que des personnes représentent les intérêts des travailleurs dans les discussions entre partenaires sociaux.

Des commissions paritaires sont notamment instituées par l'Etat dans certains domaines du droit du travail. Etant composées de représentants des travailleurs, de représentants des employeurs et de représentants de l'Etat, elles sont appelées commissions tripartites. De telles commissions doivent notamment être mises en place, comme on l'a vu (n^{os} 85 ss), par chaque canton et par la Confédération en vertu de l'art. 360b CO (mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes). Elles sont chargées de surveiller le marché du travail et peuvent, en cas de sous-enchère salariale abusive et répétée, proposer l'édiction d'un contrat-type de travail.

La liste des membres des commissions tripartites cantonales compétentes pour les questions des mesures d'accompagnement est disponible sur le site du SECO[264]. On y constate que les personnes qui siègent comme représentants des salariés dans les commissions tripartites sont généralement des syndicalistes professionnels (juristes ou secrétaires syndicaux), soit des personnes directement engagées et salariées par le syndicat qu'elles représentent. La loi n'exclut cependant pas que des travailleurs déployant une activité syndicale accessoire soient également nommés.

135. Les cantons sont également tenus d'instituer une commission tripartite en vertu de l'art. 85d LACI[265] (conseils aux offices régionaux de placement et approbation de décisions de ces offices relatives à la déclaration d'un travail convenable lorsque le gain est inférieur à 70% du gain assuré). Les cantons confient parfois ces tâches à la même commission tripartite que celle instituée en matière de mesures d'accompagnement[266].

En matière de prévoyance professionnelle, la loi exige que l'organe suprême de l'institution de prévoyance (fondation, coopérative ou institution de droit public) soit composé de manière paritaire de représentants des salariés et des employeurs[267]. Les

---

263 TF 2C_462/2011, du 9 mai 2012, c. 4.2.

264 http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00448/00449/00450/index.html?lang=fr.

265 Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (RS 837.0)

266 Cf. les règlements jurassiens et bernois de la commission tripartite.

267 Art. 51 al. 1 LPP.

représentants des travailleurs sont désignés soit directement par les assurés, soit par l'intermédiaire de délégués[268]. Dans les cas où une telle désignation s'avère problématique (institutions collectives), l'autorité de surveillance peut autoriser un autre mode de représentation[269].

On peut encore mentionner dans cette rubrique les représentants des travailleurs siégeant au sein d'autorités judiciaires ou administratives, comme les autorités de conciliation (offices de conciliation des conflits collectifs selon la loi sur les fabriques, autorités de conciliation au sens du Code de procédure civile), les tribunaux étatiques (tribunaux de prud'hommes, tribunaux ordinaires à composition spéciale pour les affaires relevant du droit du travail selon l'organisation judiciaire cantonale, etc.) ou encore les tribunaux arbitraux institués par une convention collective de travail[270]. Ces personnes représentent le point de vue des travailleurs dans des autorités collégiales, généralement présidées par un magistrat neutre. Elles tranchent ou concilient les litiges qui leur sont soumis.

d) Les représentants élus des travailleurs au sein d'une commission du personnel ou d'autres instances dotées d'une représentation

136. Enfin, les représentants élus des travailleurs font évidemment pleinement partie du champ de notre étude. Les représentants élus des travailleurs défendent, face à l'employeur, certains intérêts collectifs des travailleurs au sein de l'entreprise. Ils siègent au sein de la représentation des travailleurs, que l'on nomme parfois commission du personnel[271].

Le statut des représentants élus des travailleurs découle de la loi sur la participation. Il en ressort notamment qu'une représentation des travailleurs doit être instituée si l'entreprise concernée compte plus de 50 travailleurs[272], que 20% des travailleurs en font la demande (100 travailleurs dans les entreprises de plus de 500 travailleurs) et que suite à cette demande, la majorité des travailleurs se prononce en faveur de la tenue d'élections. Les attributions des représentants élus sont quant à elles définies par des lois spéciales ou par les conventions collectives de travail, comme on l'a vu (n^{os} 106 à 121).

---

268 Art. 51 al. 3 LPP.

269 *Ibid*.

270 Par exemple, art. 24 CCT-IHM.

271 La terminologie utilisée dans la pratique est toutefois peu précise. Cf. SUBILIA/DUC, N 8-12 *ad* art. 3 LParticipation.

272 Ce qui représente 1,5% de l'ensemble des entreprises : OFS, Statistique structurelle des entreprises STATENT 2011.

III. La protection des représentants des travailleurs en droit international

A. Introduction : démarche et plan de la troisième partie

137. Comme annoncé, la troisième partie de l'étude cherchera à établir un inventaire des garanties offertes par le droit international en ce qui concerne la protection de la liberté syndicale des travailleurs, le droit de négociation collective et le droit de grève, afin de déterminer les standards en la matière, tels qu'ils résultent des dispositions qui lient la Suisse. Nous analyserons à cet effet principalement, après cette brève introduction, les normes pertinentes de l'Organisation internationale du travail, en examinant les textes des traités eux-mêmes, la jurisprudence qui s'y réfère ainsi que la pratique des organes compétents (lettre B ci-après). Nous ferons de même, ensuite, avec les deux Pactes de l'ONU (lettre C) et le droit du Conseil de l'Europe, spécialement la Convention européenne des droits de l'homme, mais aussi, dans une moindre mesure, la Suisse n'étant pas directement liée, la Charte sociale européenne (lettre D). L'idée est de pouvoir ainsi dégager, à titre de conclusions intermédiaires, une vision synthétique de la protection des représentants des travailleurs – et des exigences que celle-ci implique – en droit international (lettre E).

B. Le droit de l'Organisation internationale du travail (OIT) : les Conventions n^{os} 87 et 98

1. Remarques liminaires : rôle de l'OIT et de ses conventions en général

138. L'Organisation internationale du travail (OIT) a été créée en 1919. Elle est devenue en 1946 la première institution spécialisée du système des Nations Unies.

Au sens de sa Constitution, cette organisation internationale a été créée notamment en vue d'améliorer les conditions de travail et de promouvoir la liberté syndicale au sein des Etats membres[273]. Elle est chargée d'élaborer les normes internationales du travail et d'en superviser l'application[274]. Ces normes internationales définissent des standards minimaux à respecter.

139. L'OIT est une organisation internationale qui fonctionne de manière tripartite. Les Etats membres, les syndicats et les organisations patronales en forment les organes et participent à toutes les décisions de l'organisation. Les organes de l'OIT (art. 2 Constitution de l'OIT) sont constitués d'une Conférence générale des représentants des Membres de l'organisation, d'un Conseil d'administration regroupant des représentants des Etats parties, des employeurs et des travailleurs (56 personnes au total, art. 7 Constitution de l'OIT), et du Bureau International du Travail (BIT, art. 10 Constitution de l'OIT), qui a entre autres pour rôle d'assurer « la centralisation et la distribution de toutes informations concernant la réglementation internationale de la

---

273 Préambule de la Constitution de l'Organisation internationale du travail du 28 juin 1919 dans sa nouvelle teneur selon l'Instrument pour l'amendement de la Constitution de l'Organisation internationale du travail, du 9 octobre 1946, entré en vigueur pour la Suisse le 20 avril 1948 (RS 0.820.1).

274 Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du travail, annexée à la Constitution de l'Organisation internationale du Travail du 28 juin 1919 dans sa nouvelle teneur selon l'Instrument pour l'amendement de la Constitution de l'Organisation internationale du travail, du 9 octobre 1946, entré en vigueur pour la Suisse le 20 avril 1948 (RS 0.820.1).

condition des travailleurs et du régime du travail et, en particulier, l'étude des questions qu'il est proposé de soumettre aux discussions de la Conférence en vue de la conclusion des conventions internationales, ainsi que l'exécution de toutes enquêtes spéciales prescrites par la Conférence ou par le Conseil d'administration » (art. 10 ch. 1). Enfin, le Comité de la liberté syndicale, institué en 1951, est chargé d'examiner les plaintes portant sur les prétendues violations des principes de la liberté syndicale, même si l'État en cause n'a pas ratifié les conventions s'y rapportant.

140. Parmi les normes adoptées par l'OIT, huit conventions sont considérées comme « fondamentales » (on parle, en anglais, de *core conventions*), et quatre autres de « prioritaires », en ce sens qu'elles traitent de questions relevant des principes et des droits fondamentaux dans le domaine du travail[275]. Les Conventions n^{os} 87 et 98, qui nous intéressent ici, font partie de ces conventions « fondamentales »[276].

141. La nature des conventions et recommandations présentées aux Etats membres découle de l'art. 19 de la Constitution de l'OIT et plus particulièrement de ses ch. 5 et 6.

Les conventions, adoptées par la Conférence générale et proposées à la ratification, ont le même effet que n'importe quelle autre convention internationale une fois ratifiée à l'interne. L'Etat partie devra prendre toutes « mesures qui seront nécessaires pour rendre effectives les dispositions de ladite convention »[277]. L'absence de ratification formelle aura pour conséquence que l'Etat n'est pas tenu par les obligations de la convention non ratifiée « si ce n'est qu'il devra faire rapport au Directeur général du Bureau international du Travail, à des périodes appropriées, selon ce que décidera le Conseil d'administration, sur l'état de sa législation et sur sa pratique concernant la question qui fait l'objet de la convention, en précisant dans quelle mesure l'on a donné suite ou l'on se propose de donner suite à toute disposition de la convention par voie législative, par voie administrative, par voie de contrats collectifs ou par toute autre voie, et en exposant quelles difficultés empêchent ou retardent la ratification d'une telle convention »[278].

S'agissant des recommandations, les Etats doivent les soumettre aux autorités compétentes afin qu'elles soient intégrées soit par le biais de la législation, soit par d'autres moyens. La seule autre obligation faite aux Etats, en plus de la soumission aux autorités, est le devoir de faire « rapport au Directeur général du Bureau international du Travail, à des périodes appropriées, selon ce que décidera le Conseil d'administration, sur l'état de leur législation et sur leur pratique concernant la question qui fait l'objet de la recommandation, en précisant dans quelle mesure l'on a donné suite ou l'on se propose de donner suite à toutes dispositions de la recommandation et en indiquant les modifications de ces dispositions qui semblent ou pourront sembler nécessaires pour leur permettre de l'adopter ou de l'appliquer »[279].

---

275 Selon SCHWAAB, il est admis « que les 8 conventions fondamentales font partie des droits humains fondamentaux, qui doivent être respectées par tous les Etats membres de l'OIT, y compris par ceux qui ne les ont pas ratifiées». Cf. SCHWAAB, Jusletter 2011, N 2 et 3, p. 2, qui précise que la Suisse a ratifié toutes les conventions « fondamentales », mais pas toutes les « prioritaires ». Cf. également art. 2 de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, du 18 juin 1998.

276 Pour la liste des autres conventions fondamentales, voir notamment KÄLIN/KÜNZLI, Universeller Menschenrechtsschutz, N 1271, p. 506.

277 Constitution de l'Organisation internationale du travail, art. 19 ch. 5 let. d.

278 *Ibid.*, art. 19 ch. 5 let. e.

279 *Ibid.*, art. 19 ch. 6 let. d.

142. La Suisse est membre de l'OIT depuis sa création. Elle a ratifié les huit conventions fondamentales, dont notamment la Convention n° 87 « concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical » et la Convention n° 98 « concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective », les deux conventions qui sont spécialement pertinentes pour la présente étude, en ce qu'elles constituent la base de la liberté syndicale dans le contexte du droit international du travail de l'OIT[280].

La Convention n° 87 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical (ci-après : Convention n° 87), conclue le 9 juillet 1948, a été ratifiée par la Suisse le 25 mars 1975, avec effet au 25 mars 1976 (RS 0.822.719.7), la Convention n° 98 concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective (ci-après : Convention n° 98), conclue le 1er juillet 1949, a été ratifiée le 17 août 1999, avec effet au 17 août 2000 (RS 0.822.719.9).

2. Les Conventions nos 87 et 98 : les textes pertinents, les titulaires et l'étendue de la protection

143. Comme indiqué, les deux Conventions nos 87 et 98 constituent les deux textes principalement pertinents dans le contexte de la présente étude. On examinera donc brièvement, ci-après, les dispositions topiques de chacune d'elles, avant d'étudier par la suite (chiffre 3), de manière plus approfondie et détaillée, l'interprétation qui leur est donnée.

a) La Convention n° 87

144. Les articles 2, 3, 10 et 11 de la Convention n° 87 sont principalement pertinents dans le contexte de la présente étude. L'art. 2 prévoit que les travailleurs et les employeurs, sans distinction d'aucune sorte, ont le droit, sans autorisation préalable, de constituer des organisations de leur choix, tout comme de s'affilier à ces organisations, à la seule condition de se conformer aux statuts de ces dernières.

L'art. 3 garantit aux organisations de travailleurs et d'employeurs le droit d'élaborer leurs statuts et règlements administratifs, d'élire librement leurs représentants, d'organiser leur gestion et leur activité, et de formuler leur programme d'action. Il crée, de plus, un devoir d'abstention pour les autorités publiques quant aux interventions de nature à limiter ce droit ou à en entraver l'exercice légal.

L'art. 10 indique la signification du terme « organisation », lequel doit être compris comme s'entendant de « toute organisation de travailleurs ou d'employeurs ayant pour but de promouvoir et de défendre les intérêts des travailleurs ou des employeurs ».

Enfin, l'art. 11 prévoit que tout Membre de l'Organisation internationale du travail pour lequel la convention est en vigueur s'engage à prendre toutes mesures nécessaires et appropriées en vue d'assurer aux travailleurs et aux employeurs le libre exercice du droit syndical.

145. Sont titulaires de la liberté syndicale, au sens de la Convention n° 87, les travailleurs et les employeurs (art. 2) ainsi que les organisations « de travailleurs ou d'employeurs ayant pour but de promouvoir et de défendre les intérêts des travailleurs ou des

---

280 Dans un avis de droit de mars 2006, l'Office fédéral de la justice note que la « protection de la liberté syndicale revêt en effet une importance primordiale dans la mesure où elle constitue une condition préalable et indispensable à la promotion et au respect effectif des autres conventions et recommandations de l'OIT ». Cf. OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, JAAC 70.94.

employeurs » (art. 3 et 10). Tandis que l'art. 2 garantit la *liberté syndicale individuelle*, l'art. 3 protège la *liberté syndicale collective*[281].

La Convention n° 87 n'évoque toutefois pas explicitement les délégués syndicaux ou représentants élus des travailleurs ; elle s'applique en principe à tous les travailleurs (et employeurs).

146. En ce qui concerne l'étendue de la protection, la Convention n° 87 concerne donc la liberté syndicale et la protection du droit syndical. Elle engage les Etats signataires à protéger le droit syndical et, on l'a dit, à « prendre toutes mesures nécessaires et appropriées » en vue d'assurer aux travailleurs et aux employeurs le libre exercice de ce droit (art. 11).

L'art. 2 n'évoque cependant que le droit d'adhérer à des organisations de travailleurs et d'employeurs, ce qui correspond à la *liberté syndicale positive*[282]. Le droit de ne pas adhérer à ces organisations n'est par contre pas mentionné explicitement. SUSANNE KUSTER ZÜRCHER relève que « le Comité de la liberté syndicale, ainsi que la Commission d'experts de l'OIT, n'ont pour l'instant pas développé la notion de *liberté syndicale négative* » (mise en évidence ajoutée)[283]. La Convention n° 87 n'englobe ainsi que les aspects de la liberté syndicale positive.

147. Pour les travailleurs et les employeurs protégés, ce droit implique le droit de créer des organisations et le droit d'adhérer à des organisations existantes (art. 2). Pour les organisations de travailleurs et d'employeurs, il implique le droit déterminer leur fonctionnement interne, d'élire librement leurs représentants, d'organiser leur gestion et leur activité, et de formuler leur programme d'action (art. 3 ch. 1). Selon SUSANNE KUSTER ZÜRCHER, le « droit de libre activité entraîne aussi un libre droit d'accès des fonctionnaires syndicaux aux lieux de travail »[284]. Les autorités publiques doivent s'abstenir de toute intervention de nature à limiter ce droit ou à en entraver l'exercice légal (art. 3 ch. 2).

Nous aborderons de manière plus précise les divers mécanismes et moyens d'action collectifs spécifiques garantis par la Convention n° 87 dans la subdivision concernant la pratique du Comité de la liberté syndicale (chiffre 3, n°s 150 ss ci-dessous).

b) La Convention n° 98

148. Les articles 1, 2 et 4 de la Convention n° 98 sont pertinents dans le cadre de la présente étude.

L'art. 1 prévoit que les travailleurs doivent bénéficier d'une protection adéquate contre tous actes de discrimination tendant à porter atteinte à la liberté syndicale en matière d'emploi. Cette protection doit s'appliquer concernant les actes ayant pour but de « subordonner l'emploi d'un travailleur à la condition qu'il ne s'affilie pas à un syndicat ou cesse de faire partie d'un syndicat » et de « congédier un travailleur ou lui porter préjudice par tous autres moyens, en raison de son affiliation syndicale ou de sa

---

281 Pour la liberté syndicale collective, cf. également les art. 4 à 6 de la Convention n° 87.

282 KUSTER ZÜRCHER, p. 62, N 14.

283 KUSTER ZÜRCHER, p. 62, N 14. Cf. toutefois COMITÉ DE LA LIBERTÉ SYNDICALE, *La liberté syndicale - Recueil de décisions et de principes*, 5ème édition, Genève 2006, N 736, où le Comité semble avoir fait allusion indirectement à la liberté syndicale négative.

284 KUSTER ZÜRCHER, p. 63, N 15.

participation à des activités syndicales en dehors des heures de travail ou, avec le consentement de l'employeur, durant les heures de travail ».

L'art. 2 énonce pour sa part en son ch. 1 que « les organisations de travailleurs et d'employeurs doivent bénéficier d'une protection adéquate contre tous actes d'ingérence des unes à l'égard des autres, soit directement, soit par leurs agents ou membres, dans leur formation, leur fonctionnement et leur administration » ; le chiffre 2 précise que « sont notamment assimilées à des actes d'ingérence au sens du présent article des mesures tendant à provoquer la création d'organisations de travailleurs dominées par un employeur ou une organisation d'employeurs, ou à soutenir des organisations de travailleurs par des moyens financiers ou autrement, dans le dessein de placer ces organisations sous le contrôle d'un employeur ou d'une organisation d'employeurs ».

Enfin l'art. 4 invite les Etats à prendre des mesures appropriées aux conditions nationales afin d'« encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures de négociation volontaire de conventions collectives entre les employeurs et les organisations d'employeurs d'une part, et les organisations de travailleurs d'autre part, en vue de régler par ce moyen les conditions d'emploi ».

149. Les titulaires de la protection découlant de la liberté syndicale contre tous actes de discrimination en matière d'emploi sont tout d'abord les travailleurs eux-mêmes (art. 1 ch. 1). L'art. 2 de la Convention n° 98 vise aussi les organisations de travailleurs et d'employeurs. La Convention concrétise ainsi la portée tant de la liberté syndicale *individuelle* que de la liberté syndicale *collective*[285]. En revanche, à l'instar de la Convention n° 87, la Convention n° 98 n'évoque pas explicitement les délégués syndicaux ou représentants élus des travailleurs.

150. Concernant l'étendue de la protection, la Convention n° 98 régit le droit syndical et la négociation collective. Selon PASCAL MOESCH, elle « vise à protéger la liberté syndicale contre les agissements du partenaire au contrat de travail, soit de l'employeur »[286]. RÉMY WYLER et BORIS HEINZER retiennent également que la Convention n° 98 vise à assurer

> « la protection de l'exercice du droit syndical par les travailleurs à l'égard des employeurs et de protéger les organisations de travailleurs et les organisations d'employeurs contre les atteintes des unes dirigées contre les autres, et non contre des mesures prises par l'Etat »[287].

L'art. 1 ch. 2 précise la notion d'actes de discrimination en matière d'emploi contre les travailleurs, en fournissant une liste exemplative de tels actes discriminatoires. Il s'agit notamment d'actes ayant pour but de subordonner l'emploi d'un travailleur à la condition qu'il ne s'affilie pas à un syndicat ou cesse de faire partie d'un syndicat (let. a), et de congédier un travailleur ou de lui porter préjudice par tous autres moyens, en raison de son affiliation syndicale ou de sa participation à des activités syndicales (let. b).

---

285 MOESCH, p. 541.

286 MOESCH, p. 541. Cf. également CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport sur les conventions et recommandations adoptées en 1995 et 1996 par la Conférence internationale du travail lors de ses 82ème et 83ème sessions et Message relatif à la convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949, et à la convention (n° 138) sur l'âge minimum d'admission à l'emploi, 1973, du 21 septembre 1998, FF 1999 475, p. 504.

287 WYLER/HEINZER, p. 15.

L'art. 2 ch.1 garantit aux organisations de travailleurs et d'employeurs une protection contre tous actes d'ingérence des unes à l'égard des autres dans leur formation, leur fonctionnement et leur administration.

L'art. 4, qui s'adresse directement aux Etats signataires, vise ainsi à promouvoir la négociation collective dans le respect de l'autonomie des parties[288].

Nous aborderons de manière plus précise dans la subdivision qui suit, et qui traite de la pratique du Comité de la liberté syndicale, les mécanismes et moyens d'action collectifs spécifiques garantis par la Convention n° 98.

3. L'interprétation des Conventions nos 87 et 98 : la pratique du Comité de la liberté syndicale

a) Généralités : statut et rôle du Comité de la liberté syndicale

151. Comme nous l'avons vu, la liberté syndicale est garantie par les Conventions nos 87 et 98. Les plaintes portant sur la violation de la liberté syndicale adressées à l'OIT sont traitées par un organe spécial, le Comité de la liberté syndicale (ci-après : le Comité)[289]. Ce Comité a été institué au sein du Conseil d'administration de l'OIT en 1951[290]. Il est chargé d'examiner les plaintes faisant état de violations des principes de la liberté syndicale garantie par les Conventions nos 87 et 98 ; et cela même si l'Etat en cause n'a pas ratifié les deux conventions.

152. Le Comité est composé de manière tripartite, comprenant trois représentants des gouvernements, trois représentants des employeurs et trois représentants des travailleurs. Les plaintes pour violation des Conventions nos 87 et 98 peuvent être déposées par des organisations de travailleurs ou d'employeurs contre un Etat membre de l'OIT. Le Comité traite les plaintes et, s'il conclut qu'il y a eu violation des normes ou des principes relatifs à la liberté syndicale, il prépare un rapport qu'il soumet au Conseil d'administration et formule ses recommandations à l'intention de l'Etat concerné sur la façon de remédier à la situation[291].

b) Le contenu de la pratique du Comité

i. Généralités

153. Dans sa pratique, le Comité s'est prononcé sur de nombreuses questions et sur différents mécanismes et moyens d'action collectifs garantis par les Conventions nos 87 et 98. Nous présenterons ci-après extensivement sa pratique, en suivant la systématique adoptée par le Comité lui-même dans le recueil de décisions et de principes qu'il a publié en 2006[292]. Nous regrouperons cependant ces décisions et

---

288 CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport précité (note 286), du 21 septembre 1998, FF 1999 475, p. 504.

289 Il existe un autre mécanisme de contrôle au sein de l'OIT qui doit être mentionné ici. Les Etats sont tenus de présenter périodiquement un rapport sur les mesures prises pour donner effet en droit et en pratique aux conventions qu'ils ont ratifiées. C'est la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'OIT qui examine les rapports gouvernementaux sur les conventions ratifiées. Cette commission peut faire des commentaires sur les rapports sous la forme d'observations et de demandes directes.

290 Sur l'historique et le développement des compétences du Comité de la liberté syndicale, cf. OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, JAAC 70.94.

291 SCHWAAB, Jusletter 2011, N 4 ; voir aussi, sur le mécanisme, DUNAND/DREYER, pp. 220-221.

292 COMITÉ DE LA LIBERTÉ SYNDICALE, *La liberté syndicale – Recueil de décisions et de principes*, 5ème édition, Genève 2006.

principes de manière thématique, en distinguant ce qui concerne, tout d'abord, le droit de constituer des organisations syndicales (ii), puis le droit de ces organisations de se gérer librement et d'exercer librement leurs activités (iii), le droit de négociation collective (iv), le droit de grève (v), la protection contre les discriminations antisyndicales (vi), la consultation des organisations de travailleurs et d'employeurs (vii), pour finir par les facilités à accorder aux représentants des travailleurs dans l'exercice de leur activité (viii). Avant d'examiner en détail les différents principes dégagés par le Comité dans ces domaines, il y lieu de faire encore quelques précisions d'ordre général.

154. Il paraît important de noter, en premier lieu, que les principes établis par les Conventions n^{os} 87 et 98 constituent une garantie *minimale*, qui peut être complétée par des garanties supplémentaires accordées par le droit interne[293]. Le Comité a précisé par ailleurs, à propos des relations entre les deux conventions de l'OIT qui nous intéressent, que « [r]ien dans la convention n^{o} 98 ni dans la convention n^{o} 151 n'indique l'intention de limiter la portée d'application de la convention n^{o} 87 » (N 1062).

155. Quant au rôle des syndicats, le Comité retient que leur mission fondamentale devrait être d'assurer le développement du bien-être économique et social de tous les travailleurs[294].

156. En ce qui concerne les droits syndicaux et les libertés publiques en général, le Comité a développé les thèmes des droits de réunion et de manifestation ainsi que de la liberté d'opinion et d'expression.

Dans le cadre du droit de réunion et de manifestation, il a conclu à ce que « [l]e droit des organisations professionnelles de tenir des réunions dans leurs propres locaux pour y examiner des questions professionnelles, sans autorisation préalable ni ingérence des autorités, constitue un élément essentiel de la liberté d'association » (N 130).

Pour la liberté d'opinion et expression, le Comité a retenu que « [l]e droit de grève et celui d'organiser des réunions syndicales sont des éléments essentiels du droit syndical, et les mesures prises par les autorités pour faire respecter la légalité ne devraient donc pas avoir pour effet d'empêcher les syndicats d'organiser des réunions à l'occasion des conflits du travail » (N 131). De même, le Comité estime que « [l]es travailleurs doivent pouvoir jouir du droit de manifestation pacifique pour défendre leurs intérêts professionnels » (N 133) et que « [l]e droit d'organiser des réunions publiques constitue un aspect important des droits syndicaux » (N 134).

157. Le comité a également traité de la liberté d'opinion et d'expression en lien avec l'activité des syndicats. Ainsi, il a considéré que « [l]e plein exercice des droits syndicaux exige la libre circulation des informations, des opinions et des idées, de sorte que les travailleurs et les employeurs, tout comme leurs organisations, devraient jouir de la liberté d'opinion et d'expression dans leurs réunions, publications et autres activités syndicales » (N 154). Dans le même ordre d'idée, « [l]e droit d'exprimer des opinions par la voie de la presse ou autrement est l'un des éléments essentiels des droits syndicaux » (N 155). Enfin, « [l]a pose du drapeau syndical lors des réunions sur les lieux de travail, l'installation de panneaux d'affichages syndicaux, la distribution des

---

293 COMITÉ DE LA LIBERTÉ SYNDICALE, N 22.

294 COMITÉ DE LA LIBERTÉ SYNDICALE, N 27.

nouvelles et des dépliants du syndicat et la signature de pétitions constituent des activités syndicales légitimes » (N 162).

ii. Le droit de constituer des organisations syndicales

158. Concernant le droit des travailleurs et des employeurs, sans distinction d'aucune sorte, de constituer des organisations, le Comité s'est prononcé de la façon suivante : « L'article 2 de la convention n° 87 entend consacrer le principe de la non-discrimination en matière syndicale et la formule "sans distinction d'aucune sorte", contenue dans cet article, signifie que la liberté syndicale est reconnue sans discrimination d'aucune sorte tenant à l'occupation, au sexe, à la couleur, à la race, aux croyances, à la nationalité, aux opinions politiques, etc., non seulement aux travailleurs du secteur privé de l'économie, mais aussi aux fonctionnaires et aux agents des services publics en général » (N 209).

159. Le Comité a également reconnu le droit des travailleurs et des employeurs de constituer des organisations sans autorisation préalable (N 272 par exemple), tout comme celui de constituer des organisations de leur choix et de s'y affilier.

Ainsi, dans ce dernier cas, il a précisé que « [l]e droit des travailleurs de constituer librement des organisations de leur choix et de s'y affilier ne peut être considéré comme existant que dans la mesure où il est effectivement reconnu et respecté tant en fait qu'en droit » (N 309), et que « [l]'importance du libre choix des travailleurs pour créer leurs organisations et s'y affilier est telle pour le respect de la liberté syndicale dans son ensemble que ce principe ne saurait souffrir de retard » (N 312). Il a ajouté en outre que « [l]es dispositions sur l'exigence d'un seul syndicat par entreprise, métier ou profession ne sont pas conformes à l'article 2 de la convention » (N 317).

160. Le Comité a également rappelé, toujours dans le cadre de la constitution d'organisations librement choisies et de la libre affiliation : « En faisant figurer les termes "organisations de leur choix" dans la convention n° 87, la Conférence internationale du Travail a reconnu que les intéressés pouvaient choisir entre plusieurs organisations d'employeurs et de travailleurs pour des raisons d'ordre professionnel, confessionnel ou politique, sans se prononcer sur la question de savoir si, dans l'intérêt des travailleurs et des employeurs, l'unité du mouvement syndical est ou non préférable au pluralisme syndical » (N 322). Et d'ajouter : « Le libre exercice du droit de constituer des syndicats et de s'y affilier implique la libre détermination de la structure et de la composition de ces syndicats » (N 333).

161. Enfin, le Comité s'est prononcé aussi sur le droit des organisations de constituer des fédérations et confédérations et de s'affilier à des organisations internationales d'employeurs et de travailleurs :

> « Pour mieux défendre les intérêts de leurs mandants, les organisations de travailleurs doivent avoir le droit de constituer des fédérations et des confédérations de leur choix, qui devraient elles-mêmes jouir des divers droits reconnus aux organisations de base, notamment en ce qui concerne la liberté de fonctionnement, d'activités et de programme d'action » (N 730).

Le Comité de la liberté syndicale a développé en effet une large pratique dans le domaine de la liberté, pour les organisations de travailleurs et d'employeurs, de se gérer librement et d'exercer librement leurs activités.

iii. Le droit des organisations de se gérer librement et d'exercer librement leurs activités

162. Ainsi, le Comité a énoncé tout d'abord le droit des organisations d'élaborer leurs statuts et règlements : « En vue de garantir pleinement le droit des organisations de travailleurs d'élaborer leurs statuts et règlements en toute liberté, la législation nationale ne devrait fixer que des conditions de forme en ce qui concerne les statuts des syndicats » (N 371).

163. Ces organisations doivent aussi avoir le droit d'élire librement leurs représentants : « La liberté syndicale implique le droit pour les travailleurs et les employeurs d'élire leurs représentants en pleine liberté » (N 388) ; mais aussi : « Les travailleurs et leurs organisations doivent avoir le droit d'élire leurs représentants en toute liberté et ces représentants le droit d'exprimer les revendications des travailleurs » (N 389) ; enfin : « Le droit des organisations de travailleurs d'élire librement leurs dirigeants constitue une condition indispensable pour qu'elles puissent effectivement agir en toute indépendance et promouvoir avec efficacité les intérêts de leurs membres » (N 391).

164. Le Comité souligne par ailleurs le droit des travailleurs et des employeurs d'organiser leur gestion, de manière autonome :

> « La liberté syndicale implique le droit pour les travailleurs et les employeurs d'élire librement leurs représentants ainsi que d'organiser leur gestion et leur activité sans aucune intervention des autorités publiques » (N 454).
>
> « L'idée de base de l'article 3 de la convention n° 87 est de laisser aux travailleurs et aux employeurs eux-mêmes le soin de décider des règles à observer pour la gestion de leurs organisations et pour les élections en leur sein » (N 455).
>
> « Le droit des travailleurs de constituer des organisations de leur choix et celui de ces organisations d'élaborer leurs statuts et règlements administratifs et d'organiser leur gestion et leur activité supposent l'indépendance financière » (N 466).

165. Enfin, le droit des organisations syndicales d'exercer librement leurs activités et de formuler leur programme d'action sans ingérence des autorités est également reconnu à travers de nombreuses décisions et affirmations :

> « La liberté syndicale n'implique pas seulement le droit, pour les travailleurs et les employeurs, de constituer librement des associations de leur choix, mais encore celui, pour les associations professionnelles elles-mêmes, de se livrer à une activité licite de défense de leurs intérêts professionnels » (N 495).
>
> « Toute disposition qui conférerait aux autorités le droit, par exemple, de limiter les activités syndicales par rapport aux activités déployées et aux objectifs poursuivis par les syndicats en vue de promouvoir et de défendre les intérêts de leurs membres serait incompatible avec les principes de la liberté syndicale » (N 496).
>
> « Les dispositions qui interdisent de façon générale les activités politiques exercées par les syndicats pour la promotion de leurs objectifs spécifiques sont contraires aux principes de la liberté syndicale » (N 500) ; le Comité précise toutefois que « [l]es organisations syndicales ne doivent pas abuser de leur activité politique en outrepassant leurs fonctions propres et en promouvant des intérêts essentiellement politiques » (N 502).
>
> « Le droit de pétition constitue une activité légitime des organisations syndicales, et les signataires de pétitions de nature syndicale ne devraient être ni inquiétés ni sanctionnés pour ce type d'activité » (N 508).
>
> « Le fait de présenter un cahier de revendications constitue une activité syndicale légitime » (N 509).

> « Les pouvoirs publics devraient s'abstenir de toute intervention de nature à limiter le droit des organisations ouvrières d'organiser leurs activités et de formuler leurs programmes d'action ou à entraver l'exercice légal de ce droit » (N 512).
>
> « En menaçant de mesures de rétorsion les travailleurs qui avaient alors uniquement exprimé leur intention de participer à un sit-in afin de défendre leurs intérêts économiques et sociaux légitimes, l'employeur commettrait une ingérence dans le droit fondamental qu'ont les travailleurs d'organiser leur gestion et leurs activités et de formuler leur programme d'action, contrairement à l'article 3 de la convention n° 87 » (N 514).

166. Le Comité a insisté non seulement sur l'absence d'ingérence de la part des autorités, mais aussi sur la nécessité, pour celles-ci, de garantir la protection des organisations contre les actes d'ingérence d'autres organisations ou de tiers, notamment les employeurs :

> « L'article 2 de la convention n° 98 établit l'indépendance totale des organisations de travailleurs vis-à-vis des employeurs dans l'exercice de leurs activités » (N 855).
>
> « L'existence de normes législatives interdisant les actes d'ingérence de la part des autorités ou encore de la part des organisations de travailleurs et d'employeurs les unes vis-à-vis des autres est insuffisante si celles-ci ne s'accompagnent pas de procédures efficaces qui assurent leur application dans la pratique » (N 861).

iv. Le droit de négociation collective

167. Le Comité a mis l'accent sur le fait que la liberté syndicale implique la reconnaissance de la part des autorités publiques du droit, pour les organisations d'employeurs et de travailleurs, de négociation collective des conditions d'emploi, droit de négociation qui constitue un élément essentiel de la liberté syndicale et dont il a rappelé les principes généraux :

> « Des mesures devraient être prises pour encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures de négociation volontaire de conventions collectives entre les employeurs et les organisations d'employeurs, d'une part, et les organisations de travailleurs, d'autre part, en vue de régler par ce moyen les conditions d'emploi » (N 880).
>
> « Le droit de négocier librement avec les employeurs au sujet des conditions de travail constitue un élément essentiel de la liberté syndicale, et les syndicats devraient avoir le droit, par le moyen de négociations collectives ou par tout autre moyen légal, de chercher à améliorer les conditions de vie et de travail de ceux qu'ils représentent, et les autorités publiques devraient s'abstenir de toute intervention de nature à limiter ce droit ou à en entraver l'exercice légal. Toute intervention de ce genre semblerait une violation du principe selon lequel les organisations de travailleurs et d'employeurs ont le droit d'organiser leur gestion et leur activité et de formuler leur programme d'action » (N 881).

168. Le Comité s'est prononcé sur le champ d'application des conventions collectives et leur objet :

> Il a rappelé ainsi que « [l]a convention n° 98, notamment son article 4 relatif à l'encouragement et à la promotion des négociations collectives, est applicable au secteur privé comme aux entreprises nationalisées et aux organismes publics » (N 885).
>
> Il a précisé en outre que « [l]es questions qui peuvent être sujettes à la négociation collective comprennent : le type d'accord qui peut être proposé aux travailleurs ou le type d'accord industriel devant être négocié par la suite, le salaire, les allocations et indemnités, les horaires de travail, les congés annuels, les critères de sélection en cas de mise à pied, le champ d'application de la convention collective, l'octroi de facilités syndicales, y compris un accès au lieu de travail plus large que celui prévu par la

législation, etc. Ces questions ne devraient pas être exclues du champ de la négociation collective par la loi ou en raison de désincitations financières et de pénalités considérables applicables en cas de non respect du code ou des lignes directrices » (N 913).

« La détermination du niveau de la négociation devrait relever essentiellement de la volonté des parties » (N 989).

169. Il a rappelé le principe de la négociation libre et volontaire :

« La négociation volontaire des conventions collectives, et donc l'autonomie des partenaires sociaux à la négociation, constitue un aspect fondamental des principes de la liberté syndicale » (N 925).

«La négociation collective doit, pour conserver son efficacité, revêtir un caractère volontaire et ne pas impliquer un recours à des mesures de contrainte qui auraient pour effet d'altérer ce caractère » (N 926).

« L'article 4 de la convention n° 98 n'impose aucunement à un gouvernement de rendre obligatoire la négociation collective de même qu'il n'est pas contraire à cet article d'obliger les partenaires sociaux, en vue d'encourager et de promouvoir le développement et l'utilisation des mécanismes de la négociation collective, à entrer en négociation sur les termes et les conditions d'emploi. Les autorités publiques devraient toutefois s'abstenir de toute ingérence indue dans le processus de négociation » (N 928).

170. Enfin, il s'est exprimé à propos des mécanismes destinés à faciliter la négociation collective, du principe de la bonne foi dans la négociation et de la représentation des organisations au cours de la négociation collective :

« Les organismes appelés à résoudre des différends entre parties à une négociation collective devraient être indépendants, et le recours à ces organismes devrait se faire sur une base volontaire » (N 932).

« Il importe qu'employeurs et syndicats participent aux négociations de bonne foi et déploient tous leurs efforts pour aboutir à un accord, des négociations véritables et constructives étant nécessaires pour établir et maintenir une relation de confiance entre les parties » (N 935).

« Le respect mutuel des engagements pris dans les accords collectifs est un élément important du droit de négociation collective et doit être sauvegardé pour fonder les relations professionnelles sur des bases solides et stables » (N 940).

« Les organisations de travailleurs doivent pouvoir choisir elles-mêmes leurs délégués aux fins de les représenter dans les négociations collectives, sans ingérence des autorités publiques » (N 984).

v. Le droit de grève

171. A de nombreuses occasions, le comité a rappelé et précisé sa position concernant le droit de grève, considéré comme un moyen légitime et indissociable du droit syndical et de la liberté syndicale :

« Le comité a toujours reconnu aux travailleurs et à leurs organisations le droit de grève comme moyen légitime de défense de leurs intérêts économiques et sociaux » (N 521).

« Le droit de grève est un des moyens essentiels dont disposent les travailleurs et leurs organisations pour promouvoir et pour défendre leurs intérêts économiques et sociaux » (N 522).

« Le droit de grève est un corollaire indissociable du droit syndical protégé par la convention n° 87 » (N 523).

« Il ne semble pas que réserver le droit de déclencher une grève aux seules

organisations syndicales soit incompatible avec les normes de la convention n° 87. Encore faut-il que les travailleurs, et en particulier leurs dirigeants dans les entreprises, soient protégés contre des actes éventuels de discrimination en raison d'une grève exercée en vue de promouvoir et défendre leurs intérêts professionnels et qu'ils puissent constituer des syndicats sans être en butte à des pratiques antisyndicales » (N 524).

« Les intérêts professionnels et économiques que les travailleurs défendent par le droit de grève se rapportent non seulement à l'obtention de meilleures conditions de travail ou aux revendications collectives d'ordre professionnel, mais englobent également la recherche de solutions aux questions de politique économique et sociale et aux problèmes qui se posent à l'entreprise, et qui intéressent directement les travailleurs » (N 526).

172. Le Comité s'est aussi attelé à tenter de déterminer de manière plus précise l'objet du droit de grève et ses limites, notamment sous l'angle des revendications des travailleurs concernés :

« Les grèves purement politiques et celles décidées systématiquement longtemps avant que les négociations aient lieu ne tombent pas dans le champ d'application des principes de la liberté syndicale » (N 528).

Toutefois, le Comité a précisé que « [l]e droit de grève ne devrait pas être restreint aux seuls différends de travail susceptibles de déboucher sur une convention collective particulière : les travailleurs et leurs organisations doivent pouvoir manifester, le cas échéant, dans un cadre plus large leur mécontentement éventuel sur des questions économiques et sociales touchant aux intérêts de leurs membres » (N 531).

Ainsi, « [u]ne interdiction générale des grèves de solidarité risque d'être abusive et les travailleurs devraient pouvoir avoir recours à de tels mouvements, pour autant que la grève initiale qu'ils soutiennent soit elle-même légitime » (N 534).

De même, « L'interdiction des grèves non liées à un conflit collectif auquel les travailleurs ou le syndicat seraient parties est contraire aux principes de la liberté syndicale » (N 538).

173. Le Comité s'est également penché sur les modalités d'exercice de la grève et les diverses restrictions possibles de cet exercice, voire certaines formes d'interdiction, que ce soit dans le secteur privé ou dans la fonction publique :

« Pour ce qui concerne les modalités du droit de grève refusées aux travailleurs (paralysies intempestives, grèves perlées, grèves des bras croisés, grèves du zèle, occupation de l'entreprise ou du lieu de travail, grèves sur le tas), le comité a considéré que ces limitations ne se justifieraient que si la grève perdait son caractère pacifique » (N 545).

« Les conditions posées par la législation pour qu'une grève soit considérée comme un acte licite doivent être raisonnables et, en tout cas, ne pas être telles qu'elles constituent une limitation importante aux possibilités d'action des organisations syndicales » (N 547).

« L'on ne saurait considérer comme attentatoire à la liberté syndicale une législation prévoyant le recours aux procédures de conciliation et d'arbitrage (volontaire) dans les conflits collectifs en tant que condition préalable à une déclaration de grève, pour autant que le recours à l'arbitrage ne présente pas un caractère obligatoire et n'empêche pas, en pratique, le recours à la grève » (N 549).

« Le comité a admis que le droit de grève pourrait faire l'objet de restrictions, voire d'interdictions, dans la fonction publique ou les services essentiels dans la mesure où la grève pourrait y provoquer de graves préjudices pour la collectivité nationale et pourvu que ces limitations soient accompagnées de certaines garanties compensatoires » (N 573).

« Le droit de grève peut être restreint, voire interdit, dans la fonction publique, uniquement pour les fonctionnaires qui exercent des fonctions d'autorité au nom de

l'Etat » (N 574).

« Il ne paraîtrait pas approprié que toutes les entreprises d'Etat soient placées sur le même pied, en ce qui concerne les restrictions apportées au droit de grève, sans que la législation distingue entre celles qui sont vraiment essentielles et celles qui ne le sont pas » (N 584).

« Lorsque le droit de grève a été restreint ou supprimé dans certaines entreprises ou services considérés comme essentiels, les travailleurs devraient bénéficier d'une protection adéquate de manière à compenser les restrictions qui auraient été imposées à leur liberté d'action pendant les différends survenus dans lesdites entreprises ou lesdits services » (N 595).

« En ce qui concerne la nature des "garanties appropriées" en cas de restriction de la grève dans les services essentiels et dans la fonction publique, la limitation du droit de grève devrait s'accompagner de procédures de conciliation et d'arbitrage appropriées, impartiales et expéditives, aux diverses étapes desquelles les intéressés devraient pouvoir participer, et dans lesquelles les sentences rendues devraient être appliquées entièrement et rapidement » (N 596).

« Le maintien de services minima en cas de grève ne devrait être possible que : 1) dans les services dont l'interruption risquerait de mettre en danger la vie, la sécurité ou la santé de la personne dans une partie ou dans l'ensemble de la population (services essentiels au sens strict du terme) ; 2) dans les services qui ne sont pas essentiels au sens strict du terme mais où les grèves d'une certaine ampleur et durée pourraient provoquer une crise nationale aiguë menaçant les conditions normales d'existence de la population ; et 3) dans les services publics d'importance primordiale » (N 606).

« La décision de déclarer la grève illégale ne devrait pas appartenir au gouvernement mais à un organe indépendant des parties et jouissant de leur confiance » (N 628).

« L'embauche de travailleurs pour briser une grève dans un secteur qui ne saurait être considéré comme un secteur essentiel au sens strict du terme, où la grève pourrait être interdite, constitue une violation grave de la liberté syndicale » (N 632).

« Les autorités ne devraient avoir recours à la force publique dans des cas de mouvements de grève que dans des situations présentant un caractère de gravité et où l'ordre public serait sérieusement menacé » (N 644).

« Les piquets de grève organisés dans le respect de la loi ne doivent pas voir leur action entravée par les autorités publiques » (N 648).

« L'interdiction des piquets de grève ne se justifierait que si la grève perdait son caractère pacifique » (N 649).

« Le seul fait de participer à un piquet de grève et d'inciter fermement, mais pacifiquement, les autres salariés à ne pas rejoindre leur poste de travail ne peut être considéré comme une action illégitime. Il en va toutefois autrement lorsque le piquet de grève s'accompagne de violences ou d'entraves à la liberté du travail par contrainte exercée sur les non-grévistes, actes qui, dans beaucoup de pays, sont punis par la loi pénale » (N 651).

« Des restrictions légales exigeant que les piquets de grève ne puissent être placés que près d'une entreprise ne portent pas atteinte aux principes de la liberté syndicale » (N 653).

174. Le Comité s'est enfin exprimé sur les sanctions susceptibles d'être prononcées en cas de grève, que ce soit par les pouvoirs publics ou les employeurs eux-mêmes :

« Imposer des sanctions à des syndicats parce qu'ils ont mené une grève légitime, constitue une grave violation des principes de la liberté syndicale » (N 658).

« Le licenciement de travailleurs pour fait de grève constitue une grave discrimination en matière d'emploi pour exercice d'activité syndicale licite contraire à la convention n° 98 »

(N 661).

« Le respect des principes de la liberté syndicale exige que l'on ne puisse ni licencier des travailleurs, ni refuser de les réengager, en raison de leur participation à une grève ou à toute autre action de revendication. Que le congédiement soit prononcé pendant ou après la grève n'est pas pertinent dans ce contexte. Logiquement, le fait que le licenciement précède une grève ne devrait pas non plus entrer en ligne de compte si celui-ci a pour objet d'entraver ou de pénaliser l'exercice du droit de grève » (N 663).

« Les principes de la liberté syndicale ne protègent pas les abus dans l'exercice du droit de grève qui constituent des actions de caractère délictueux » (N 667).

« Nul ne devrait pouvoir être privé de liberté ni faire l'objet de sanctions pénales pour le simple fait d'avoir organisé une grève pacifique ou d'y avoir participé » (N 672).

vi. La protection contre les discriminations antisyndicales

175. Le Comité de la liberté syndicale s'est en outre exprimé à plusieurs reprises et de manière assez longue et fournie sur les diverses formes de discrimination antisyndicale, ainsi que sur la protection contre ces formes de discrimination, en posant tout d'abord quelques principes généraux :

« La discrimination antisyndicale est une des violations les plus graves de la liberté syndicale puisqu'elle peut compromettre l'existence même des syndicats » (N 769).

« Nul ne devrait faire l'objet de discrimination dans l'emploi en raison de son affiliation ou de ses activités syndicales légitimes, présentes ou passées » (N 770).

« Nul ne doit être licencié ou faire l'objet d'autres mesures préjudiciables en matière d'emploi en raison de son affiliation syndicale ou de l'exercice d'activités syndicales légitimes, et il importe que tous les actes de discrimination en matière d'emploi soient interdits et sanctionnés dans la pratique » (N 771).

176. Le Comité a précisé, s'agissant du champ d'application tant personnel que matériel de la protection contre la discrimination antisyndicale, que celui-ci doit s'entendre de manière large :

« La protection contre les actes de discrimination antisyndicale s'applique autant aux membres des syndicats et aux anciens responsables syndicaux qu'aux dirigeants syndicaux en place » (N 775).

En ce qui concerne les formes de la discrimination, « [l]a protection contre la discrimination antisyndicale doit notamment s'appliquer en ce qui concerne les actes ayant pour but de congédier un travailleur ou de lui porter préjudice par tout autre moyen, en raison de son affiliation syndicale ou de sa participation à des activités syndicales en dehors des heures de travail ou, avec le consentement de l'employeur, durant les heures de travail » (N 780).

« La protection contre les actes de discrimination antisyndicale doit couvrir non seulement l'embauchage et le licenciement, mais aussi toute mesure discriminatoire qui interviendrait en cours d'emploi et, en particulier, les transferts, les rétrogradations et autres actes préjudiciables » (N 781).

« Le harcèlement et les manœuvres d'intimidation perpétrés à l'encontre de travailleurs au motif de leur affiliation syndicale ou de leur participation à des activités syndicales légitimes peuvent, bien qu'ils ne portent pas nécessairement préjudice aux travailleurs dans leur emploi, les décourager de s'affilier aux organisations de leur choix et, par là même violer leur droit d'organisation » (N 786).

« Les obligations incombant au gouvernement en vertu de la convention n° 98 et des principes concernant la protection contre la discrimination antisyndicale couvrent non seulement les actes de discrimination directe (tels que rétrogradation, licenciement, mutations fréquentes, etc.), mais s'étendent aussi à la nécessité de protéger les salariés

syndiqués contre des attaques plus subtiles pouvant résulter d'omissions » (N 788).

« Le licenciement d'un travailleur en raison de son appartenance à un syndicat ou de ses activités syndicales porte atteinte aux principes de la liberté syndicale » (N 789).

« Il n'apparaît pas qu'une protection suffisante contre les actes de discrimination antisyndicale visés par la convention n° 98 soit accordée par une législation permettant en pratique aux employeurs, à condition de verser l'indemnité prévue par la loi pour tous les cas de licenciement injustifié, de licencier un travailleur si le motif réel en est son affiliation ou son activité syndicale » (N 791).

« Des actes de discrimination antisyndicale ne devraient pas être autorisés sous couvert de licenciements économiques » (N 795).

177. Un accent particulier a été mis par le Comité sur la protection des dirigeants et délégués syndicaux contre la discrimination antisyndicale et sur l'analyse de l'étendue – et des limites – de cette protection :

« Un des principes fondamentaux de la liberté syndicale est que les travailleurs doivent bénéficier d'une protection adéquate contre tous actes de discrimination tendant à porter atteinte à la liberté syndicale en matière d'emploi – licenciement, transfert, rétrogradation et autres actes préjudiciables –, et que cette protection est particulièrement souhaitable en ce qui concerne les délégués syndicaux, étant donné que, pour pouvoir remplir leurs fonctions syndicales en pleine indépendance, ceux-ci doivent avoir la garantie qu'ils ne subiront pas de préjudice en raison du mandat syndical qu'ils détiennent. Le comité a estimé que la garantie de semblable protection dans le cas de dirigeants syndicaux est en outre nécessaire pour assurer le respect du principe fondamental selon lequel les organisations de travailleurs ont le droit d'élire librement leurs représentants » (N 799).

« Le principe suivant lequel un travailleur ou un dirigeant syndical ne doit pas subir de préjudice en raison de ses activités syndicales n'implique pas nécessairement que le fait de détenir un mandat syndical doive conférer à son détenteur une immunité contre tout licenciement quelles que puissent être les circonstances de celui-ci » (N 801).

« La pratique consistant à établir des listes noires de dirigeants et militants syndicaux met gravement en péril le libre exercice des droits syndicaux et, d'une manière générale, les gouvernements devraient prendre des mesures sévères à l'égard de telles pratiques » (N 803).

« Le comité a précisé que l'une des manières d'assurer la protection des délégués syndicaux est de prévoir que ces délégués ne peuvent être licenciés ni dans l'exercice de leurs fonctions ni pendant un certain laps de temps suivant la fin de leur mandat, sauf évidemment en cas de faute grave » (N 804).

«Un dirigeant syndical ne devrait en aucun cas pouvoir être licencié pour le simple motif qu'il a présenté un cahier de revendications ; ces licenciements constituent un acte de discrimination extrêmement grave » (N 808).

« En ce qui concerne les motifs de licenciement, les activités des dirigeants syndicaux doivent être examinées dans le contexte des situations particulières qui peuvent être spécialement tendues et difficiles en cas de différend du travail et de grève » (N 811).

178. Le Comité s'est également intéressé à l'efficacité de la protection contre la discrimination antisyndicale, à travers l'examen des mesures et remèdes, recours ou sanctions, moyens à la fois préventifs et dissuasifs mis en place par la législation nationale :

« Il est nécessaire que la législation établisse d'une manière expresse des recours et des sanctions contre les actes de discrimination antisyndicale, afin d'assurer l'efficacité pratique de l'article 1 de la convention n° 98 » (N 813).

« Lorsqu'un gouvernement s'est engagé à garantir, par des mesures appropriées, le libre exercice des droits syndicaux, cette garantie, pour être réellement efficace, devrait, s'il

est besoin, être assortie notamment de mesures comportant la protection des travailleurs contre les actes de discrimination antisyndicale en matière d'emploi » (N 814).

« Tant que la protection contre les actes de discrimination antisyndicale est effectivement assurée, les méthodes adoptées pour garantir celle-ci aux travailleurs peuvent varier d'un Etat à l'autre, mais, si des actes de discrimination se produisent, le gouvernement intéressé doit, quelles que soient les méthodes utilisées normalement, prendre toutes les mesures qui s'avèrent nécessaires pour remédier à cette situation » (N 816).

« Le gouvernement a la responsabilité de prévenir tous actes de discrimination antisyndicale et doit veiller à ce que les plaintes pour des pratiques discriminatoires de cette nature soient examinées dans le cadre d'une procédure qui doit être prompte, impartiale et considérée comme telle par les parties intéressées » (N 817).

« Il est nécessaire que la législation établisse d'une manière expresse des recours et des sanctions suffisamment dissuasives contre les actes de discrimination antisyndicale afin d'assurer l'efficacité pratique des articles 1 et 2 de la convention n° 98 » (N 822).

« Le comité a rappelé la nécessité d'assurer, par des dispositions spécifiques assorties de sanctions pénales et civiles, la protection des travailleurs contre des actes de discrimination antisyndicale de la part des employeurs » (N 824).

« Un système de protection contre les actes de discrimination antisyndicale qui comporte des amendes très lourdes en cas de licenciements antisyndicaux, l'ordre donné par l'administration à l'entreprise de réintégrer les travailleurs et la possibilité de fermeture de l'entreprise ne porte pas atteinte à la convention n° 98 » (N 825).

« Outre les mécanismes de protection préventive contre les actes de discrimination antisyndicale (tels, par exemple, qu'une demande d'autorisation préalable de l'inspection du travail avant de procéder au licenciement d'un dirigeant syndical), un moyen complémentaire d'assurer une protection efficace pourrait consister à faire obligation à l'employeur d'apporter la preuve de la nature non syndicale du motif qui sous-tend son intention de licencier un travailleur » (N 831).

« Le comité a souligné l'importance qu'il attache à la priorité à accorder au maintien dans l'emploi des représentants des travailleurs en cas de réduction du personnel afin de garantir la protection effective de ses dirigeants » (N 833).

179. Enfin, le Comité s'est fréquemment exprimé, en particulier, sur la question de la réintégration, après un licenciement illégitime, ainsi que, comme alternative, sur l'indemnisation, en tant que moyens (privilégiés) d'assurer la protection contre la discrimination antisyndicale :

« Nul ne devrait faire l'objet de discrimination antisyndicale en raison de ses activités syndicales légitimes, et la possibilité d'être réintégré dans leur poste de travail devrait être ouverte aux personnes qui ont été l'objet de discrimination antisyndicale » (N 837).

« Dans le cas d'un pays où il n'existait pas de lois prévoyant la réintégration de travailleurs licenciés de façon injustifiée, le comité a demandé au gouvernement de prendre des mesures pour modifier sa législation de manière à garantir que les travailleurs licenciés pour l'exercice de leurs droits syndicaux puissent être réintégrés dans leurs fonctions » (N 838).

« En cas de licenciement de syndicalistes en raison de leur affiliation ou de leurs activités syndicales, le comité a demandé au gouvernement de prendre les mesures nécessaires pour permettre aux dirigeants et aux membres du syndicat qui ont été licenciés en raison de leurs activités syndicales légitimes d'obtenir leur réintégration dans leur poste de travail et d'appliquer aux entreprises les sanctions légales pertinentes » (N 839).

« Si, étant donné le laps de temps écoulé depuis des licenciements en violation des principes de la liberté syndicale, il n'est pas possible dans la pratique de réintégrer les travailleurs concernés, le comité a demandé au gouvernement de prendre des mesures afin que les travailleurs soient totalement indemnisés sans tarder » (N 841).

> « Les indemnités perçues devraient être appropriées compte tenu du préjudice subi et de la nécessité d'éviter qu'une telle situation ne se reproduise à l'avenir » (N 844).
>
> « Dans les cas où une réintégration s'avère impossible, le gouvernement devrait veiller à ce que soit versée aux travailleurs concernés une indemnisation adéquate qui constituerait une sanction suffisamment dissuasive contre les licenciements antisyndicaux » (N 845).

vii. La consultation des organisations de travailleurs et d'employeurs

180. Le Comité s'est prononcé sur l'importance, sous l'angle du droit syndical, de la consultation régulière, par l'Etat, des organisations de travailleurs et d'employeurs et sur l'étendue et les modalités de cette consultation :

> « Le comité a souligné l'importance, pour l'équilibre de la situation sociale d'un pays, d'une consultation régulière des forces représentant les employeurs et les travailleurs » (N 1065).
>
> « La consultation tripartite doit se dérouler avant que le gouvernement ne soumette un projet à l'Assemblée législative ou n'élabore une politique de travail, sociale ou économique » (N 1070).
>
> « Le comité a rappelé au gouvernement l'importance d'une consultation préalable des organisations d'employeurs et de travailleurs avant l'adoption de toute loi dans le domaine du droit du travail » (N 1073).
>
> « Si le refus d'un gouvernement d'autoriser ou d'encourager la participation des organisations syndicales à l'élaboration des lois ou règlements nouveaux affectant leurs intérêts ne constitue pas nécessairement une infraction aux droits syndicaux, le principe de la consultation ou de la collaboration entre les pouvoirs publics et les organisations d'employeurs et de travailleurs aux échelons industriel et national mérite qu'on y attache la plus haute importance » (N 1077).

viii. Les facilités à accorder aux représentants des travailleurs dans l'exercice de leur activité

181. Le Comité a enfin dédié quelques lignes aux facilités à accorder aux représentants des travailleurs. Sur ce point, cependant, la pratique du Comité de la liberté syndicale concerne plus spécifiquement la Convention n° 135, qui n'a pas été ratifiée par la Suisse, et la Recommandation n° 143 :

> « La convention n° 135 demande aux Etats Membres qui l'ont ratifiée de veiller à ce que des facilités soient accordées, dans l'entreprise, aux représentants des travailleurs de manière à leur permettre de remplir rapidement et efficacement leurs fonctions, et ce sans entraver le fonctionnement efficace de l'entreprise intéressée » (N 1098).
>
> Il a aussi rappelé, à propos du recouvrement des cotisations syndicales que, « [e]n l'absence d'autres dispositions pour le recouvrement des cotisations syndicales les représentants des travailleurs habilités par le syndicat devraient être autorisés à recueillir régulièrement ces cotisations à l'intérieur de l'entreprise » (N 1100).
>
> S'agissant de l'accès à la direction, il a précisé que « [l]es représentants des travailleurs devraient avoir accès sans retard injustifié à la direction de l'entreprise et auprès des représentants de la direction autorisés à prendre des décisions lorsque cela est nécessaire pour le bon exercice de leurs fonctions » (N 1101).
>
> En ce qui concerne l'accès aux lieux de travail, il a indiqué que « [l]es représentants des travailleurs devraient avoir accès à tous les lieux de travail dans l'entreprise lorsque leur accès à ces lieux est nécessaire pour leur permettre de remplir leurs fonctions de représentation » (N 1104).
>
> « Les représentants syndicaux qui ne sont pas employés eux-mêmes dans une

entreprise, mais dont le syndicat compte des membres dans le personnel de celle-ci, devraient avoir accès à celle-ci. L'octroi de telles facilités ne devrait pas entraver le fonctionnement efficace de l'entreprise intéressée » (N 1105).

« L'interdiction faite aux dirigeants syndicaux de pénétrer dans les locaux des entreprises en raison de la présentation d'un cahier de revendications constitue une violation grave du droit des organisations syndicales d'exercer librement leurs activités, et notamment de présenter des revendications » (N 1107).

c) La portée de la pratique du Comité de la liberté syndicale

182. Ainsi que cela résulte des lignes qui précèdent, le Comité de la liberté syndicale a créé, au fil des années, une jurisprudence très riche et détaillée, « abondante et respectée »[295], en ce qui concerne la portée de la liberté syndicale, le droit de négociation collective et le droit de grève en droit international du travail. La question qui se pose, face à cette jurisprudence, est celle de savoir quelle est sa portée concrète et pratique pour la Suisse.

183. Un avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 8 mars 2006[296] a analysé en détail cette question. Nous nous permettrons donc de rappeler ci-dessous ses principales conclusions.

184. L'avis relève tout d'abord que, en vertu de l'art. 37 ch. 1 de la Constitution de l'OIT, seule la Cour internationale de Justice est compétente en ce qui concerne l'interprétation de la Constitution de l'OIT et des conventions de cette organisation. Seules les interprétations de la Cour internationale de Justice ont donc une valeur contraignante pour les Etats membres de l'OIT. L'avis conclut ainsi que « (s)eule la CIJ est habilitée à donner une interprétation authentique des exigences posées par les conventions de l'OIT en matière de liberté syndicale susceptible de lier juridiquement les Etats membres »[297]. L'avis souligne dans ce contexte que le recours à la Cour internationale de Justice n'a jusqu'à présent que très rarement été utilisé[298].

    Il en résulte selon l'Office de la justice que les interprétations juridiques développées par le Comité de la liberté syndicale « ne sauraient être considérées comme authentiques »[299]. L'avis en déduit que les « conclusions du CLS n'ont, dans la mesure où elles interprètent les conventions internationales en matière de liberté syndicale, qu'une valeur informelle et officieuse »[300].

185. L'avis retient en outre que les « recommandations prises par le CLS sur la base de telles conclusions à l'adresse des gouvernements n'ont pas de valeur contraignante du moins du point de vue juridique »[301]. Il en veut pour preuve que « [l]es recommandations du CLS appellent, en effet, invariablement au dialogue et à la coopération et non à la contrainte. Les gouvernements sont ainsi interpellés

---

295 DUNAND/DREYER, p. 220.

296 Dont le titre est : « Organisation internationale du Travail (OIT). Recommandation du Comité de la liberté syndicale (CLS). Portée juridique d'une telle recommandation selon le droit et la pratique suisses », publié *in* JAAC 70.94, pp. 1577-1594.

297 Office fédéral de la justice, JAAC 70.94, p. 1594.

298 *Ibid.*, p. 1590.

299 *Ibid.*, p. 1590.

300 *Ibid.*, p. 1591.

301 *Ibid.*, p. 1591.

directement dans le but de prendre des engagements concrets afin de remplir leurs obligations internationales. Aucune sanction n'est prévue en cas de manquement »[302]. « Cela signifie en clair qu'elles n'ont, d'un point de vue strictement juridique, aucune force obligatoire à l'égard des gouvernements auxquelles elles s'adressent. Elles ont le sens d'invitations ou de propositions faites aux gouvernements de prendre toutes les mesures pour se conformer au droit international »[303].

186. Finalement, l'avis note que « (s)'adressant exclusivement aux gouvernements, les recommandations ne sauraient s'imposer à l'égard d'un législateur national ou d'une autorité judiciaire »[304].

187. Pour peu qu'elle se prononce à ce sujet, la doctrine partage cette conception. Ainsi, PASCAL MOESCH retient que « les recommandations du Comité de la liberté syndicale ont une force morale importante, même si elles n'ont pas de force juridique obligatoire. Le Comité de la liberté syndicale ne peut ainsi être formellement assimilé à un tribunal international »[305]. Ainsi qu'on le verra, la Cour européenne des droits de l'homme s'est elle aussi prononcée dans le même sens dans un arret récent[306].

4. Le caractère *self executing* ou *non self executing* des normes de l'OIT

a) Le caractère directement applicable ou non directement applicable en général : les termes et enjeux de la question

188. Quoi qu'il en soit, à cette question de la portée propre des recommandations du Comité de la liberté syndicale s'ajoute celles des rapports entre droit international et droit interne et du caractère directement applicable (*self executing*) ou non directement applicable (*non self executing*) des normes internationales considérées. On rappellera à ce propos, d'une manière générale, que selon la conception moniste qui prévaut en Suisse[307], le droit international et le droit interne font partie d'un seul et même ordre juridique[308], de sorte qu'une norme de droit international n'a pas besoin d'un acte de transformation afin d'être applicable dans l'ordre juridique interne. Il découle d'ailleurs de l'art. 190 Cst. que le droit international constitue une « source directe de droit interne »[309]. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les traités internationaux sont donc, dès leur entrée en vigueur, incorporés au droit interne dont ils font partie intégrante[310]. De plus, selon la jurisprudence récente, le Tribunal fédéral admet la primauté du droit international même sur des lois postérieures en ce qui concerne à

---

302 *Ibid.*, p. 1591.

303 *Ibid.*, p. 1592.

304 *Ibid.*, p. 1594.

305 Cf. MOESCH, p. 549. Cf. aussi DUNAND/DREYER, p. 222, qui relèvent, plus généralement, que « [c]ertes, les procédures de contrôle élaborées au sein de l'OIT sont formellement peu contraignantes ».

306 Arrêt *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. The United Kingdom*, du 8 avril 2014, requête n° 31045/10, par. 92 à 98 ; sur cet arrêt, et la question du caractère contraignant ou non des interprétations des organes de contrôle de l'OIT (Comité des experts et Comité de la liberté syndicale) et de la Charte sociale européenne (Comité européen des droits sociaux), voir ci-dessous, dans le texte, le n° 241, ainsi que la citation en note de bas de page 447.

307 TF 4C.422/2004, du 13 septembre 2005, c. 3.1.1, non publié *in* ATF 132 III 122.

308 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, I, p. 455, N 1343.

309 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, I, p. 456, N 1344.

310 Cf. par exemple TF 4C.422/2004, du 13 septembre 2005, c. 3.1.2, non publié *in* ATF 132 III 122 ; ATF 130 I 312, 326.

tout le moins les traités portant sur des droits fondamentaux des particuliers. Il semble même en aller ainsi en ce qui concerne la relation entre le droit international et le droit constitutionnel lui-même, si l'on se réfère à un arrêt du Tribunal fédéral du 12 octobre 2012, qui a fait couler beaucoup d'encre, l'ATF 139 I 16.

189. Il faut cependant distinguer la question de la validité immédiate d'un traité international, et de sa primauté sur le droit national contraire, de la question du caractère directement applicable ou, au contraire, non directement applicable, de ses dispositions[311]. En effet, même au sein d'un système juridique moniste[312], l'on distingue entre les normes internationales qui sont directement applicables (*self executing*) de celles qui ne le sont pas (*non self executing*).

190. Une norme de droit international est en général considérée comme *self executing* ou directement applicable en droit interne lorsque son contenu est suffisamment précis, déterminé et clair pour permettre de trancher un cas concret[313]. Une norme directement applicable confère ainsi directement des droits et des obligations aux particuliers. Cela peut être pertinent par exemple dans la mesure où le droit international offre des garanties plus larges que le droit interne.

Ces normes sont donc suffisament précises pour que les autorités d'application, qu'il s'agisse d'administrations ou de tribunaux, puissent tirer de celles-ci des droits ou des obligations pour les particuliers sans qu'il y ait nécessité d'une intervention préalable du législateur. Cet effet conduit également à ce que les particuliers puissent invoquer ces normes devant les tribunaux et que ceux-ci puissent les appliquer directement dans un cas concret[314].

Une norme qui n'est pas directement applicable s'adresse quant à elle non pas aux particuliers, mais aux Etats (« dispositions-programmes »)[315]. Ainsi, lorsqu'une norme de droit international n'est pas directement applicable, elle doit être concrétisée et précisée par la législation interne afin d'être applicable dans le droit national considéré, en l'occurrence en droit suisse[316].

191. La différence entre une norme directement applicable et une norme non directement applicable dépend donc du contenu de la norme considérée et de la façon dont elle est rédigée ou interprétée[317]. Il appartient ainsi, sous réserve d'éventuelles indications données à ce sujet par la jurisprudence des tribunaux internationaux, aux autorités d'application[318] ou au juge interne, de juger du caractère directement applicable ou non d'une norme de droit international. Il s'agit d'une question d'interprétation[319].

---

311 TF 4C.422/2004, du 13 septembre 2005, c. 3.1.2, non publié *in* ATF 132 III 122.

312 Et c'est surtout dans un tel système que la distinction est importante et a un effet.

313 ATF 136 I 290, 293 ; ATF 126 I 240, c. 2b ; ATF 125 III 277, c. 2d/aa, p. 281 ; ATF 121 V 246, c. 2b, p. 249 ; ATF 120 Ia 1, c. 5b.

314 MAHON, Abrégé I, N 238, p. 293.

315 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, I, p. 463, N 1360.

316 TF 4C.422/2004, du 13 septembre 2005, c. 3.1.2, non publié *in* ATF 132 III 122 ; ATF 119 V 171, 178 ; ATF 118 Ia 117.

317 MAHON, Abrégé I, N 238, p. 292.

318 MAHON, Abrégé I, N 238, p. 294.

319 ATF 136 I 290, 293 ; ATF 121 V 246, c. 2b, p. 249.

On précisera encore, comme le notent ANDREAS AUER, GIORGIO MALIVERNI et MICHEL HOTTELIER, qu'un « seul et même traité peut contenir à la fois des règles directement applicables et des dispositions-programmes, qui ne le sont pas »[320].

b) Le cas des Conventions n^os^ 87 et 98

192. En ce qui concerne le caractère directement applicable ou non des deux conventions de l'OIT qui nous intéressent, le Conseil fédéral avait évoqué, dans son message de 1974, le caractère directement applicable de l'art. 4 de la Convention n° 87[321], mais il ne s'était toutefois pas prononcé sur les autres dispositions de la convention. L'art. 8 ch. 2 de la Convention n° 87 précise que la « législation nationale ne devra porter atteinte ni être appliquée de manière à porter atteinte aux garanties prévues par la présente convention » ; on ne peut cependant rien en déduire s'agissant du caractère *self executing* ou non des dispositions de la convention. SUSANNE KUSTER ZÜRCHER admet pour sa part le caractère directement applicable des dispositions de la Convention n° 87, en faisant une analogie avec l'art. 11 CEDH concernant la liberté syndicale, une disposition qui, elle, est directement applicable[322].

193. Quant au Tribunal fédéral, il s'est prononcé à diverses reprises sur le caractère directement applicable des conventions de l'OIT. Dans un arrêt 6B_758/2011, du 24 septembre 2012, il a retenu de façon générale que « (m)ême ratifiées par la Suisse, de telles conventions ne sont cependant pas directement applicables et ne peuvent être invoquées directement par les particuliers »[323]. Dans un arrêt antérieur, le Tribunal fédéral s'était cependant prononcé plus spécifiquement sur l'art. 2 de la Convention n° 98 et l'art. 3 ch. 2 de la Convention n° 154[324].

S'agissant de la Convention n° 98, il a jugé qu'elle ne fait que fixer des lignes directrices dans l'optique que « chaque Etat contractant donne un cadre institutionnel au dialogue social à l'intérieur de ses frontières »[325] et que, par conséquent, cette convention n'est pas directement applicable[326]. En ce qui concerne plus spécifiquement l'art. 2 de la Convention n° 98, le Tribunal fédéral retient que cette disposition « ne crée pas de droits directement invocables par un particulier devant une autorité judiciaire ou administrative »[327], dans la mesure où elle n'est pas suffisamment précise pour constituer le fondement d'une décision judiciaire. Il s'ensuit que la Convention n° 98 n'est pas jugée directement applicable, ni en général, ni en ce qui concerne son art. 2.

Dans le même arrêt, le Tribunal fédéral a également analysé l'applicabilité de la Convention n° 154 et considéré que celle-ci « ne brosse que les orientations générales

---

320 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, I, p. 464 N 1361.

321 Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur les 57e et 58e sessions de la Conférence internationale du Travail et Message concernant deux conventions internationales du travail du 8 mai 1974, FF 1974 I 1577, p. 1599.

322 KUSTER ZÜRCHER, p. 61, N 12.

323 TF 6B_758/2011, du 24 septembre 2012, c. 1.3.

324 TF 4C.422/2004, du 13 septembre 2005, c. 3, non publié *in* ATF 132 III 122. Cf. également WYLER/HEINZER, pp. 52 s.

325 TF 4C.422/2004, du 13 septembre 2005, c. 3.2.2.1, non publié *in* ATF 132 III 122.

326 TF 4C.422/2004, du 13 septembre 2005, c. 3.2.2.1, non publié *in* ATF 132 III 122. Cf. également WYLER/HEINZER, p. 53.

327 TF 4C.422/2004, du 13 septembre 2005, c. 3.2.2.2, non publié *in* ATF 132 III 122.

d'un programme dont l'exécution incombe aux Etats qui l'ont ratifiée »[328]. Il juge, en se référant notamment à l'art. 4 de la convention, que celle-ci « a besoin d'être concrétisée dans chaque Etat contractant par des outils spécifiques, que cela soit le fait des partenaires sociaux, des organes judiciaires, étatiques ou privés, ou du législateur »[329]. Le Tribunal fédéral en conclut qu'il « apparaît manifestement qu'une telle Convention n'est pas susceptible de contenir des dispositions directement applicables dont pourraient se prévaloir les particuliers »[330].

194. On relèvera encore que dans son message relatif à la Convention n° 98, le Conseil fédéral ne traite pas explicitement la question du caractère *self executing* ou *non self executing* des normes de ladite convention. Par contre, il cite l'art. 336 al. 2 let. a CO comme un exemple de concrétisation de l'art. 1 de la Convention n° 98[331]. Il évoque en outre le système de sanctions qui concrétise également cette disposition, en se référant à l'indemnité prévue à l'art. 336a CO[332]. Ces exemples semblent montrer que l'art. 1 de la Convention n° 98 s'adresse au législateur et que cette disposition a besoin d'être concrétisée par la voie du droit interne.

195. En dépit de certaines voix dissonantes, ou même critiques, en doctrine[333], les autorités fédérales, tant le Conseil fédéral que le Tribunal fédéral, sont donc plutôt réticentes à reconnaître un caractère directement applicable (*self executing*) aux Conventions de l'OIT, que ce soit de manière générale ou pour certaines dispositions spécifiques en particulier.

    Il en résulte qu'il n'est aujourd'hui pratiquement pas possible pour les particuliers de saisir les juridictions suisses en se fondant sur ces conventions et d'invoquer la pratique du Comité de la liberté syndicale.

5. Les autres conventions pertinentes de l'OIT

196. A côté des deux Conventions n[os] 87 et 98, d'autres conventions de l'OIT peuvent avoir une certaine pertinence dans le contexte de la présente étude. Il s'agit de conventions qui ne font pas parties des huit conventions fondamentales de l'OIT. Nous allons brièvement les examiner ci-après.

197. Il faut mentionner tout d'abord la Convention n° 135 concernant la protection des représentants des travailleurs dans l'entreprise et les facilités à leur accorder, conclue le 23 juin 1971, qui n'a toutefois pas été ratifiée par la Suisse[334]. En vertu de l'art. 1 de

---

328 *Ibid.*, c. 3.2.3.1, non publié *in* ATF 132 III 122.

329 *Ibid.*, c. 3.2.3.1, non publié *in* ATF 132 III 122.

330 *Ibid.*, c. 3.2.3.1, non publié *in* ATF 132 III 122. Cf. également Rapport sur la 67e session de la Conférence internationale du Travail et Message concernant la convention (n° 154) sur la promotion de la négociation collective du 24 novembre 1982, FF 1983 I 25, p. 33, où le Conseil fédéral retient que « les conventions internationales de l'Organisation internationale du Travail s'adressent aux Etats qui les ratifient et ne déploient aucun effet à la charge des particuliers ».

331 CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport sur les conventions et recommandations adoptées en 1995 et 1996 par la Conférence internationale du Travail lors de ses 82e et 83e sessions et Message relatif à la convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949 et à la convention (n° 138) sur l'âge minimum d'admission à l'emploi, 1973 du 21 septembre 1998, FF 1999 475, p. 507.

332 *Ibid.*, FF 1999 475, p. 507.

333 Voir à ce propos ci-dessous, dans le texte, n° marginal 216, spécialement note de bas de page 369, pour les références à la doctrine ; cf. aussi MAHON, Abrégés II, N 20 et 22, pp. 37-40.

334 Cf. interpellation AUBERT (12.3086) «*La Suisse et l'OIT. Quelles perspectives?*», du 7 mars 2012 ; initiative parlementaire LEVRAT (07.474) «*Pour une meilleure protection des représentants des travailleurs*», du

cette convention, les « représentants des travailleurs dans l'entreprise doivent bénéficier d'une protection efficace contre toutes mesures qui pourraient leur porter préjudice, y compris le licenciement, et qui seraient motivées par leur qualité ou leurs activités de représentants des travailleurs, leur affiliation syndicale, ou leur participation à des activités syndicales, pour autant qu'ils agissent conformément aux lois, conventions collectives ou autres arrangements conventionnels en vigueur ».

L'art. 2 de la Convention prévoit en outre que des « facilités doivent être accordées, dans l'entreprise, aux représentants des travailleurs, de manière à leur permettre de remplir rapidement et efficacement leurs fonctions ». L'art. 3 propose une définition de la notion de représentants des travailleurs, en précisant qu'il s'agit des personnes reconnues comme telles par la législation ou la pratique nationale, qu'elles soient des représentants syndicaux, à savoir des représentants nommés ou élus par des syndicats ou par les membres de syndicats (let. a) ou des représentants librement élus par les travailleurs (let. b).

En vertu de l'art. 4, la « législation nationale, les conventions collectives, les sentences arbitrales ou les décisions judiciaires pourront déterminer le type ou les types de représentants des travailleurs qui doivent avoir droit à la protection et aux facilités visées par la présente convention ». Le Conseil fédéral note dans ce contexte que la Convention n° 135 « identifie les représentants des travailleurs en se référant à la législation nationale »[335].

La Convention n° 135, tout comme d'ailleurs la Convention n° 154 évoquée ci-dessous, contient en outre une disposition (art. 5) pour garantir que lorsqu'une entreprise compte des représentants syndicaux et des représentants élus, des mesures appropriées soient prises pour assurer que la présence de représentants élus ne puisse servir à affaiblir la situation des syndicats intéressés[336].

L'on peut finalement signaler la Recommandation n° 143 concernant la protection des représentants des travailleurs dans l'entreprise et les facilités à leur accorder, adoptée le 23 juin 1971, qui a pour but et objet de préciser la Convention n° 135.

198. La Convention n° 151, concernant la protection du droit d'organisation et les procédures de détermination des conditions d'emploi dans la fonction publique, conclue le 27 juin 1978, a été ratifiée par la Suisse le 3 mars 1981, avec effet au 3 mars 1982 (RS 0.822.725.1). Cette convention prévoit notamment que les « agents publics doivent bénéficier d'une protection adéquate contre tous actes de discrimination tendant à porter atteinte à la liberté syndicale en matière d'emploi » (art. 4 ch. 1). Les organisations d'agents publics doivent jouir d'une complète indépendance à l'égard des autorités publiques (art. 5 ch. 1) et bénéficier d'une protection adéquate contre tous actes d'ingérence des autorités publiques dans leur formation, leur fonctionnement et leur administration (art. 5 ch. 2).

199. La Suisse a ratifié également, le 16 novembre 1983 avec effet au 16 novembre 1984 (RS 0.822.725.4), la Convention n° 154 concernant la promotion de la négociation collective, conclue le 19 juin 1981, qui vise à promouvoir, dans toutes les branches de l'activité économique, la négociation collective, volontaire et libre, entre un employeur

---

5 octobre 2007 ; motion LEVRAT (06.3569) «*Ratification de la convention n° 135 de l'OIT par la Suisse*», du 5 octobre 2006.

335 CONSEIL FÉDÉRAL, Réponse à l'interpellation AUBERT (12.3086) « *La Suisse et l'OIT. Quelles perspectives?* », du 16 mai 2012.

336 Cf. également COMITÉ DE LA LIBERTÉ SYNDICALE, N 946 et 1099.

ou une ou plusieurs organisations d'employeurs et une ou plusieurs organisations de travailleurs (cf. par exemple art. 5 ch. 1 et 2).

200. Enfin, la Convention n° 158 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, conclue le 22 juin 1982, n'a pas été ratifiée par la Suisse. Cette convention prévoit notamment une liste de motifs de licenciement qui ne constituent pas des motifs valables, dont notamment l'activité syndicale (art. 5 let. a) et la sollicitation ou l'exercice d'un mandat de représentation des travailleurs (art. 5 let. b)[337].

6. Conclusions intermédiaires

201. La Suise a ratifié les deux Conventions de l'OIT qui sont principalement pertinentes dans le contexte de la présente étude, à savoir les Conventions n°s 87 et 98, qui portent sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, pour la première, et sur l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective, pour la seconde.

202. Institué en 1951 au sein du Conseil d'administration de l'OIT et chargé d'examiner les plaintes faisant état de violations des principes de la liberté syndicale garantie par les Conventions n°s 87 et 98, le Comité de la liberté syndicale, organe composé de manière tripartite, de trois représentants des gouvernements, trois représentants des employeurs et trois représentants des travailleurs, s'est prononcé à de nombreuses reprises sur ces deux conventions et leur interprétation. Il a ainsi, par ses conclusions quant à la violation ou au respect des normes ou des principes relatifs à la liberté syndicale ainsi que par ses recommandations formulées à l'intention des Etats concernés, développé une pratique abondante et détaillée sur les moyens et les mesures propres à garantir de la manière la plus optimale le respect de la liberté syndicale et la protection du droit syndical. Ainsi que nous l'avons rappelé dans la première partie de notre étude, dans un rapport intérimaire de novembre 2006, le Comité de la liberté syndicale a estimé que l'ordre juridique suisse ne protégeait pas suffisamment les représentants syndicaux victimes de licenciements antisyndicaux (cf. n° 15 ci-dessus)[338].

203. L'impact de cette pratique du Comité de la liberté syndicale et de ses recommandations dans l'ordre juridique suisse est toutefois relatif, dans la mesure où les autorités fédérales – le Conseil fédéral –, ainsi que la doctrine, pour autant qu'elle se prononce, ne reconnaissent à cette pratique et à ces recommandations qu'une valeur de « simples » recommandations, adressées aux autorités nationales, mais dépourvues de force juridique contraignante.

A cela s'ajoute le fait que les autorités fédérales, tant le Conseil fédéral que le Tribunal fédéral, sont plutôt réticentes à reconnaître – malgré certaines critiques en doctrine – un caractère directement applicable aux Conventions de l'OIT, que ce soit de manière générale ou pour certaines dispositions spécifiques en particulier. Il en résulte qu'il n'est aujourd'hui pratiquement pas possible pour les particuliers de saisir les juridictions suisses en se fondant sur ces conventions et d'invoquer la pratique du Comité de la liberté syndicale.

---

337 On peut mentionner dans ce contexte également la Recommandation n° 166 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, adoptée le 22 juin 1982, qui concrétise la Convention n° 158.

338 COMITÉ DE LA LIBERTÉ SYNDICALE, Rapport intérimaire – Rapport No. 343. Novembre 2006, N 1146 et 1148.

C. Les Pactes I et II de l'ONU

1. Généralités : nature, statut et mécanisme de contrôle des deux Pactes des Nations Unies

204. La Suisse a ratifié, le 18 juin 1992, avec effet au 18 septembre 1992, les deux Pactes conclus au sein de l'Organisation des Nations Unies le 16 décembre 1966, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (RS 0.103.1 ; ci-après : Pacte I), et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (RS 0.103.2 ; ci-après : Pacte II). La Suisse n'a en revanche pas (encore) ratifié les deux Protocoles facultatifs se rapportant, chacun, à l'un de ces Pactes, ainsi qu'on le verra plus bas.

a) Le Pacte I et son mécanisme de contrôle

205. Le Pacte I garantit, comme son intitulé l'indique, des droits de caractère économique, social et culturel. Il garantit entre autres des droits syndicaux et il impose à ce titre aux Etats un certain nombre d'obligations.

Tout d'abord, il faut relever que l'application du Pacte I suit le principe de la réalisation progressive des droits consacrés[339], principe énoncé à l'art. 2 ch. 1. Les Etats ne sont donc pas autorisés à se contenter d'une attitude passive, ni à reporter la concrétisation des droits reconnus, sous peine de se voir reprocher un manquement aux obligations découlant du Pacte[340].

De plus, certains droits garantis par le Pacte I ont été jugés directement applicables et invocables en justice. C'est le cas de l'art. 8, que nous développerons par la suite. De manière générale, cependant, comme pour les Conventions de l'OIT, le Tribunal fédéral est assez réticent à reconnaître aux dispositions du Pacte I un caractère directement applicable. Ainsi, par exemple, dans son arrêt de 1999 concernant le droit de grève (ATF 125 III 277), il a laissé ouverte la question de savoir si l'art. 8 let. d du Pacte I était directement applicable, tout en admettant qu'il existait des arguments importants plaidant en faveur de son applicabilité directe[341]. Dans d'autres arrêts, il a clairement nié à d'autres dispositions de ce Pacte tout caractère *self executing*[342], comme nous le verrons encore.

206. Selon la doctrine, qui se fonde sur la pratique des organes des traités, en l'occurrence du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (ci-après : CDESC ou Comité), il découle du Pacte I que les Etats ont plusieurs obligations en plus de celle de réaliser progressivement les droits garantis. Ces obligations sont, selon BARBARA WILSON, entre autres, l'obligation de respecter les droits garantis (*to respect*), l'obligation de les protéger (*to protect*) et l'obligation de les mettre en œuvre ou de leur donner effet (*to fulfill*).

Aux termes de la première de ces obligations, les Etats doivent s'abstenir d'entraver de manière directe ou indirecte l'exercice de ces droits[343]. En vertu de la deuxième

---

339 WILSON, Pacte I, pp. 242 s.

340 WILSON, Pacte I, p. 244.

341 ATF 125 III 277, p. 281-283.

342 Pour un aperçu de la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière, cf. MAHON, Abrégé I, N 238, pp. 292 ss, spécialement 294, ainsi que Abrégé II, N 20, pp. 30 ss, spécialement 32.

343 WILSON, Pacte I, p. 249.

obligation, qui se rapproche de l'idée d'effet horizontal des droits garantis, les Etats doivent protéger les individus contre les agissements d'autrui[344]. Enfin, la troisième obligation, qui est la seule à impliquer une prestation positive de la part des Etats, et qui ne peut donc être immédiatement exécutée, contrairement aux deux premières, exige des Etats qu'ils facilitent, promeuvent et donnent effet aux droits garantis[345].

Dans l'ensemble, les Etats ont donc l'obligation « d'assurer, au moins, la satisfaction de l'essentiel de chacun des droits »[346] que garantit le Pacte I.

207. Jusqu'à une période récente, le Pacte I n'instituait qu'un mécanisme de contrôle sous la forme d'une obligation, pour les Etats, de présenter des rapports périodiques au Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CDESC) sur les mesures qu'ils ont adoptées en vue d'assurer le respect des droits garantis (art. 16 et 17 du Pacte). Ces rapports sont ensuite discutés devant le Comité, qui les analyse afin d'en examiner la conformité avec le Pacte I et qui propose si nécessaire des mesures plus efficaces par le biais de recommandations qu'il adresse aux Etats concernés. En plus de ces recommandations concrètes, le Comité adopte des observations générales sur l'interprétation des dispositions du Pacte. Celles-ci n'ont toutefois pas de portée juridique contraignante, elles servent de lignes directrices aux Etats parties. La ratification du traité à elle seule engage les Etats[347].

208. Depuis peu, un nouveau mécanisme de contrôle est venu s'ajouter à celui des rapports périodiques des Etats. Bien que la Suisse ne l'ait pas ratifié, il faut mentionner en effet aussi le Protocole facultatif se rapportant au Pacte I, qui a été adopté en 2008[348] et est entré en vigueur le 5 mai 2013[349]. A l'instar du Protocole facultatif relatif au Pacte II, ce nouveau Protocole facultatif permet dorénavant aussi aux particuliers d'introduire, devant le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CDESC), une requête individuelle invoquant une violation, par un Etat lié par le Pacte et le Protocole, des droits garantis par le Pacte I. L'art. 2 du Protocole prévoit que « [d]es communications peuvent être présentées par des particuliers ou groupes de particuliers ou au nom de particuliers ou groupes de particuliers relevant de la juridiction d'un Etat Partie, qui affirment être victimes d'une violation par cet Etat Partie d'un des droits économiques, sociaux et culturels énoncés dans le Pacte. Une communication ne peut être présentée au nom de particuliers ou groupes de particuliers qu'avec leur consentement à moins que l'auteur ne puisse justifier qu'il agit en leur nom sans un tel consentement ».

Même s'il n'a pas été signé par la Suisse, ce Protocole pourrait bien avoir un certain effet sur notre pays, dans la mesure où le mécanisme des requêtes individuelles va sans doute impliquer un développement considérable de la pratique du Comité et, par effet réflexe, en quelque sorte, un développement des exigences relatives au contenu des rapports périodiques que les Etats parties au Pacte I doivent adresser à ce Comité, ainsi que des recommandations que celui-ci adresse aux Etats parties sur la base de ces rapports. On peut en effet postuler que les observations générales du

---

344 WILSON, Pacte I, p. 250.

345 WILSON, Pacte I, pp. 250-201.

346 CDESC, Observation générale n° 12 (note 21), § 15.

347 WILSON, Mécanismes de protection, p. 74 ; sur ce mécanisme, cf. aussi CRAVEN, pp. 30-102.

348 Résolution A/RES/63/117, de l'Assemblée générale des Nations Unies, adoptée le 10 décembre 2008.

349 Conformément à son art. 18, ce Protocole facultatif est entré en vigueur trois mois après sa ratification par 10 Etats parties au Pacte. Au 1er janvier 2014, 11 Etats l'avaient ratifié et 45 signé.

Comité portant sur l'interprétation des dispositions du Pacte I serviront de base à l'examen par le Comité des communications individuelles et, à l'inverse, que les conclusions sur les communications individuelles alimenteront les observations générales et la pratique du Comité. Or, comme nous le verrons encore par la suite, la pratique du Comité n'est pas sans influence sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui, elle, lie la Suisse. Du reste, selon la doctrine, l'entrée en vigueur de ce nouveau Protocole « marque une victoire importante pour la thèse de l'indivisibilité » des droits de l'homme et contribue « à rétablir l'égalité entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels »[350].

209. On relèvera enfin que le nouveau Protocole facultatif met en place un troisième mécanisme de contrôle, sous la forme d'une « procédure d'enquête » à disposition du Comité, pour autant que l'Etat concerné ait déclaré accepter la compétence de celui-ci. Cette procédure est prévue par l'art. 11 ch. 2 du Protocole facultatif : « Si le Comité reçoit des renseignements crédibles indiquant qu'un Etat Partie porte gravement ou systématiquement atteinte à l'un des droits économiques, sociaux et culturels énoncés dans le Pacte, il invite cet Etat Partie à coopérer avec lui aux fins de l'examen des informations ainsi portées à son attention et à présenter ses observations à leur sujet. ». Le Comité pourra alors faire des recommandations. La procédure est confidentielle.

b) Le Pacte II et son mécanisme de contrôle

210. Le Pacte II porte, comme son intitulé l'indique, sur les « droits civils et politiques », c'est-à-dire sur les droits et libertés ainsi que les garanties de procédure « classiques » (comme, par exemple, les libertés d'opinion et d'expression, de pensée et de religion, d'association et de réunion, le droit à la protection de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance, ainsi que les garanties de procédure en matière civile et pénale, ainsi qu'en cas de privation de liberté, le droit à la vie et l'interdiction de la peine de mort, de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants, etc.). Ce Pacte est, selon EMMANUEL DECAUX, la traduction de la nécessité d'un système quasi-juridictionnel au sein des Nations Unies[351]. Ainsi les droits protégés par le Pacte II sont généralement considérés comme « justiciables ». En principe, les dispositions de ce Pacte sont jugées directement applicables en droit interne, en Suisse[352].

211. A l'instar du Pacte I, mais depuis plus longtemps, le Pacte II fait l'objet d'un double mécanisme de contrôle. D'une part, comme pour le Pacte I, les Etats parties ont l'obligation de présenter des rapports périodiques sur les mesures qu'ils ont adoptées en vue d'assurer le respect des droits garantis, rapports qui sont adressés ici au Comité des droits de l'homme (ci-après : CDH ou Comité). On peut renvoyer à ce sujet, *mutatis mutandis*, a ce qui a été dit à propos de ce mécanisme pour le Pacte I (n° 206 ci-dessus).

D'autre part, il existe une procédure de communication individuelle, sur la base d'un Protocole facultatif au Pacte II, adopté le 16 décembre 1966 et entré en vigueur le 23 mars 1976, ratifié aujourd'hui par 115 Etats, mais pas par la Suisse. Cette procédure permet aux individus soumis à la juridicition d'un Etat partie de porter plainte devant le Comité des droits de l'homme (CDH). Celui-ci rend des décisions, qui sont en réalité

---

350 HERTIG RANDALL, Typologie, p. 53.

351 DECAUX, p. 257.

352 Voir par exemple ATF 119 Ib 311, 318.

des « constatations » sans portée juridiquement contraignante pour l'Etat et le particulier concernés, qui sont motivées au regard des obligations juridiques de l'Etat[353]. Le Comité peut aussi proposer des mesures s'imposant pour réparer le dommage (modification de législation, création d'une voie de droit, modification d'une décision, indemnisation). Ces propositions ne sont pas contraignantes.

L'absence de contrainte des constatations du Comité est palliée, selon le Comité lui-même, par la considération que les Etats ont accepté, en signant le Protocole, l'obligation juridique de donner effet aux dispositions correspondantes[354], et par le fait que les constatations du Comité sont rendues publiques.

2. Les dispositions pertinentes du Pacte I et leur portée

a) Les textes pertinents et les titulaires de la protection

212. Le Pacte est pertinent pour la présente étude en ce qu'il garantit la liberté syndicale, à son art. 8, dont le chiffre 1 engage les Etats parties à assurer :

> « a) Le droit qu'a toute personne de former avec d'autres des syndicats et de s'affilier au syndicat de son choix, sous la seule réserve des règles fixées par l'organisation intéressée, en vue de favoriser et de protéger ses intérêts économiques et sociaux. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale ou de l'ordre public, ou pour protéger les droits et les libertés d'autrui.
>
> b) Le droit qu'ont les syndicats de former des fédérations ou des confédérations nationales et le droit qu'ont celles-ci de former des organisations syndicales internationales ou de s'y affilier.
>
> c) Le droit qu'ont les syndicats d'exercer librement leur activité, sans limitations autres que celles qui sont prévues par la loi et qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale ou de l'ordre public, ou pour protéger les droits et les libertés d'autrui.
>
> d) Le droit de grève, exercé conformément aux lois de chaque pays. »

Le chiffre 2 de l'art. 8 permet toutefois aux Etats de soumettre l'exercice des droits énoncés au ch. 1 à des restrictions légales lorsqu'ils sont exercés par les membres des forces armées, de la police ou de la fonction publique. Le chiffre 3 prévoit cependant qu'« [a]ucune disposition du présent article ne permet aux Etats parties à la Convention de 1948 de l'Organisation internationale du Travail concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical de prendre des mesures législatives portant atteinte – ou d'appliquer la loi de façon à porter atteinte – aux garanties prévues dans ladite convention ». Le Pacte I réserve ainsi expressément la Convention n° 87 de l'OIT.

213. Les titulaires de la liberté syndicale au sens du Pacte I sont tous les individus concernés (« toute personne », selon l'art. 8 ch. 1 let. a), ainsi que les syndicats (art. 8

---

353 WILSON, Mécanismes de protection, p. 79. Plus généralement, sur ce mécanisme de contrôle, voir la thèse de CHRISTOPH PAPPA, *Das Individualbeschwerdeverfahren des Fakultativprotokolls zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte*, Berne 1996, spécialement pp. 309 ss sur la question du caractère exécutoire et de la force obligatoire (*Durchsetzbarkeit und Verbindlichkeit*) des décisions du Comité ; l'auteur relève que la majorité de la doctrine considère les décisions du Comité comme n'étant pas contraignantes (nicht verbindlich ; p. 316).

354 CDH, *Denzil Roberts c. Barbade*, n° 504/1992, du 19 juillet 1994, § 6.3.

ch. 1 let. b et c). L'art. 8 ch. 1 let. a garantit la liberté syndicale individuelle, tandis que les lettres b et c de la même disposition protègent la liberté syndicale collective.

L'on peut déduire de l'art. 8 du Pacte I que les syndicats sont définis comme des organisations qui tendent à favoriser et protéger les intérêts économiques et sociaux de leurs membres[355]. Le Pacte I n'évoque pas explicitement les délégués syndicaux ou représentants élus des travailleurs.

b) L'étendue de la protection : la jurisprudence du Comité des droits économiques, sociaux et culturels

214. L'art. 8 du Pacte I garantit donc la liberté syndicale. Cette disposition concrétise la liberté syndicale telle qu'elle est protégée dans le cadre de la liberté d'association prévue par l'art. 22 du Pacte II.

En vertu de l'art. 8 ch. 1 let. a, toute personne a le droit de créer un syndicat ou d'adhérer à un syndicat existant, « en vue de favoriser et de protéger ses intérêts économiques et sociaux ».

Les syndicats ont le droit de former des fédérations ou des confédérations nationales et ces dernières ont le droit de former des organisations syndicales internationales ou de s'y affilier (art. 8 ch. 1 let. b). L'art. 8 ch. 1 let. c garantit le droit des syndicats d'exercer librement leur activité. Font partie de cette activité syndicale protégée notamment « le libre exercice de la négociation salariale collective »[356].

Le Pacte I protège en outre le droit de grève « exercé conformément aux lois de chaque pays » (art. 8 ch. 1 let. d). Au sens de l'art. 8, la grève doit avoir pour but de favoriser et de protéger les intérêts économiques et sociaux des travailleurs. SUSANNE KUSTER ZÜRCHER note que l'art. 8 ch. 1 let. d n'implique pas nécessairement « qu'un syndicat soutienne ou assume la grève pour qu'elle soit légitime »[357]. Des grèves sauvages sont ainsi en principe protégées, à moins d'être exclues par le droit national. L'exigence de l'exercice du droit de grève conforme aux lois du pays « signifie uniquement que les Etats parties peuvent subordonner l'exercice du droit de grève à l'observance de certaines conditions de forme ou de procédure »[358]. Il peut s'agir par exemple du respect d'un délai d'attente ou du recours à une procédure de conciliation. Pour sa part, le Tribunal fédéral retient dans ce contexte que

> « Den Vertragsstaaten bleibt unbenommen, gewisse Einschränkungen des Streikrechts (z.B. Verbot von wilden Streiks und von Sympathiestreiks etc.) vorzusehen, solange sie den Arbeitnehmern die Möglichkeit zum Streik zwecks Verfolgung wirtschaftlicher und sozialer Ziele nicht verunmöglichen oder dadurch vereiteln, dass sie keinerlei Schutz vor Entlassung oder anderweitigen Sanktionen bei rechtmässigen Streiks vorsehen »[359].

215. L'étendue de la protection garantie par l'art. 8 du Pacte I fait l'objet d'une interprétation par l'organe compétent, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels. Comme nous l'avons vu pour la Suisse, en l'état actuel des ratifications, le Pacte I n'institue qu'un seul mécanisme de contrôle, celui des rapports périodiques à présenter au Comité sur les mesures adoptées en vue d'assurer le respect des droits garantis par le Pacte I.

---

355 KUSTER ZÜRCHER, p. 70, N 31.

356 KUSTER ZÜRCHER, p. 69, N 29 ; cf. également p. 70, N 33.

357 KUSTER ZÜRCHER, p. 71, N 34.

358 KUSTER ZÜRCHER, p. 71, N 36.

359 ATF 125 III 277, c. 2d.

Selon la pratique générale du Comité, sont protégées tant la liberté syndicale positive que la liberté syndicale négative[360].

S'agissant plus spécifiquement de la Suisse, le Comité s'est prononcé en novembre 2010, suite au rapport périodique de 2008 présenté par notre pays[361], à propos du droit de grève et de la protection des travailleurs syndicalistes en droit suisse[362].

216. S'inspirant notamment de la pratique des organes de l'OIT, le Comité exige en général que des restrictions légales à l'exercice du droit de grève soient raisonnables et ne portent pas une atteinte prépondérante au droit de grève[363]. SUSANNE KUSTER ZÜRCHER note dans ce contexte que

> « (s)ont admises, par exemple, les prescriptions légales qui exigent qu'un délai soit respecté ou qu'une procédure de conciliation soit suivie avant le début des opérations de lutte. De telles prescriptions ne doivent pas conduire à des restrictions générales ou permanentes du droit de grève en lui-même »[364].

En ce qui concerne la situation en Suisse, le Comité se montre préoccupé par le fait que

> « si le droit de grève est prévu par la législation, il est compromis dans l'Etat partie par l'interprétation du principe du "caractère raisonnable". En conséquence, en raison de l'interprétation que les tribunaux font du principe du "caractère raisonnable", des syndicalistes ont été condamnés au pénal pour avoir participé à une grève ou à une campagne syndicale (art. 8) »[365].

S'agissant par ailleurs de la situation des travailleurs syndicalistes en Suisse,

> « [l]e Comité note avec préoccupation que, en vertu du Code civil, les syndicalistes licenciés en raison de leurs activités syndicales ne peuvent pas être réintégrés dans leur emploi et ne sont indemnisés qu'à hauteur de six mois de salaire au maximum (art. 8).
>
> Le Comité recommande à l'Etat partie d'envisager de modifier ses textes législatifs pour permettre la réintégration des syndicalistes licenciés arbitrairement en raison de leurs activités syndicales. Il a pris note de la déclaration de la délégation de l'Etat partie selon laquelle une proposition de modification du Code civil visant à porter l'indemnité à douze mois de salaire au maximum fait actuellement l'objet d'une consultation publique »[366].

---

360 KUSTER ZÜRCHER, p. 70, N 32. Sur l'art. 8 du Pacte I et la jurisprudence correspondante du Comité en général, cf. aussi CRAVEN, pp. 248-284.

361 Deuxième et troisième rapports de la Suisse sur la mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte I de l'ONU), avril 2008. Cf. http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/11698.pdf (consulté le 15 décembre 2014).

362 COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, Examen des rapports présentés par les États parties conformément aux articles 16 et 17 du Pacte, Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels en ce qui concerne le rapport de la Suisse, 26 novembre 2010, E/C.12/CHE/CO/2-3.

363 *Ibid.*, ch. 10.

364 KUSTER ZÜRCHER, p. 71, N 36.

365 COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, Examen des rapports présentés par les États parties conformément aux articles 16 et 17 du Pacte, Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels en ce qui concerne le rapport de la Suisse, 26 novembre 2010, E/C.12/CHE/CO/2-3, ch. 10.

366 *Ibid.*, ch. 11.

c) Le caractère self executing ou non self executing des normes pertinentes

217. Pour ce qui est des considérations générales sur le caractère *self executing* ou *non self executing* des normes de droit international, nous renvoyons à ce qui a été dit précédemment (n^os^ 187 ss ci-dessus).

S'agissant des dispositions du Pacte I, il convient de relever que, au sens de l'art. 2 du Pacte, les Etats contractants s'engagent à agir « en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus ». De cette disposition, la conception traditionnelle déduit souvent que les dispositions du Pacte I ne sont, en règle générale, pas directement applicables[367]. Les Etats contractants ne s'engageraient qu'à mettre en œuvre les droits garantis par une adaptation progressive de leur législation interne. Une intervention du législateur est donc en général nécessaire. Ainsi, dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a clairement retenu que les dispositions du Pacte I ne sont en principe pas directement applicables[368]. Cette position est toutefois critiquée par une partie, croissante, de la doctrine, notamment parce qu'elle n'est pas suffisamment nuancée et qu'elle ne correspond pas à la jurisprudence du Comité des droits économiques, sociaux et culturels[369].

En effet, une telle affirmation aussi générale est discutable et certains droits garantis par le Pacte I pourraient sans doute se prêter à une applicabilité directe. Tel est notamment le cas de la liberté syndicale individuelle de l'art. 8 ch. 1 let. a. Du reste, dans son Message sur l'adhésion de la Suisse aux deux Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits de l'homme et une modification de la loi fédérale d'organisation judiciaire, du 30 janvier 1991, s'il déclarait que le Pacte I n'avait en principe qu'un caractère « programmatoire », le Conseil fédéral évoquait précisément, à titre d'exception, la liberté syndicale au sens de l'art. 8 ch. 1 let. a du Pacte I, disposition qui

---

367 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, p. 680 N 1528.

368 ATF 136 I 290, 293 ; 135 I 161, c. 2.2 ; 130 I 113, c. 3.3 ; 126 I 240 c. 2c ; 123 II 472, c. 4d ; 122 I 101, c. 2a ; 121 V 229, c. 3 ; 121 V 246, c. 2a et 2c ; 120 Ia 1, c. 5c.

369 Voir notamment WILSON, Pacte I, p. 243, qui s'exprime ainsi : « Selon la thèse traditionnelle, largement dépassée de nos jours, les droits économiques, sociaux et culturels ne sont pas des droits directement applicables puisque leur mise en œuvre au niveau national exige une intervention de l'Etat, une action et la fourniture de prestations positives » ; l'auteur poursuit en relevant que cette conception est « erronée » pour plusieurs raisons – que l'auteure détaille –, notamment parce qu'elle « ignore la pratique constante du Comité des droits économiques, sociaux et culturels relative à l'interprétation des droits garantis par le Pacte » (l'auteure se réfère à l'Observation générale n^o^ 3 du CDESC, de 1990, sur la nature des obligations des Etats, ainsi qu'à sa déclaration du 10 mai 2007 sur l'« Evaluation of the obligation to take steps to the "maximum of available resources" under an Optional Protocol to the Covenant », E/C.12/2007/1). Cf. aussi COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, *Examen des rapports présentés par les États parties conformément aux articles 16 et 17 du Pacte, Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels en ce qui concerne le rapport de la Suisse*, 26 novembre 2010, E/C.12/CHE/CO/2-3, ch. 5. Pour ce qui est de la doctrine, qui tend à nuancer la différence – ou à transcender la distinction – entre droits économiques, sociaux et culturels, d'une part, et droits civils et politiques, d'autre part, selon la thèse de l'« indivisibilité » des droits de l'homme, au profit de l'idée que, quelle que soit leur nature, tous les droits comportent pour les Etats une triple obligation, de respecter (to respect), de protéger (to protect) et de mettre en œuvre ou de donner effet (to fulfill), cf. notamment HERTIG RANDALL, Typologie, p. 52-53, ainsi que KÄLIN/KÜNZLI, Universeller Menschenrechtsschutz, N 319-329, pp. 124-128, NOWAK, Inhalt, pp. 10-11, WILSON, Pacte I, pp. 249-250, WILSON, L'applicabilité, pp. 1503 ss ; cf. aussi plus généralement, CHATTON, Pleine reconnaissance, notamment pp. 119 ss, et KÜNZLI JÖRG/EUGSTER ANJA/SPRING ALEXANDER, *Die Anerkennung justiziabler Rechte im Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte durch das Bundes- und das kantonale Recht*, Berne, 2012. Pour un résumé, et avec d'autres références, cf. MAHON, Abrégés II, N 22, pp. 37-40.

garantirait selon lui un droit subjectif et justiciable[370]. Dans l'ATF 121 V 246, le Tribunal fédéral a également retenu qu'« il n'est pas exclu, on l'a vu, que l'une ou l'autre des normes du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels puisse être considérée comme directement applicable, notamment l'art. 8 ch. 1 let. a concernant le droit de former des syndicats et de s'affilier au syndicat de son choix »[371]. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs confirmé cette jurisprudence dans des arrêts ultérieurs[372]. La doctrine partage l'avis du Tribunal fédéral. Selon SUSANNE KUSTER ZÜRCHER, la liberté syndicale telle que protégée par l'art. 8 ch. 1 let. a du Pacte I serait directement applicable en droit suisse et constituerait ainsi une exception par rapport au caractère *non self-executing* des autres dispositions du Pacte I[373]. ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI et MICHEL HOTTELIER sont du même avis, tout comme JÖRG KÜNZLI et WALTER KÄLIN, ainsi que BARBARA WILSON et d'autres[374].

218. En ce qui concerne le droit de grève reconnu par l'art. 8 ch. 1 let. d du Pacte I, le Tribunal fédéral a, tout en laissant ouverte la question de savoir si cette disposition était directement applicable ou pas, jugé néanmoins que des raisons non négligeables parlaient en faveur du caractère *self executing*[375]. PIERRE GARRONE considère lui aussi cette disposition comme directement applicable[376]. WOLFGANG PORTMANN, en revanche, estime que l'art. 8 ch. 1 let d n'est pas directement applicable, du moins s'agissant de la titularité du droit de grève[377]. Cet auteur s'exprime ainsi : « Art. 8 Abs. 1 lit. d Uno-Pakt I lässt die Kernfrage des Streikrechts, wem dieses zusteht, ungeregelt. Mangels hinreichender Bestimmtheit fehlt daher dieser Norm, soweit es um die Frage der Rechtsträgerschaft geht, der self-executing-Charakter. Gegen einen solchen sprechen auch wirtschaftliche und institutionelle Überlegungen sowie die dem Genehmigungsbeschluss zugrunde liegende Auffassung des (schweizerischen) Parlaments. Wird dieser Ansicht nicht gefolgt, muss der materielle Gehalt von Art. 8 Abs. 1 lit. d Uno-Pakt I ermittelt werden. Zuständig zum Entscheid darüber, wie diese Norm inhaltlich auszulegen ist, sind wiederum die nationalen rechtsanwendenden Instanzen. Die Stellungnahmen des Uno-Sozialausschusses zu Auslegungsfragen haben keine bindende Wirkung »[378].

---

370 Message sur l'adhésion de la Suisse aux deux Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits de l'homme et une modification de la loi fédérale d'organisation judiciaire, du 30 janvier 1991, FF 1991 I 1129, p. 1141.

371 ATF 121 V 246, 250, c. 2e. Cf. également ATF 121 V 229, c. 3a ; ATF 121 V 229, c. 2c et 2e.

372 ATF 126 I 240 p. 243 ; ATF 125 III 277, c. 2d ; ATF 123 II 472, c. 4d.

373 KUSTER ZÜRCHER, pp. 67 s., N 26 s.

374 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, p. 682, N 1532 ; KÜNZLI/KÄLIN, p. 123, qui semblent même admettre le caractère *self executing* de l'ensemble de l'art. 8 ch. 1, avec d'autres références ; WILSON, Pacte I, p. 245 ; MALINVERNI, Les Pactes, p. 76 ; cf. également WYLER/HEINZER, p. 50.

375 ATF 125 III 277, 281-283 c. 2d et 2e : « Es sprechen (…) beachtliche Gründe dafür, der betreffenden Bestimmung self-executing-Charakter zuzubilligen ». Dans le même sens, cf. WYLER/HEINZER, p. 792.

376 GARRONE, p. 803, N 22.

377 PORTMANN, p. 227.

378 *Ibid.*, pp. 233-234, passage qu'on peut traduire à peu près ainsi : « L'art. 8 ch. 1 let. d du Pacte I ne règle pas la question fondamentale de l'appartenance du droit de grève. Ainsi, cette norme n'étant pas suffisamment précise, elle n'est pas applicable directement en ce qui concerne la titularité de ce droit. Des considérations économiques et institutionnelles ainsi que l'opinion du Parlement (suisse) au moment de l'approbation du Pacte confirment ce point de vue. Si l'on affirme le contraire, il faut alors déterminer le contenu matériel de l'art. 8 par. 1 let. d du Pacte I. Or, ce sont à nouveau les instances nationales d'application du droit qui sont compétentes pour décider de l'interprétation à donner au contenu de cette norme. Les prises de position du Comité de l'ONU n'ont pas force contraignante ».

Dans le rapport explicatif du Conseil fédéral concernant la révision partielle du Code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié) de septembre 2010, l'on trouve un indice du caractère non directement applicable de l'article 8 Pacte I, en ce sens que le Conseil fédéral y retient que « l'art. 8 trouve sa concrétisation dans l'art. 336, al. 2, let. a et b, CO »[379].

La question de l'applicabilité directe des normes du Pacte I est donc, on le voit, discutée, pour ne pas dire controversée. On ne saurait néanmoins affirmer qu'ils sont tous, de manière générale, non justiciables.

3. Les dispositions pertinentes du Pacte II et leur portée

a) Les textes pertinents et les titulaires de la protection

219. L'art. 22 du Pacte II garantit la liberté d'association. Il prévoit à son ch. 1 que « [t]oute personne a le droit de s'associer librement avec d'autres, y compris le droit de constituer des syndicats et d'y adhérer pour la protection de ses intérêts ».

Le chiffre 2 précise que « [l]'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, de l'ordre public, ou pour protéger la santé ou la moralité publiques ou les droits et les libertés d'autrui. Le présent article n'empêche pas de soumettre à des restrictions légales l'exercice de ce droit par les membres des forces armées et de la police.

Enfin, le chiffre 3 vise à garantir qu'« aucune disposition du présent article ne permet aux Etats parties à la Convention de 1948 de l'Organisation internationale du Travail concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical de prendre des mesures législatives portant atteinte – ou d'appliquer la loi de façon à porter atteinte – aux garanties prévues dans ladite convention ».

220. Dans le cadre du Pacte II, la liberté syndicale est ainsi explicitement garantie en tant qu'élément de la liberté d'association. « Toute personne » est titulaire de la liberté syndicale au sens de l'art. 22 ch. 1 du Pacte II, lequel garantit donc la liberté syndicale individuelle.

L'on peut déduire de l'art. 22 du Pacte II que les syndicats sont définis comme des organisations qui tendent à protéger les intérêts de leurs membres, ce qui représente une définition plus large que celle prévue par l'art. 8 du Pacte I. Il faut toutefois noter que l'art. 22 Pacte II ne garantit pas explicitement la liberté syndicale collective des syndicats. MANFRED NOWAK retient clairement que « freedom of trade unions covers the collective right of unions to perform activities to protect the interests of their members »[380]. Selon SUSANNE KUSTER ZÜRCHER, il ne fait « pas de doute que la liberté syndicale au sens de l'article 22 ch. 1 Pacte ONU II comprend aussi le droit collectif des syndicats de déployer des activités pour protéger les intérêts de leurs membres »[381].

Le Pacte II n'évoque pas explicitement les délégués syndicaux ou les représentants élus des travailleurs.

---

379 CONSEIL FÉDÉRAL, Révision partielle du code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié) – Rapport explicatif et avant-projet, septembre 2010, p. 23.

380 NOWAK, Covenant, p. 502, N 15.

381 KUSTER ZÜRCHER, p. 74, N 44.

b) L'étendue de la protection : la jurisprudence du Comité des droits de l'homme

221. Le Pacte II impose aux Etats signataires non seulement des devoirs d'abstention, mais également des obligations de protection des droits garantis. L'art. 2 ch. 2 du Pacte II prévoit ainsi l'obligation d'adopter des mesures « propres à donner effet aux droits reconnus » dans le Pacte.

En vertu de l'art. 22 ch. 1, toute personne a le droit de créer un syndicat ou d'adhérer à un syndicat existant, « pour la protection de ses intérêts ». Cette disposition protège non seulement la liberté syndicale positive, mais également la liberté syndicale négative[382].

222. Comme précédemment évoqué, l'étendue de la protection garantie par l'art. 22 du Pacte II fait l'objet d'une interprétation par l'organe compétent, le Comité des droits de l'homme, dans le cadre des deux mécanismes de contrôle qui ont été décrits plus haut, le système des rapports étatiques périodiques et celui des communications individuelles, qui débouchent sur des recommandations du Comité aux Etats ou sur des observations finales du Comité, « qui peut constater une (…) violation »[383]. Comme on l'a souligné, la possibilité d'une communication individuelle n'est ouverte que contre les Etats qui ont non seulement ratifié le Pacte II, mais également le Protocole facultatif n° 1, ce qui n'est pas le cas de la Suisse.

223. La liberté syndicale collective n'étant pas explicitement garantie par l'art. 22 du Pacte II, l'étendue et la portée de cette liberté des syndicats ne sont pas très claires[384]. Le Comité des droits de l'homme ne semble pas avoir traité de cette question de manière détaillée. Il a certes, dans un cas, indirectement reconnu que l'art. 22 du Pacte II protégeait également les activités syndicales[385], tout en niant dans un cas ultérieur une garantie spécifique du droit de grève[386].

MANFRED NOWAK note que « trade unions are guaranteed not only the right to organize and to have members but also the right to take action to protect the interests of their members »[387]. Il se montre critique à l'égard de la position du Comité[388] : « The object and purpose of freedom of trade unions are not limited to a mere formal claim to organize trade unions. Trade unions are instead a means to serve the underlying object of organized protection of employee interests »[389].

SUSANNE KUSTER ZÜRCHER critique également l'absence de reconnaissance de la liberté syndicale collective et de protection des syndicats dans leurs activités visant à

---

382 NOWAK, Covenant, p. 500, N 12 ; KUSTER ZÜRCHER, p. 74, N 43.

383 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, p. 46, N 102.

384 NOWAK, Covenant, pp. 502 ss, N 15 ss ; ACHERMANN/CARONI/KÄLIN, p. 219.

385 Communication n° 52/1979, *Saldias de Lopez v. Uruguay*, *in* Yearbook of the Human Rights Committee 1981-1982, vol. II, p. 324, 326.

386 Communication n° 118/1982, *J. B. et al., represented by the Alberta Union of Provincial Employees v. Canada*, *in* Yearbook of the Human Rights Committee 1985-1986, vol. II, pp. 524, 527 ss. Pour un commentaire de cette décision, cf. NOWAK, Covenant, pp. 502 s., N 16 ; cf. aussi ACHERMANN/CARONI/KÄLIN, pp. 219-220.

387 NOWAK, Covenant, p. 503, N 18.

388 NOWAK, Covenant, pp. 503 s., N 17 s.

389 NOWAK, Covenant, p. 504, N 19.

défendre les intérêts de leurs membres[390]. ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI et MICHEL HOTTELIER considèrent quant à eux que l'art. 22 du Pacte II « implique la liberté de défendre les intérêts professionnels des adhérents, donc aussi un droit d'action collective du syndicat »[391]. Dans ce contexte, ces auteurs ne font aucune distinction entre l'art. 11 CEDH et l'art. 22 du Pacte II.

On notera encore que le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si l'art. 22 du Pacte II protège le droit de grève[392].

c) Le caractère self executing ou non self executing des normes pertinentes

224. Comme on l'a déjà indiqué, le Tribunal fédéral reconnaît de manière générale un caractère directement applicable aux dispositions du Pacte II[393], conception qui est partagée par la doctrine. Selon SUSANNE KUSTER ZÜRCHER, par exemple, les dispositions du Pacte II, dont notamment l'art. 22, sont directement applicables en droit interne[394]. De même, pour ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI et MICHEL HOTTELIER, les droits garantis par le Pacte II « sont conçus et rédigés pour pouvoir être invoqués directement par les particuliers »[395].

4. Conclusions intermédiaires

La Suisse a ratifié les Pactes I et II de l'ONU, mais n'a pas ratifié les protocoles facultatifs accompagnant chacun de ces Pactes et instituant des mécanismes de contrôle permettant aux particuliers d'introduire une requête individuelle concernant la violation d'un droit garanti par ces Pactes. Ainsi, la Suisse n'est soumise qu'à un contrôle par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, pour le Pacte I, et par le Comité des droits de l'homme, pour le Pacte II, qui passe par les rapports étatiques périodiques et les recommandations de ces comités. Ainsi que nous l'avons relevé, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels s'est prononcé en novembre 2010, suite au rapport périodique de 2008 présenté par notre pays. Il a notamment noté avec préoccupation que les syndicalistes licenciés en raison de leurs activités syndicales n'étaient pas suffisamment protégés en droit suisse[396]. La procédure de contrôle des Pactes I et II n'a toutefois ni nature contentieuse, ni portée juridique contraignante ; son respect ne dépend que de l'engagement solennel des Etats à respecter les traités en cause.

De plus, on ne peut guère parler, en l'état actuel des ratifcations et de la jurisprudence du Tribunal fédéral, d'application directe des droits protégés par le Pacte I, à l'exception peut-être de l'art. 8 ch. 1 let. a si l'on se réfère à la position du Tribunal fédéral et de la doctrine.

En revanche, le Tribunal fédéral reconnaît pleinement, et de manière générale, le caractère directement applicable des dispositions du Pacte II et des droits que celui-ci

---

390 KUSTER ZÜRCHER, pp. 74 s., N 44 ss.

391 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, p. 355, N 742.

392 ATF 125 III 277, c. 2e.

393 ATF 121 V 246, 249.

394 KUSTER ZÜRCHER, p. 73, N 40.

395 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, p. 46, N 101.

396 Cf. COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, Examen des rapports présentés par les États parties conformément aux articles 16 et 17 du Pacte, Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels en ce qui concerne le rapport de la Suisse, 26 novembre 2010, E/C.12/CHE/CO/2-3.

protège, avis partagé par la doctrine, ce qui permet déjà d'affirmer que la liberté d'association de l'art. 22 Pacte II est directement applicable devant les juridictions suisses.

D. La Convention européenne des droits de l'homme et la Charte sociale européenne

1. Généralités : pertinence et incidence des normes du Conseil de l'Europe

225. Conclue le 4 novembre 1950 sous l'égide du Conseil de l'Europe, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après : CEDH ou Convention) a été ratifiée par la Suisse le 28 novembre 1974, avec effet au 28 novembre 1974 (RS 0.101).

La CEDH a pour but la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales en engageant les Etats à prendre des mesures propres à assurer la garantie de certains droits qui avaient déjà été énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme[397].

Il s'agit certainement de l'instrument international de sauvegarde des droits fondamentaux le plus important pour la Suisse et aussi celui qui a le plus d'impact dans notre pays, compte tenu de l'efficacité du mécanisme de contrôle qui l'accompagne. La CEDH est en principe et pour la plupart de ses dispositions directement applicable en Suisse et les droits qu'elle contient sont, avec quelques nuances, directement invocables devant les tribunaux[398].

226. Depuis l'entrée en vigueur du Protocole additionnel n° 11 en 1998[399], seule la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : CourEDH ou la Cour) connaît des requêtes individuelles qui peuvent être déposées par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation de la Convention (art. 34 CEDH). Ainsi, l'application de la Convention est assurée à un double niveau, à un niveau interne d'abord, puisque les Etats ont l'obligation de protéger les droits garantis par le biais de leurs propres juridictions, nationales, et à un niveau externe aussi, et surtout, par le biais de l'existence d'une cour internationale compétente pour connaître des violations, réelles ou prétendues, de la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme.

227. Les arrêts de la Cour ont certes un caractère uniquement déclaratoire – et non cassatoire – puisqu'il appartient aux Etats parties d'en assurer l'exécution et le respect[400]. Cela n'enlève cependant rien à leur caractère obligatoire pour les Etats parties au litige, qui sont tenus d'exécuter l'arrêt, même s'ils peuvent choisir, à cet effet, le moyen prévu par leur droit interne (obligation de résultat, et non de moyen). De plus, les arrêts de la Cour déploient leurs effets non seulement par rapport à l'Etat

---

397 Voir le Préambule de la CEDH.

398 Sur l'applicabilité directe des normes de la Convention, du moins de ses articles 2 à 14, cf. SZYMCZAK, pp. 130 s.; MAHON, Abrégé II, N 19, p. 28.

399 Ratifié par la Suisse le 13 juillet 1995.

400 Sur l'exécution des arrêts de la Cour, en général, cf. LAMBERT ABDELGAWAD, pp. 427 ss.

partie au litige mais également et indirectement à l'égard des autres Etats parties à la Convention[401].

On relèvera encore que le Conseil des Ministres, organe executif du Conseil de l'Europe, a la tâche de surveiller l'exécution des arrêts de la Cour en vérifiant que l'Etat a bien pris et exécuté les mesures nécessaires à la mise en œuvre de l'arrêt[402]. En cas de non-exécution par l'Etat (opposition ou retard), le Comité peut adopter des résolutions intérimaires ou menacer de l'exécution de l'art. 8 du Statut du Conseil de l'Europe[403].

228. Compte tenu de ce mécanisme particulier, juridictionnel, de contrôle qui lui est inhérent, et de l'incidence de la jurisprudence de la Cour, il paraît pertinent – et même indispensable – d'examiner dans le cadre de la présente étude quelle est la contribution de la Convention européenne des droits de l'homme à la question du droit syndical et de la liberté syndicale, ainsi que, plus spécifiquement, à celle de la protection des représentants des travailleurs.

C'est ce que nous ferons ci-après, en présentant tout d'abord les textes pertinents, à savoir essentiellement l'art. 11 de la Convention (ch. 2), puis en analysant la jurisprudence de la Cour quant à l'interprétation de cette disposition (ch. 3), ainsi que la question du caractère directement applicable – ou non – de celle-ci (ch. 4). On examinera encore, dans un excursus, l'apport éventuel de la Charte sociale européenne (ch. 5), avant de tirer quelques conclusions intermédiaires de cet examen des normes du Conseil de l'Europe (ch. 6).

2. L'article 11 CEDH : textes pertinents et titulaires de la protection

229. Comme indiqué, c'est essentiellement l'art. 11 CEDH qui constitue la disposition pertinente de la Convention pour la présente étude. Cette disposition, qui garantit la liberté de réunion pacifique et d'association, a la teneur suivante :

> « 1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.
>
> 2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat ».

230. La CEDH garantit ainsi, explicitement, à l'instar du Pacte II de l'ONU, la liberté syndicale, dans le cadre de la liberté d'association. Comme pour l'art. 22 ch. 1 du Pacte II, est titulaire de la protection assurée par cette disposition « toute personne », la disposition garantissant ainsi la liberté syndicale individuelle.

---

401 MALINVERNI, La Convention, p. 425.

402 MALINVERNI, La Convention, pp. 430-431 ; LAMBERT ABDELGAWAD, pp. 427 ss.

403 Disposition qui prévoit : «Tout Membre du Conseil de l'Europe qui enfreint les dispositions de l'art. 3 peut être suspendu de son droit de représentation et invité par le Comité des Ministres à se retirer dans les conditions prévues à l'art. 7. S'il n'est pas tenu compte de cette invitation, le Comité peut décider que le Membre dont il s'agit a cessé d'appartenir au Conseil à compter d'une date que le Comité fixe lui-même ».

Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la nationalité des travailleurs et la nature de droit privé ou public de leur contrat de travail importent peu[404].

Il découle par ailleurs de l'art. 11 ch. 1 que les syndicats sont définis comme des organisations dont le but est la défense des intérêts de leurs membres. Pas plus que l'art. 22 du Pacte II ou l'art. 8 du Pacte I, l'art. 11 ch. 1 CEDH ne garantit explicitement la liberté syndicale collective appartenant aux syndicats. Il ressort toutefois de la jurisprudence de la Cour que non seulement les individus, mais également les syndicats sont bénéficiaires de la liberté syndicale[405]. L'art. 11 CEDH protège ainsi non seulement la liberté syndicale des individus, mais également celle des syndicats ou des organisations eux-mêmes[406].

A l'instar des deux Pactes de l'ONU, la CEDH n'évoque pas explicitement les délégués syndicaux ou représentants élus des travailleurs.

3. L'étendue de la protection : la jurisprudence de la Cour

231. Comme on l'a dit, les droits garantis par la Convention sont protégés non seulement par les juridictions internes des Etats qui ont ratifié la Convention, mais aussi par un mécanisme de contrôle international. L'étendue de la protection garantie par l'art. 11 CEDH fait ainsi l'objet d'une interprétation par l'organe compétent, la Cour européenne des droits de l'homme, à Strasbourg[407].

Selon la jurisprudence de la Cour, les Etats sont libres en principe de décider quelles mesures ils entendent prendre afin d'assurer le respect la liberté syndicale au sens de l'art. 11[408]. En d'autres termes, les modalités d'exercice du droit syndical, dont notamment le droit d'action collective, relèvent de la marge d'appréciation des Etats[409]. Les Etats ont néanmoins l'obligation d'y inclure les éléments considérés comme essentiels par la jurisprudence de la Cour[410].

Dans ce contexte, il convient de distinguer la liberté syndicale positive de la liberté syndicale négative.

232. Sous l'angle de la liberté syndicale *positive*, la Convention protège principalement trois aspects. Tout d'abord, en vertu de l'art. 11 ch. 1, toute personne a le droit de créer un syndicat ou d'adhérer à un syndicat existant, « pour la défense de ses intérêts »[411].

---

404 Affaire *Gustafsson v. Sweden*, du 25 avril 1996 (requête n° 15573/89).

405 Affaire *Schmidt et Dahlström c. Suède*, du 6 février 1976 (requête n° 5589/72) ; affaire *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède*, du 6 février 1976 (requête n° 5614/72) ; affaire *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, du 27 octobre 1975 (requête n° 4464/70).

406 KUSTER ZÜRCHER, p. 57, N 4.

407 Cf. Protocole additionnel n° 11 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention, conclu le 11 mai 1994, ratifié par la Suisse le 13 juillet 1995, avec effet au 1er novembre 1998 (RS 0.101.09). En Suisse, la constatation d'une violation de la Convention par la Cour est un motif de révision d'un arrêt du Tribunal fédéral. Cf. art. 122 de la loi sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (RS 173.110).

408 Arrêt de la Grande Chambre en la cause *Demir et Baykara c. Turquie*, du 12 novembre 2008 (requête n° 34503/97) ; arrêt *Dilek et autres c. Turquie*, du 17 juillet 2007 (requêtes nos 74611/01, 26876/02 et 27628/02).

409 RENUCCI, p. 180, N 219 ; REID, pp. 457 s., N II-392.

410 Arrêt de la Grande Chambre *Demir et Baykara c. Turquie*, du 12 novembre 2008 (requête n° 34503/97).

411 Cf. par exemple arrêt de la Grande Chambre *Demir et Baykara c. Turquie*, du 12 novembre 2008 (requête n° 34503/97).

Quant aux syndicats, ils bénéficient d'une liberté organisationnelle qui leur reconnaît, ainsi qu'à leurs membres, « le droit de structurer de manière autonome l'organisation interne et sa représentation à l'extérieur »[412]. De plus, les syndicats disposent d'une liberté dans l'exercice de leurs actions « destinée à protéger l'exercice des activités syndicales typiques visant à préserver les intérêts (professionnels) des travailleurs représentés »[413].

233. En second lieu, en ce qui concerne la négociation collective et le droit de conclure des conventions collectives, la Cour a jugé, dans un premier temps, que l'art. 11 n'assurait pas un traitement spécifique aux syndicats et, en particulier, ne leur garantissait pas le droit de conclure des conventions collectives[414]. La négociation collective ne constituait ainsi qu'un moyen parmi d'autres pour se faire entendre.

Par la suite, dans son arrêt *Wilson et Union nationale des journalistes et autres c. Royaume-Uni*, la Cour a retenu que même si la négociation collective n'était pas indispensable à une jouissance effective de la liberté syndicale, elle pouvait être l'un des moyens par lesquels les syndicats pouvaient être mis en mesure de protéger les intérêts de leurs affiliés[415].

Finalement, dans l'arrêt *Demir et Baykara c. Turquie*, la Grande Chambre a reconnu que la liste des droits syndicaux avait « vocation à évoluer en fonction des développements caractérisant le monde du travail »[416]. Evoquant le lien organique qui existe entre la liberté syndicale et la liberté de mener des négociations collectives et tenant compte des développements du droit du travail tant international que national, ainsi que de la pratique des Etats contractants en la matière, la Grande Chambre a jugé que le droit de conclure une convention collective est « l'un des moyens principaux, voire le moyen principal pour les membres d'un syndicat de protéger leurs intérêts »[417]. En modifiant ainsi sa jurisprudence antérieure, elle a dès lors jugé que

> « le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du "droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts" énoncé à l'article 11 »[418].

L'arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* a ainsi considérablement élargi la portée de la liberté syndicale telle que garantie par l'art. 11 CEDH[419].

234. En ce qui concerne, en troisième lieu, le droit à la grève, la Cour a, dans l'arrêt *Schmidt et Dahlström c. Suède*, reconnu le droit de grève comme l'un des moyens d'action les plus efficaces des syndicats, tout en retenant néanmoins aussi la possibilité d'autres mesures d'action collective :

> « (l)'article 11 laisse à chaque Etat le choix des moyens à employer [pour rendre l'action collective possible] ; l'octroi du droit de grève représente sans nul doute l'un des plus

---

412 KUSTER ZÜRCHER, p. 58, N 6. Cf. également arrêt *Johansson c. Suède*, du 7 mai 1990 (requête n° 13537/88).

413 KUSTER ZÜRCHER, p. 58, N 6.

414 Arrêt *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède*, du 6 février 1976 (requête n° 5614/72).

415 Arrêt *Wilson et Union nationale des journalistes et autres c. Royaume-Uni*, du 2 juillet 2002 (requêtes nos 30668/96, 30671/96 et 30678/96).

416 Arrêt de la Grande Chambre *Demir et Baykara c. Turquie*, du 12 novembre 2008 (requête n° 34503/97), par. 146.

417 *Ibid.*, par. 129.

418 *Ibid.*, par. 154.

419 Cf. FROWEIN/PEUKERT, N 17 *ad* art. 11 CEDH, p. 383 ; RENUCCI, p. 183, N 223 ; EWING/HENDY, p. 48.

importants d'entre eux, mais il y en a d'autres »[420].

La Convention ne garantit donc pas le droit de grève en tant que tel[421]. La Cour a néanmoins reconnu dans une certaine mesure, ou indirectement, un droit de grève dans les circonstances spécifiques de l'arrêt *Enerji Yapı-Yol Sen c. Turquie*[422]. Elle a également reconnu, dans un arrêt plus récent, de 2014, que la grève est protégée dans le cadre de l'art. 11 CEDH[423].

235. L'art. 11 ch. 1 CEDH protège aussi la liberté syndicale *négative*, dans le but de protéger les travailleurs contre toute affiliation forcée à un syndicat[424]. Est importante dans ce contexte, notamment, l'interdiction des accords de monopole syndical[425].

236. On notera finalement que l'art. 11 ch. 1 CEDH prévoit non seulement une protection contre les ingérences injustifiées dans la liberté syndicale de la part de l'Etat, mais qu'il impose également à celui-ci une obligation d'instaurer des mesures de protection contre les discriminations antisyndicales. Le droit interne devrait ainsi, selon SUSANNE KUSTER ZÜRCHER, exclure « les sanctions d'employeurs contre des travailleurs pour leur activité syndicale »[426]. Quant à ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI et MICHEL HOTTELIER, ils retiennent dans le contexte de la CEDH que l'Etat « doit aussi protéger les syndicats contre les mesures par lesquelles les employeurs cherchent parfois à entraver le recrutement de leurs membres ou à licencier les militants qui se trouvent à leur service »[427].

Selon la jurisprudence de la Cour, « [il] appartient à l'Etat de veiller à ce que les adhérents des syndicats ne soient pas empêchés ou retenus d'utiliser leur syndicat pour les représenter dans leurs tentatives de réguler leurs relations avec leurs employeurs »[428]. La Cour a ainsi jugé contraire à l'art. 11 CEDH le fait de permettre à des employeurs de recourir à des incitations financières afin de pousser des salariés à renoncer à des droits syndicaux importants, tant en ce qui concerne les syndicats requérants que les individus requérants[429].

Il convient de mentionner encore, dans ce contexte, l'arrêt *Danilenkov* dans lequel la CourEDH a prôné la mise en place – et l'adoption des règles correspondantes – d'un

---

420 Arrêt *Schmidt et Dahlström c. Suède*, du 6 février 1976 (requête n° 5589/72), par. 61. De même, arrêt *Dilek et autres c. Turquie*, du 17 juillet 2007 (nos 74611/01, 26876/02 et 27628/02).

421 REID, p. 462, N II-399.

422 Arrêt *Enerji Yapı-Yol Sen c. Turquie*, du 21 avril 2009 (requête n° 68959/01). Cf. MALINVERNI, La Convention, p. 411 ; FROWEIN/PEUKERT, N 18 *ad* art. 11 CEDH, p. 383.

423 Arrêt *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. The United Kingdom*, du 8 avril 2014, requête n° 31045/10, par. 84 ; sur cet arrêt, et la reconnaissance de la grève, voir ci-dessous, dans le texte, le n° 241, ainsi que la citation en note de bas de page 445.

424 Arrêt de la Grande Chambre *Sørensen et Rassmussen c. Danemark*, du 11 janvier 2006 (rquêtes nos 52562/99 et 52620/99) ; arrêt *Gustafsson c. Suède*, du 25 avril 1996 (requête n° 15573/89) ; arrêt *Sigurdur A. Sigurjónsson c. Islande*, du 30 juin 1993 (requête n° 16130/90). Cf. également RENUCCI, pp. 182 s., N 222 ; REID, pp. 459 s., N II-394 ; FROWEIN/PEUKERT, N 14-15 *ad* art. 11 CEDH, pp. 381-382 ; VALTICOS, pp. 425-426.

425 Arrêt *Sørensen et Rasmussen c. Danemark*, du 11 janvier 2006 (requête nos 52562/99 et 52620/99).

426 KUSTER ZÜRCHER, p. 58, N 5 ; cf. aussi FROWEIN/PEUKERT, N 20 *ad* art. 11 CEDH, p. 384.

427 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, p. 354, N 741.

428 Arrêt *Wilson et Union nationale des journalistes et autres c. Royaume-Uni*, du 2 juillet 2002 (nos 30668/96, 30671/96 et 30678/96), par. 46.

429 Arrêt *Wilson et Union nationale des journalistes et autres c. Royaume-Uni* du 2 juillet 2002 (nos 30668/96, 30671/96 et 30678/96). Cf. également RENUCCI, p. 180, N 219 ; REID, p. 462, N II-398.

système judiciaire assurant une protection réelle et effective contre les discriminations à l'encontre des syndicats et de leurs membres :

> « The Court is thus not persuaded that a criminal prosecution, which depended on the ability of the prosecuting authorities to unmask and prove direct intent to discriminate against the trade union members, could have provided adequate and practicable redress in respect of the alleged anti-union discrimination »[430].

237. Est particulièrement pertinente, toujours dans ce contexte, l'affaire *Vasile Predescu*, affaire actuellement pendante devant la Cour[431]. Le requérant, un ouvrier, élu membre d'une commission financière et de contrôle d'un syndicat, a vu son contrat de travail résilié pour des raisons économiques dans le cadre d'une importante réduction du personnel. Ayant contesté son licenciement au motif qu'il aurait en réalité été licencié pour son appartenance à un syndicat, il a d'abord obtenu gain de cause devant la première instance nationale, laquelle a ordonné sa réintégration, « en application des dispositions de l'article 60 du code du travail qui interdisait le licenciement des élus syndicaux pendant la durée de leurs fonctions électives, sauf pour faute disciplinaire grave ou répétée » ; sur recours de l'entreprise, la cour d'appel a toutefois cassé le premier jugement, considérant que celui-ci était légal, la protection de l'article 60 en question visant selon son interprétation uniquement les dirigeants syndicaux. L'intéressé a porté l'affaire devant la Cour européenne, invoquant une violation de l'article 11 CEDH[432]. Ainsi que le souligne KURT PÄRLI, cette affaire pourrait avoir des implications pour la Suisse si la Cour devait trancher en faveur du requérant[433].

4. Le caractère *self executing* ou *non self executing* des normes pertinentes

238. Les droits garantis par la Convention sont directement applicables en Suisse[434], du moins pour ce qui concerne les garanties prévues aux articles 2 à 18[435]. Les droits contenus dans la CEDH peuvent donc être invoqués par les particuliers devant les tribunaux suisses.

239. La jurisprudence de la CourEDH témoigne d'un certain dynamisme[436], en ce que celle-ci entend « protéger des droits concrets et effectifs, et non théoriques et illusoires »[437], dynamisme qui est concrétisé par une obligation faite aux Etats de respecter, de réaliser et de protéger effectivement les droits de l'homme, quelle que soit leur nature[438].

240. Comme le souligne KURT PÄRLI, de par sa jurisprudence, notamment, en ce qui concerne l'art. 11 CEDH, celle des arrêts *Demir et Baykara* et *Enerji Yopi-Yol Sen*, la

---

430 Arrêt *Danilenkov et autres c. Russie*, du 30 juillet 2009, requête n° 67336/01, par. 124 et 135-136. Cf également PÄRLI, Art. 11 EMRK, p. 457.

431 CourEDH, requête n° 72417/10, *Vasile Predescu c. Roumanie*, introduite le 19 octobre 2010.

432 Pour l'exposé des faits, tel qu'il figure sur le site de la Cour, cf. http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-121360 (consulté le 26 janvier 2015) ; cf. aussi PÄRLI, p. 461.

433 PÄRLI, p. 461.

434 Sur la notion d'applicabilité directe, et pour les considérations générales en la matière, voir ce qui a été dit plus haut (nos 187 ss).

435 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, p. 43, N 92.

436 MAHON, Abrégé II, N 22, p. 37.

437 Affaire *Airey v. Ireland*, du 9 octobre 1979 (requête n° 6289/73).

438 MAHON, Abrégé II, N 22, pp. 38-39.

Cour a clairement étendu le champ d'application matériel des droits protégés par la Convention[439], droits qui assurent, selon cet auteur, une protection similaire à celle du Pacte I[440], tout en permettant cependant la saisine individuelle d'une instance juridictionnelle internationale, ce que le Pacte I ne permet pas (puisque la Suisse n'a pas ratifié le Protocole facultatif qui s'y rapporte).

KURT PÄRLI est ainsi de l'avis qu'au travers de sa jurisprudence dynamique et évolutive, qui reprend les diverses sources internationales du droit syndical et de la liberté syndicale, ainsi que la pratique qui s'y réfère, cela que les Etats aient ou non ratifié ces sources, la Cour procède en quelque sorte à une « intégration » du droit international du travail, idée que l'auteur exprime ainsi, dans le contexte de l'arrêt *Demir et Baykara*[441] :

> « (…) mündeten die Ausführungen zu diesem in der Lehre als « evolutives Auslegungsprinzip » genannten Vorgehen in der bemerkenswerten Feststellung, der Konsens, der sich in den spezifischen internationalen Instrumenten einschliesslich der Praxis der Konventionsstaaten wiederfinde, bilde für den EGMR « a relevant consideration for the Court when it interprets the provisions of the Convention in a specific case ». Dabei komme es gar nicht darauf an, ob der beschwerte Staat alle relevanten internationalen Instrumente ratifiziert habe. Entscheidend sei, dass die im konkreten Fall einschlägigen völkerrechtlichen Verträge « denote a continous evolution in the norms and principles applied in international law or in the domestic law of the majority of member States of the Council of Europe and show, in a precise area, that there is a common ground in modern societies [...] ».

241. PÄRLI en arrive ainsi, au travers ou au-delà de cette intégration de diverses normes du droit international par l'interprétation évolutive de la Cour, à discerner une forme de « constitutionnalisation » des droits sociaux[442].

Toujours selon cet auteur, dans l'hypothèse où la Cour européenne devait trancher une affaire impliquant la Suisse, pour cause de prétendue violation de l'art. 11 CEDH, la juridiction de Strasbourg pourrait bien prendre en compte la pratique et les recommandations du Comité de la liberté syndicale de l'OIT ou des organes de la Charte sociale européenne et les appliquer, même si les premières ne valent – comme on l'a vu – qu'en tant que « simple » recommandation (n^{os} 181 à 186 et 202 ci-dessus) et si la Suisse n'a pas ratifié la Charte, ainsi qu'on le verra encore (ch. 5 ci-après)[443]. PÄRLI estime de ce fait que la législation suisse en matière de licenciement pourrait être remise en question par l'intégration de ces diverses normes internationales dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'art. 11 CEDH.

242. La Cour a partiellement confirmé, dans un arrêt plus récent, le caractère dynamique et évolutif de sa jurisprudence, en reprenant les formules de l'arrêt *Demir et Baykara c. Turquie*. Dans son arrêt *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. The United Kingdom*, du 8 avril 2014, elle a en effet répété et confirmé qu'il lui appartient, dans l'interprétation de l'art. 11 CEDH, de « prendre en compte des éléments de droit international autres que la Convention [comme, en l'occurrence, la Convention OIT n^{o} 87 et la Charte sociale européenne], l'interprétation de tels éléments par les organes

---

439 PÄRLI, Art. 11 EMRK, p. 449.

440 PÄRLI, Art. 11 EMRK, p. 439.

441 PÄRLI, Art. 11 EMRK, p. 450.

442 PÄRLI, Art. 11 EMRK, pp. 450 ss.

443 PÄRLI, Art. 11 EMRK, p. 463.

compétents ainsi que la pratique des Etats européens reflétant leurs valeurs communes », précisant qu'il serait incohérent de sa part d'adopter un point de vue plus restrictif sur la liberté d'association des syndicats que celui qui a cours en droit international » ; en ce sens, en se fondant sur ces « autres éléments », elle a ainsi jugé que le fait, pour le droit du Royaume-Uni, d'interdire de manière stricte les actions syndicales « secondaires » (comme les grèves de solidarité) constituait une ingérence dans la liberté d'association du syndicat[444].

Toutefois, la Cour examine ensuite si une telle ingérence est admissible, c'est-à-dire si elle est prévue par la loi et est nécessaire, dans une société démocratique, pour atteindre un but d'intérêt public tel que ceux définis à l'art. 11 al. 2 CEDH. Laissant ouverte la question de savoir si le droit de grève constitue un élément essentiel de la liberté d'association garantie par l'art. 11 – question qui, à son avis, n'a pas à être tranchée dans l'arrêt en cause[445] –, la Cour juge que l'ingérence dont il est question ici – à savoir l'interdiction des grèves de solidarité – ne touche pas le cœur de la liberté d'association, de sorte que, sous l'angle de la nécessité, il convient de reconnaître aux Etats parties à la Convention une marge d'appréciation relativement ample en vue de réglementer, au travers de leur processus démocratique ordinaire, l'exercice de la liberté syndicale dans le cadre de la politique sociale et économique du pays considéré[446].

Il en résulte que même si l'interdiction des grèves de solidarité n'est pas connue, tant s'en faut, de tous les Etats européens et qu'elle a fait l'objet de critiques régulières et récurrentes de la part des organes compétents pour interpréter la Convention OIT n° 87 et la Charte sociale européenne (c'est-à-dire le Comité des experts de l'OIT et le Comité de la liberté syndicale, d'une part, et le Comité européen des droits sociaux, d'autre part), cela ne suffit pas, aux yeux de la Cour – et compte tenu du caractère non

---

444 Arrêt *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. The United Kingdom*, du 8 avril 2014, requête n° 31045/10, par. 75 à 78. L'arrêt, devenu définitif le 8 septembre 2014, est rédigé en anglais. Les passages cités ci-dessus dans le texte sont repris du résumé en français proposé par la Cour elle-même (http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=002-9496 [consulté le 26 janvier 2015] ; Notice d'information sur la jurispruden-ce de la Cour n° 173, avril 2014). Les passages originaux correspondants sont formulés en ces termes : « 75. The Court must first determine whether, as the applicant argued, secondary action comes within the scope of Article 11 of the Convention or, as the Governement argued, it does not. The question is a novel one, not having directly arisen in any previous case. 76. […] Furthermore, [the Court] has often stated that the Convention cannot be interpreted in a vacuum but must be interpreted in harmony with the general principles of international law. […] In this regard, it is clear from the passages set out above (…) that secondary actions is recognised and protected as part of trade union freedom under ILO Convention No. 87 and the European Social Charter ». En se référant explicitement à la méthode adoptée dans l'arrêt *Demir et Baykara*, la Cour poursuit, toujours au paragraphe 76 : « It would be inconsistent with this method for the Court to adopt in relation to Article 11 an interpretation of the scope of freedom of association of trade unions that is much narrower than that which prevails in international law. In addition, such an understanding of trade union freedom finds further support in the practice of many European States that have long accepted secondary strikes as a lawful form of trade union action ». La Cour en conclut, au par. 78, qu'il y a bien ingérence dans la liberté d'association au sens de l'art. 11 CEDH, ingérence qui n'est admissible que si elle est prévue par la loi, poursuit un intérêt public et est nécessaire, dans une société démocratique.

445 Arrêt *National Union of Rail*, par. 84 : « […] More generally, what the above-mentioned cases illustrate is that strike action is clearly protected by Article 11. The Court therefore does not discern any need in the present case to determine whether the taking of industrial action should no be accorded the status of an essential element of the Article 11 guarantee ».

446 *Ibid.*, par. 85 à 88, la Cour précisant que cette marge d'appréciation doit être d'autant plus étroite ou restreinte que l'ingérence en cause touche le cœur de la liberté syndicale et, à l'inverse, qu'elle est d'autant plus large que l'on s'éloigne de ce cœur pour toucher un aspect secondaire ou accessoire de ladite liberté (par. 87).

contraignant de ces interprétations[447] –, pour considérer qu'une telle interdiction sortirait du cadre de la marge d'appréciation et des options qui sont ainsi permises aux Etats parties par l'art. 11 CEDH[448]. Et la Cour de conclure à l'unanimité qu'il n'y a en l'occurrence pas violation de l'art. 11 CEDH.

5. Excursus : l'incidence de la Charte sociale européenne

243. La Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe a été adoptée en 1961[449] et révisée en 1996[450]. Elle constitue le pendant de la Convention européenne des droits de l'homme en matière de droits économiques, sociaux et culturels.

La Suisse a signé la Charte sociale européenne (ci-après : la Charte) le 6 mai 1976, mais ne l'a pas ratifiée. Elle n'a pas signé, ni ratifié la Charte sociale européenne révisée. Plusieurs interventions parlementaires en faveur d'une ratification de la Charte n'ont pas abouti[451]. La Charte n'ayant pas été ratifiée par la Suisse, nous n'évoquerons que très brièvement les dispositions pertinentes, sans discussion approfondie. Cependant, la Charte n'est pas dénuée de toute pertinence dans la mesure où, comme on vient de le voir, elle est ou peut être prise en compte par la Cour européenne des droits de l'homme dans ses arrêts, et cela pourrait avoir une incidence sur la Suisse de par l'effet indirect de ces arrêts sur les Etats non parties au litige.

244. La Charte présente la particularité de permettre un système de ratification « à la carte ». En effet, les Etats parties peuvent choisir de n'être liés que par certaines des dispositions de la Charte, dans les limites toutefois imposées par celle-ci (partie III, art. A et B de la Charte révisée).

La partie I de la Charte, qui revêt une portée juridique contraignante[452], prévoit les objectifs généraux que chacune des Parties contractantes s'engage à poursuivre par tous les moyens utiles. Parmi ces objectifs, elle prévoit notamment que « tous les travailleurs et employeurs ont le droit de s'associer librement au sein d'organisations nationales ou internationales pour la protection de leurs intérêts économiques et sociaux » et que « tous les travailleurs et employeurs ont le droit de négocier collectivement » (objectifs n^{os} 5 et 6).

---

447 Dont la Cour estime, en reprenant les termes mêmes du Comité des experts de l'OIT, qu'elles n'ont pas un caractère contraignant et qu'elles sont qualifiées de « soft law » (*ibid.*, par. 96).

448 *Ibid.*, par. 92 à 98, où la Cour conclut ainsi : « This being so, the Court considers that the negative assessments made by the relevant monitoring bodies of the ILO and European Social Charter are not of such persuasive weight for determining whether the operation of the statutory ban on secondary strikes in circumstances such as those complained of in the present case remained within the range of permissible options open to the national authorities under Article 11 of the Convention » (par. 98 *in fine*).

449 *Charte sociale européenne*, conclue à Turin le 18 octobre 1961, entrée en vigueur le 26 février 1965 (STCE 035).

450 *Charte sociale européenne révisée*, conclue à Strasbourg le 3 mai 1996, entrée en vigueur le 1er juillet 1999 (STCE 163).

451 Cf. initiative parlementaire GROUPE SOCIALISTE (91.419), « *Ratification de la Charte sociale européenne* », du 19 juin 1991, classée par le Conseil national le 17 décembre 2004 (BO 2004 N 2168). Un postulat de la COMMISSION DE POLITIQUE EXTÉRIEURE DU CONSEIL DES ETATS (10.3004), « *Compatibilité de la Charte sociale européenne avec l'ordre juridique suisse* », du 12 janvier 2010, a été accepté par le Conseil fédéral le 24 février 2010 et adopté par le Conseil des Etats le 8 mars 2010. L'on peut mentionner également la question LEUTENEGGER OBERHOLZER (11.1098), « *Rapport sur la Charte sociale* », du 21 décembre 2011, et la question GROSS (13.1039), « *La Suisse et la ratification de la Charte sociale européenne et du 1er protocole additionnel à la CEDH* », du 19 juin 2013.

452 CHATTON, Charte sociale, p. 441.

Donnant suite au postulat 10.3004 de la Commission de politique extérieure du Conseil des Etats, intitulé « *Compatibilité de la Charte sociale européenne révisée avec l'ordre juridique suisse* », du 12 janvier 2010, le Conseil fédéral a présenté son « *Rapport sur la Charte sociale européenne révisée* » le 2 juillet 2014 (ci-après : rapport du 2 juillet 2014). Dans ce rapport, le Conseil fédéral note que pour pouvoir ratifier la Charte, la Suisse doit pouvoir accepter intégralement au moins six des neuf articles qui composent le noyau dur de l'instrument (système de ratification « à la carte » évoqué ci-dessus)[453]. Le Conseil fédéral conclut que l'ordre juridique suisse permet de satisfaire à cette condition minimale de ratification.

D'après le Conseil fédéral, la Suisse pourrait, en l'état actuel de sa législation, accepter les six articles suivants du noyau dur de la Charte: l'art. 1 (« droit au travail »), l'art. 5 (« droit syndical »), l'art. 6 (« droit de négociation collective »), l'art. 7 (« droit des enfants et des adolescents à la protection »), l'art. 16 (« droit de la famille à une protection sociale, juridique et économique ») et l'art. 20 (« droit à l'égalité des chances et de traitement en matière d'emploi et de profession sans discrimination fondée sur le sexe »)[454]. Dans le contexte qui nous intéresse, ce sont notamment les articles 1, 5 et 6 du noyau dur de la Charte qui sont pertinents.

245. L'art. 1 concerne le droit au travail. En vue d'assurer l'exercice effectif du droit au travail, les Etats parties s'engagent :

> « 1. à reconnaître comme l'un de leurs principaux objectifs et responsabilités la réalisation et le maintien du niveau le plus élevé et le plus stable possible de l'emploi en vue de la réalisation du plein emploi ;
>
> 2. à protéger de façon efficace le droit pour le travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris ;
>
> 3. à établir ou à maintenir des services gratuits de l'emploi pour tous les travailleurs ;
>
> 4. à assurer ou à favoriser une orientation, une formation et une réadaptation professionnelles appropriées ».

En lien avec l'art. E de la partie V de la Charte, intitulé « non-discrimination », le Comité européen des droits sociaux (ci-après : CEDS) interprète l'art. 1 ch. 2 « comme demandant aux Etats d'interdire en droit toute discrimination, directe et indirecte, dans l'emploi »[455]. Cette protection des travailleurs contre la discrimination dans l'emploi suppose notamment des sanctions suffisamment dissuasives pour l'employeur et une réparation suffisante et proportionnée au préjudice subi par la victime en cas de violation de l'interdiction de discrimination. Cette interprétation de l'art. 1 ch. 2 de la Charte par le Comité européen des droits sociaux peut en principe entrer en conflit avec l'absence de possibilité de réintégration et le plafond des indemnités en cas de licenciement abusif prévus par le droit suisse.

Dans son rapport du 2 juillet 2014, le Conseil fédéral retient toutefois que la pratique du Comité européen des droits sociaux dans ce contexte s'est assouplie récemment :

---

453 Font partie du noyau dur de la Charte les articles 1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 et 20. De plus, tout Etat partie doit accepter, au total, au moins seize articles intégraux ou soixante-trois paragraphes numérotés parmi les articles du noyau dur et les dispositions supplémentaires. Cf. *Rapport sur la Charte sociale européenne révisée – Donnant suite au postulat 10.3004 de la Commission de politique extérieure du Conseil des Etats « Compatibilité de la Charte sociale européenne révisée avec l'ordre juridique suisse » du 12 janvier 2010*, du 2 juillet 2014, FF 2014 5449-5505. Sur ce système de ratification, cf. aussi CHATTON, Charte sociale, pp. 440-444.

454 Rapport du 2 juillet 2014, précité (note précédente), FF 2014 5449-5505, p. 5456.

455 Rapport du 2 juillet 2014, précité (note 453), FF 2014 5449-5505, p. 5463.

> « Une observation interprétative a été rendue en 2011 au sujet du plafond des indemnités en cas de licenciement abusif. L'approche du CEDS à ce sujet a évolué et tient désormais compte des situations nationales au cas par cas, dans leur ensemble. Cette pratique assouplie a permis au CEDS de considérer favorablement la situation suisse à ce sujet dans son évaluation préalable dans le cadre de l'échange de vues bilatéral »[456].

Selon le Conseil fédéral, le droit suisse en vigueur devrait donc être conforme à l'art. 1 ch. 2 de la Charte. Il est également conforme aux chiffres 1, 3 et 4 de l'art. 1.

246. L'art. 5, concernant le droit syndical, prévoit qu'en vue de

> « garantir ou de promouvoir la liberté pour les travailleurs et les employeurs de constituer des organisations locales, nationales ou internationales, pour la protection de leurs intérêts économiques et sociaux et d'adhérer à ces organisations, les Parties s'engagent à ce que la législation nationale ne porte pas atteinte, ni ne soit appliquée de manière à porter atteinte à cette liberté. (…) ».

Dans son rapport du 2 juillet 2014, le Conseil fédéral constate que le droit suisse en vigueur est conforme à l'art. 5 de la Charte[457].

247. En vertu de l'art. 6, qui protège le droit de négociation collective, les Etats parties s'engagent

> « 1. à favoriser la consultation paritaire entre travailleurs et employeurs ;
>
> 2. à promouvoir, lorsque cela est nécessaire et utile, l'institution de procédures de négociation volontaire entre les employeurs ou les organisations d'employeurs, d'une part, et les organisations de travailleurs, d'autre part, en vue de régler les conditions d'emploi par des conventions collectives ;
>
> 3. à favoriser l'institution et l'utilisation de procédures appropriées de conciliation et d'arbitrage volontaire pour le règlement des conflits du travail ; et reconnaissent :
>
> 4. le droit des travailleurs et des employeurs à des actions collectives en cas de conflits d'intérêt, y compris le droit de grève, sous réserve des obligations qui pourraient résulter des conventions collectives en vigueur ».

En ce qui concerne le principe du droit de grève prévu à l'art. 6 ch. 4, le Conseil fédéral note que « le droit suisse est désormais globalement conforme aux exigences » de la Charte[458]. Pour ce qui est du plafond de l'indemnité en cas de licenciement abusif pour fait de grève prévu en droit suisse, l'on peut renvoyer à la nouvelle position plus souple du Comité européen des droits sociaux évoquée ci-dessus. Le Conseil fédéral conclut ainsi que « le droit suisse en vigueur devrait en principe être conforme aux exigences découlant de l'art. 6 »[459].

248. Au-delà des neuf articles faisant partie du noyau dur, la Charte contient un certain nombre de « dispositions supplémentaires ». Parmi ces dispositions supplémentaires, les articles 24, 28 et 29 sont pertinents dans le contexte qui nous intéresse.

L'art. 24 de la Charte est consacré au droit à la protection en cas de licenciement. Les Etats parties s'engagent à reconnaître « le droit des travailleurs à ne pas être licenciés sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite, ou fondé sur les nécessités de

---

456 *Ibid.*, FF 2014 5449-5505, p. 5461.

457 *Ibid.*, FF 2014 5449-5505, pp. 5466-5469.

458 *Ibid.*, FF 2014 5449-5505, p. 5468.

459 *Ibid.*, FF 2014 5449-5505, p. 5469

fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service » (let. a) ainsi que « le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée » (let. b). L'Annexe à la Charte (art. 24 ch. 3) établit une liste de motifs qui ne constituent pas des motifs valables de licenciement, dont notamment l'affiliation syndicale ou la participation à des activités syndicales (let. a) et le fait de solliciter, d'exercer ou d'avoir un mandat de représentation des travailleurs (let. b). Selon le rapport du Conseil fédéral du 2 juillet 2014, le droit suisse actuel n'est pas conforme à l'art. 24 de la Charte[460].

L'art. 28 de la Charte concerne le droit des représentants des travailleurs à la protection dans l'entreprise et les facilités à leur accorder. Les Etats parties s'engagent à assurer que les représentants des travailleurs « bénéficient d'une protection effective contre les actes qui pourraient leur porter préjudice, y compris le licenciement, et qui seraient motivés par leur qualité ou leurs activités de représentants des travailleurs dans l'entreprise » (let. a). Les Etats parties s'engagent également à assurer qu'« ils aient les facilités appropriées afin de leur permettre de remplir rapidement et efficacement leurs fonctions en tenant compte du système de relations professionnelles prévalant dans le pays ainsi que des besoins, de l'importance et des possibilités de l'entreprise intéressée » (let. b). Dans son rapport du 2 juillet 2014, le Conseil fédéral estime que le droit suisse actuel est conforme à l'art. 28 de la Charte[461].

L'art. 29 de la Charte concerne le droit à l'information et à la consultation dans les procédures de licenciements collectifs. Selon le rapport du Conseil fédéral du 2 juillet 2014, le droit suisse actuel est conforme à l'art. 29 de la Charte[462].

249. Le système de contrôle de la Charte est basé sur des rapports annuels des Etats parties. Ces rapports sont soumis au Comité européen des droits sociaux qui, après analyse de la conformité ou non des situations nationales à la Charte, présente ses conclusions aux Etats concernés[463]. Si un Etat ne donne pas suite à une décision de non-conformité du Comité européen des droits sociaux, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe – sur la base d'un rapport du Comité gouvernemental de la Charte – peut adresser une recommandation à l'Etat concerné, lui demandant de modifier la situation en droit ou en pratique. Ces recommandations, peu fréquentes, ne sont pas juridiquement contraignantes pour les Etats parties[464].

Un Protocole entré en vigueur en 1998 permet de saisir le Comité européen des droits sociaux dans le cadre d'une procédure de réclamations collectives[465]. Pour les Etats parties qui ont accepté cette procédure, sont notamment habilités à saisir le Comité européen des droits sociaux les organisations nationales d'employeurs et les syndicats

---

460 *Ibid.*, FF 2014 5449-5505, p. 5495.

461 *Ibid.*, FF 2014 5449-5505, p. 5495.

462 *Ibid.*, FF 2014 5449-5505, p. 5495.

463 Pour plus de détails sur le système de contrôle de la Charte, cf. CHATTON, Charte sociale, pp. 449-460, ainsi que Rapport du 2 juillet 2014, précité (note 453), FF 2014 5449-5505, pp. 5458-5461, et annexe I, p. 5500.

464 Voir à ce sujet, sur la question du caractère contraignant ou non des interprétations des organes de contrôle de l'OIT (Comité des experts et Comité de la liberté syndicale) et de la Charte sociale européenne (Comité européen des droits sociaux), l'arrêt précité de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. The United Kingdom*, du 8 avril 2014, requête n° 31045/10, par. 92 à 98 ; ci-dessus, dans le texte, n° 241, ainsi que note de bas de page 447.

465 Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, conclu à Strasbourg le 9 novembre 1995, entré en vigueur le 1er juillet 1998 (STCE 158).

de l'Etat concerné. Par contre, la Charte ne prévoit pas de recours individuel auprès d'une autorité juridictionnelle habilitée à rendre des arrêts contraignants.

S'adressant aux législateurs nationaux des Etats parties, les dispositions de la Charte ne sont en principe pas directement applicables (*non self executing*)[466]. Une exception est l'art. 6 ch. 4 de la Charte, qui reconnaît le droit à des actions collectives, y compris le droit de grève.

6. Conclusions intermédiaires

250. La Convention européenne des droits de l'homme est certainement un instrument très important dans le cadre de la présente étude, dans la mesure où ses dispositions sont directement applicables en Suisse et où, à la différence des autres instruments internationaux examinés, les droits qu'elle garantit sont doublement protégés, tant au niveau interne, par les tribunaux nationaux, qu'au niveau international, par la possibilité de saisine individuelle d'une instance juridictionnelle internationale dont la jurisprudence a force obligatoire, la Cour européenne des droits de l'homme.

251. Par ce biais, et compte tenu de la jurisprudence dynamique et évolutive de la Cour, notamment en ce qui concerne l'art. 11 CEDH, qui garantit la liberté syndicale en tant qu'élément de la liberté plus générale d'association, il apparaît que la Convention permet une forme d'« intégration » des diverses sources du droit international, dans la mesure où la Cour ne se limite pas à une interprétation stricte des articles de la seule Convention, mais qu'elle se réfère également à d'autres normes découlant des autres instruments internationaux ratifiés par les Etats parties au litige, sans se limiter uniquement aux conventions ratifiées par tous les Etats parties à la CEDH. De ce fait, par le biais de l'effet indirect des arrêts de la Cour européenne, tous les Etats parties à la Convention pourraient se voir appliquer la jurisprudence en question, intégrant des sources internationales qu'ils n'auraient pas eux-mêmes ratifiées.

Il en découle selon la doctrine une sorte de « constitutionalisation » des droits sociaux qui a pour effet de maintenir les Etats parties à la Convention à un même niveau d'exigence. Cela signifie pour la Suisse qu'elle pourrait se voir condamner pour violation de la CEDH sur la base d'une jurisprudence évolutive et basée sur des conventions, protocoles ou recommandations que le législateur national et/ou les juridictions internes ont ou auraient refusé d'intégrer à l'ordre juridique interne.

252. Ainsi, par exemple, bien que la Suisse n'ait pas ratifié la Charte sociale européenne, il n'est pas exclu que celle-ci puisse avoir une certaine incidence même pour notre pays, à travers son « intégration » dans la jurisprudence de la Cour européenne relative à la liberté syndicale garantie par la Convention européenne des droits de l'homme, dans le cadre d'un litige auquel la Suisse serait partie. La jurisprudence récente de la Cour – notamment à travers son arrêt *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. The United Kingdom*, du 8 avril 2014 – incite toutefois à nuancer quelque peu ce propos, dans la mesure où elle reconnaît aux Etats une certaine marge d'appréciation, au moins lorsque les ingérences ou les atteintes considérées n'affectent pas le cœur ou les éléments essentiels de la liberté d'association syndicale de l'art. 11 CEDH.

---

466 Rapport du 2 juillet 2014, précité (note 453), FF 2014 5449-5505, p. 5457.

E. Synthèse et conclusions intermédiaires sur le droit international de la protection des représentants des travailleurs

1. Apports et incidence du droit international en général

253. En conclusion de cette troisième partie, dédiée aux exigences du droit international, l'on peut retenir tout d'abord, de façon très générale, que selon les Conventions OIT n^{os} 87 et 98 et la pratique du Comité de la liberté syndicale, la liberté syndicale, le droit de négociation collective et le droit de grève sont essentiels au bon fonctionnement du système des relations collectives de travail. En d'autres termes, ces droits se trouvent au cœur du droit international du travail.

L'on doit noter également que la CEDH (art. 53) ainsi que les Pactes I et II de l'ONU (art. 5 ch. 2) n'ont de signification autonome que dans la mesure où l'étendue des protections qu'ils offrent dépasse celle de l'ordre juridique national, en l'occurrence suisse[467].

Dans ce sens, les garanties minimales en matière de liberté syndicale de l'art. 11 CEDH et de l'art. 22 du Pacte II n'ont pas eu jusqu'ici une influence significative sur le droit suisse[468]. Par contre, les garanties plus larges, détaillées et précises découlant des Conventions OIT n^{os} 87 et 98 et de l'art. 8 du Pacte I ont influencé et influencent toujours le droit suisse[469], ainsi qu'on aura d'ailleurs l'occasion de le voir encore par la suite. SUSANNE KUSTER ZÜRCHER retient ainsi dans ce contexte que « [e]n Suisse, la liberté syndicale générale est reconnue depuis longtemps, et ce n'est que pour certaines questions particulières que les bases légales internationales à cet égard jouent un rôle effectif »[470].

254. Il est possible aussi de constater que l'influence du droit international sur le droit suisse s'exerce ainsi principalement – ce qui peut paraître paradoxal – par l'intermédiaire de dispositions internationales – conventions OIT et normes du Pacte I – qui ne sont pas directement applicables (sauf exceptions[471]), ou dont le caractère *self executing* est généralement nié ou pour le moins contesté, et dont l'interprétation telle qu'elle est dégagée par les organes appelés à procéder à cette interprépation n'a pas nécessairement force contraignante, comme c'est le cas par exemple de la pratique du Comité de la liberté syndicale de l'OIT, qu'un avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 8 mars 2006 a qualifiée de non contraignante. A l'inverse, les sources internationales directement applicables et contraignantes – comme l'art. 22 du Pacte II et l'art. 11 CEDH – n'ont pas eu, du moins jusqu'ici, une incidence concrète très importante sur le droit suisse.

La situation pourrait toutefois changer compte tenu de la tendance jurisprudentielle actuelle, dynamique et évolutive, de la Cour européenne des droits de l'homme, notamment de la jurisprudence relative à l'art. 11 CEDH, qui tend à intégrer dans son examen d'autres normes internationales, non ratifiées par la Suisse, ainsi que la pratique des organes de contrôle de ces normes. La jurisprudence récente de la Cour – notamment son arrêt *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. The United Kingdom*, du 8 avril 2014 – nuance toutefois quelque peu ce propos, en

---

467 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, p. 124, N 274.

468 KUSTER ZÜRCHER, p. 57, N 3.

469 KUSTER ZÜRCHER, p. 77, N 54.

470 KUSTER ZÜRCHER, p. 77, N 53.

471 Voir à ce sujet n^{os} 216 et 217, dans le texte.

reconnaissant aux Etats une certaine marge d'appréciation, dans la mesure en tous les cas où les ingérences ou les atteintes considérées n'affectent pas le cœur ou les éléments essentiels de la liberté d'association syndicale[472].

255. On résumera encore ci-après les principaux enseignements et exigences du droit international en ce qui concerne la notion même de « représentants des travailleurs » (ch. 2), les mécanismes et moyens d'action collectifs garantis (ch. 3) et la protection contre le licenciement antisyndical (ch. 4).

2. La notion de représentants des travailleurs

256. Les instruments de droit international analysés dans la présente étude n'offrent pas de définition explicite de la notion de représentants des travailleurs. Dans le contexte des Conventions n^{os} 87 et 98 de l'OIT, le Comité de la liberté syndicale a toutefois développé une telle définition et précisé la protection afférente au statut de représentant des travailleurs.

JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB résume de la manière suivante la définition large de la notion de représentants des travailleurs telle qu'elle a été développée par la pratique du Comité de la liberté syndicale :

> « Les Etats-membres doivent en particulier empêcher la discrimination antisyndicale, dont fait partie le licenciement antisyndical, mais aussi tout préjudice causé à un travailleur en raison de son appartenance ou de sa non-appartenance à une organisation syndicale. Cette protection s'applique à tous les membres, délégués et dirigeants librement élus, présents et passés, de toute organisation syndicale, même si cette dernière n'a pas été reconnue par l'employeur comme représentative de la majorité des travailleurs. La protection doit aussi s'étendre au-delà du mandat de dirigeant ou de délégué syndical »[473].

On peut déduire de l'ensemble de ce qui précède que la définition de la notion de représentants des travailleurs, et la protection liée à ce statut, sont larges tant du point de vue personnel que temporel. Du point de vue personnel, la notion inclut non seulement les représentants élus des travailleurs, mais aussi les dirigeants et délégués syndicaux. Du point de vue temporel, la protection des représentants des travailleurs vaut non seulement pendant la durée de leur mandat, mais également après la fin de ce dernier.

3. Les mécanismes et moyens d'action collectifs garantis

257. De façon générale, on peut noter que le Comité de la liberté syndicale impose aux Etats membres de l'OIT une obligation de protéger et promouvoir la liberté syndicale en adoptant des mesures préventives en droit interne. Ces mesures doivent notamment avoir un effet dissuasif. De plus, les normes législatives de droit interne doivent être accompagnées de procédures efficaces qui assurent leur application dans la pratique.

a) L'organisation collective des travailleurs

258. La Convention n^{o} 87 concernant la liberté syndicale et la protection syndicale garantit l'organisation collective des travailleurs en engageant les Etats signataires à protéger

---

472 Voir à ce sujet ci-dessus, dans le texte, n^{os} 239 à 241.

473 SCHWAAB, Jusletter 2011, N 5. Cf. également COMITÉ DE LA LIBERTÉ SYNDICALE, *La liberté syndicale – Recueil de décisions et de principes*, 5ème édition, Genève 2006, N 775 s., 779 et 804.

le droit syndical et à prendre toutes les mesures nécessaires et appropriées en vue d'assurer aux travailleurs et employeurs le libre exercice de ce droit, que ce soit par le droit à la création d'organisations et le droit à l'adhésion à des organisations existantes (art. 2), par celui de déterminer leur fonctionnement, de tenir des élections libres en vue d'élire leurs représentants ou d'organiser librement leur propre gestion et de définir librement leur activité et la formulation de leur programme (art. 3 ch. 1). La Convention n° 98, quant à elle, protège également la liberté syndicale collective contre les agissements de l'employeur. Ces deux conventions, qui ont fait l'objet d'une vaste jurisprudence de la part du Comité de la liberté syndicale, ne sont toutefois pas directement applicables, et doivent être concrétisées par le législateur dans le droit interne.

La liberté syndicale, dans le sens du droit de former des syndicats et de s'affilier à celui de son choix, est également protégée par les articles 8 ch. 1 let. a du Pacte I, l'art. 22 ch. 1 du Pacte II et l'art. 11 CEDH, dispositions qui sont d'application directe mais qui ne définissent pas de manière détaillée le contenu précis, les contours et les limites de ce droit.

b) La négociation collective

259. L'art. 4 de la Convention n° 98 garantit et promeut la négociation collective dans le respect de l'autonomie des parties. Le droit à la négociation collective a été concrétisé par la pratique (conclusions et recommandations) du Comité de la liberté syndicale. Là encore, la Convention n'étant pas directement applicable et les recommandations du Comité n'ayant pas force contraignante, il appartient au droit interne de reprendre et concrétiser ce droit.

L'art. 11 CEDH, qui n'en traite pas explicitement, protège le droit à la négociation collective par le biais de la jurisprudence de la Cour, qui le considère comme l'un des moyens par lesquels les syndicats peuvent être en mesure de protéger les intérêts de leurs membres.

D'autres traités protègent le droit de négociation collective à l'instar de la Charte sociale européenne révisée, laquelle entre dans le catalogue des (autres) normes que la Cour européenne tend à appliquer également lorsqu'elle est saisie sur la base de l'art. 11 CEDH.

c) Le droit de grève

260. Ni la Convention n° 87 ni la Convention n° 98 ne mentionnent explicitement le droit de grève[474]. Néanmoins, le Comité de la liberté syndicale considère depuis longtemps qu'un droit de grève découle de la Convention n° 87.[475] Il a reconnu ce droit, ainsi que le souligne la doctrine, « comme un aspect essentiel de la liberté d'activité des syndicats et comme un instrument légitime de protection des intérêts économiques et sociaux des travailleurs »[476], estimant que la Convention n° 87 « exige qu'au minimum, le droit de grève soit garanti au titre de droit collectif des syndicats »[477].

---

474 Dans ce contexte, il faut noter que le Conseil fédéral, dans son message concernant la Convention n° 87, avait estimé que cette convention « ne touche aucunement le droit de grève » ; cf. Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur les 57e et 58e sessions de la Conférence internationale du Travail et Message concernant deux conventions internationales du travail, du 8 mai 1974, FF 1974 I 1577, p. 1595.

475 ANDERMATT, p. 33, N 70. Cf. également ATF 125 III 277, 283, c. 2e.

476 KUSTER ZÜRCHER, p. 64, N 18.

477 KUSTER ZÜRCHER, p. 64, N 18.

L'étendue de la garantie du droit de grève accordé par la Convention n° 87 est vaste, en raison notamment de la formulation très large de l'art. 10, qui vise la promotion et la défense des intérêts des travailleurs. Le droit de grève ne se limite ainsi pas nécessairement à la poursuite d'objectifs de convention collective. La participation à une grève licite ne doit pas entraîner pour les travailleurs des sanctions de droit civil ou pénal. La pratique du Comité admet toutefois que le droit interne puisse soumettre l'exercice du droit de grève à certaines conditions, telles que l'obligation de recourir à des négociations ou des procédures de conciliation préalables[478].

Bien que la CEDH ne garantisse pas explicitement le droit de grève en tant que tel, la Cour européenne l'a reconnu dans sa jurisprudence, indirectement et dans des circonstances spécifiques.

d) Les moyens de combat

261. Il ressort de la jurisprudence du Comité de la liberté syndicale que le recours aux moyens de combat est garanti dans certaines limites. Sont exclus par exemple, les actions violentes ou les entraves à la liberté du travail par contrainte.

La CourEDH a quant à elle reconnu, dans sa jurisprudence, la possibilité d'autres mesures d'action collectives que le droit de grève.

4. La protection contre le licenciement antisyndical

262. Au-delà des mécanismes et moyens d'action collectifs garantis, les Conventions n^{os} 87 et 98 de l'OIT et la jurisprudence du Comité de la liberté syndicale sont consacrées à un autre volet important, celui de la protection contre le licenciement antisyndical. Ainsi qu'on l'a vu (n^{os} 174 à 178 ci-dessus), le Comité de la liberté syndicale insiste dans ce contexte sur la nécessité d'une protection rapide et efficace contre le licenciement syndical ainsi du reste que contre toute autre forme de cessation des rapports de travail à cause de l'affiliation ou de l'engagement syndical, y compris la mise à la retraite. Une telle protection rapide et efficace doit notamment comprendre des voies de recours pour les « victimes » et des sanctions contre les « auteurs ». Même si un membre ou un dirigeant syndical ne doit en aucun cas jouir d'une immunité totale contre le licenciement par le seul fait de son appartenance ou de sa fonction, le licenciement d'une telle personne ne devrait pas pouvoir être justifié par des raisons économiques ou en raison de la restructuration de l'entreprise concernée. Dans la pratique du Comité de la liberté syndicale, la réintégration des victimes de licenciement antisyndical tient une place importante. Le Comité estime en effet que la possibilité de réintégration devrait exister et il recommande aux Etats dont la législation ne la prévoit pas de l'introduire, comme il l'a du reste fait pour la Suisse. Dans la mesure où la réintégration est impossible, le Comité estime qu'une protection efficace contre le

---

478 On peut ajouter que dans le cadre de la « Réunion tripartite sur la Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948, pour ce qui est du droit de grève ainsi que les modalités et pratiques de l'action de grève au niveau national », qui s'est tenue à Genève du 23 au 25 février 2015, le groupe gouvernemental, qui a exprimé dans une déclaration « la position commune des gouvernements sur le lien entre le droit de grève et la liberté syndicale », a confirmé cette conception, en reconnaissant notamment « que le droit de grève est lié à la liberté syndicale, qui est un principe et un droit fondamental au travail de l'OIT » et en reconnaissant « en outre expressément que, sans protection de ce droit de grève, la liberté syndicale et, en particulier, le droit d'organiser des activités pour promouvoir et protéger les intérêts des travailleurs ne peuvent être pleinement garantis » ; le groupe gouvernemental note néanmoins « également que le droit de grève, même s'il fait partie des principes et droits fondamentaux au travail de l'OIT, n'est pas un droit absolu. Sa portée et les conditions de son exercice sont réglementées au niveau national ».

licenciement antisyndical passe au moins par une indemnisation qui constitue une sanction suffisamment dissuasive[479].

263. Ainsi l'on peut retenir que la protection contre le licenciement antisyndical en tant que tel est garantie, mais qu'elle l'est par des dispositions qui ne sont pas directement applicables ou dont l'interprétation telle qu'elle est dégagée par les organes appelés à procéder à cette interprépation n'a pas nécessairement force contraignante, comme c'est le cas de la pratique du Comité de la liberté syndicale de l'OIT. En effet, comme on l'a dit, la jurisprudence du Comité a été considérée comme non contraignante dans un avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 8 mars 2006.

Toutefois, comme on l'a dit aussi, la situation pourrait changer suivant l'évolution de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'art. 11 CEDH, jurisprudence qui tend à intégrer dans son examen d'autres normes internationales que la seule CEDH, même non ratifiées par les Etats parties à la Convention, ainsi que la pratique des organes de contrôle de ces normes. Il s'agira notamment, à cet égard, de prêter une attention toute particulière aux exigences que la Cour développera dans l'affaire *Predescu c. Roumanie*, affaire actuellement pendante devant elle, et aux conséquences que le futur arrêt de la Cour pourrait avoir en droit suisse.

---

479 Pour un résumé de la pratique du Comité de la liberté syndicale en matière de protection contre le licenciement antisyndical, voir aussi SCHWAAB, Jusletter 2011, N 7 à 10. On relèvera que l'Office fédéral de la justice retient également que la possibilité de réintégration fait partie de la jurisprudence du Comité de la liberté syndicale. Cf. OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, JAAC 70.94.

IV. La protection des représentants des travailleurs en droit positif suisse

A. Introduction : démarche et plan de la quatrième partie

Après avoir procédé à l'analyse des normes pertinentes du droit international, et des exigences qui en découlent pour les Etats, notamment pour la Suisse, il convient à présent d'examiner les normes du droit interne suisse, afin de pouvoir déterminer dans quelle mesure ces normes intègrent les exigences du droit international et sont conformes à celles-ci. Ceci nous amènera donc à rechercher et à analyser, en droit suisse, les diverses normes qui traitent des problématiques du droit syndical et de la liberté syndicale, ainsi que de la protection des représentants des travailleurs, que ce soit au niveau du droit constitutionnel ou au niveau du droit ordinaire, notamment du droit civil. Nous étudierons donc, dans un premier temps, les garanties constitutionnelles de la liberté syndicale et de la liberté économique (lettre B ci-après). Dans un deuxième temps, il s'agira d'examiner quelle est la protection conférée aux représentants des travailleurs (au sens large)[480] en droit privé suisse du travail (droit du contrat de travail et droit collectif), en comparant notamment le régime des sanctions prévu par le Code des obligations avec le cas de réintégration prévu à l'art. 10 LEg, et le régime applicable dans la fonction publique (C). Enfin, nous ferons la synthèse et tirerons quelques conclusions intermédiaires sur le droit national de la protection des représentants des travailleurs (D).

B. Le droit constitutionnel : liberté syndicale et liberté économique

1. Généralités : incidence et pertinence du droit constitutionnel pour la présente étude

264. En Suisse, le droit constitutionnel comporte deux volets qui sont en lien très étroit avec l'objet même de la présente étude, à savoir la garantie de la liberté syndicale, prévue par l'art. 28 de la Constitution fédérale (ci-après : Cst. ou Constitution), et la garantie de la liberté économique, prévue par l'art. 27 de la Constitution. Ces deux libertés fondamentales appartiennent à la catégorie générale des libertés économiques et protègent de manière étendue l'individu en tant qu'acteur économique dans le choix d'une profession et dans le libre accès à une activité économique privée et le libre exercice de cette activité[481].

Nous étudierons donc, dans cette subdivision consacrée au droit constitutionnel, ces deux libertés, d'abord la liberté syndicale (ch. 2), puis la liberté économique (ch. 3), avant d'aborder la question, délicate, du conflit entre droits fondamentaux et de la (nécessaire) pesée des intérêts qui en découle (ch. 4). Enfin, comme d'habitude, nous terminerons par quelques conclusions intermédiaires (ch. 5). Avant d'en venir aux deux libertés évoquées, il y a lieu toutefois de faire encore quelques précisions d'ordre général sur la pertinence de l'examen du droit constitutionnel dans le cadre de la présente étude.

---

480 C'est-à-dire dans le sens exposé ci-dessus, partie II/E/2, par opposition à la notion de représentants élus des travailleurs telle que prévue dans la LParticipation et à l'art. 336 al. 2 let. b CO.

481 MAHON, Abrégé II, p. 191.

265. Cette pertinence n'est pas due uniquement au fait que la Constitution fédérale comporte la garantie explicite de la liberté syndicale et de la liberté économique, mais elle est liée aussi, et surtout, au processus même de « constitutionnalisation » de ces droits fondamentaux – tout particulièrement de la liberté syndicale –, dans le cadre de la conception et de l'élaboration de la nouvelle Constitution fédérale. Le processus même de la révision de la Constitution avait en effet pour objectif, entre autres, d'assurer, à travers le concept de « mise à jour » (*Nachführung*) du droit constitutionnel, la reprise et la transposition, dans le droit constitutionnel national, du droit international liant la Suisse.

Le processus a ainsi permis la consécration de droits fondamentaux nouveaux ou au moins partiellement nouveaux découlant précisément de certains instruments internationaux ratifiés par la Suisse, dont certains de ceux que nous avons développés plus haut, dans la troisième partie de cette étude.

L'importance du droit international dans ce processus de constitutionnalisation de certains droits fondamentaux ressort d'ailleurs clairement du message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996[482] :

> « Le projet d'une mise à jour de la constitution fédérale met en évidence les caractéristiques essentielles de notre Etat (droits populaires, Etat de droit, fédéralisme, l'Etat social) et prend en compte l'évolution du droit constitutionnel. Pour une part importante, cette dernière s'est produite en dehors du texte constitutionnel : la jurisprudence du Tribunal fédéral, la pratique de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ainsi que de nombreuses règles de droit international présentant un caractère obligatoire pour la Suisse ont, durant les dernières décennies, fortement marqué de leur empreinte le droit constitutionnel. Cela vaut tout particulièrement pour le développement des droits fondamentaux et les principes généraux de l'activité de l'Etat ».[483]
>
> « La mise à jour du droit constitutionnel en vigueur exige aussi que le droit international public déterminant pour la Suisse et l'évolution du droit au cours de ces dernières décennies soient mis en lumière, que les zones juridiques troubles soient clarifiées, que les incohérences conceptuelles soient éliminées et que les questions litigieuses soient dans la mesure du possible élucidées en s'appuyant sur la doctrine dominante et la jurisprudence éprouvée des autorités (à savoir la réalité constitutionnelle) ».[484]

266. La liberté syndicale et – dans une moindre mesure – la liberté économique telles qu'elles sont prévues par la Constitution du 18 avril 1999 sont donc censées intégrer, en partie au moins, et dans la mesure où ces instruments faisaient l'objet d'une interprétation largement admise, les différentes conventions internationales ratifiées par la Suisse avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution (CEDH, Pactes I et II, conventions de l'OIT), d'où l'intérêt de leur examen pour la présente étude.

2. La liberté syndicale (art. 28 de la Constitution)

a) Généralités : texte de l'article 28, titulaires et restrictions de la liberté syndicale

i. L'article 28 de la Constitution

267. La liberté syndicale est garantie par l'art. 28 de la Constitution fédérale, en ces termes :

---

482 FF 1997 I 1 - 659

483 *Ibid.*, FF 1997 I 9

484 *Ibid.*, FF 1997 I 29

> « [1]Les travailleurs, les employeurs et leurs organisations ont le droit de se syndiquer pour la défense de leurs intérêts, de créer des associations et d'y adhérer ou non.
>
> [2]Les conflits sont, autant que possible, réglés par la négociation ou la médiation.
>
> [3]La grève et le lock-out sont licites quand ils se rapportent aux relations de travail et sont conformes aux obligations de préserver la paix du travail ou de recourir à une conciliation.
>
> [4]La loi peut interdire le recours à la grève à certaines catégories de personnes ».

L'art. 28 garantit non seulement la liberté syndicale en tant que telle (alinéa 1), mais traite également des conflits collectifs de travail (alinéas 2 à 4).

ii. Les titulaires de la protection

268. La liberté syndicale est garantie aux travailleurs, aux employeurs et à leurs organisations (art. 28 Cst.)[485]. En d'autres termes, il s'agit des personnes qui sont parties à une relation de travail, de droit public ou de droit privé, et des personnes morales de droit privé (syndicats, associations patronales) qui les représentent et agissent pour la défense de leurs intérêts[486]. L'art. 28 Cst. garantit ainsi tant la liberté syndicale individuelle que la liberté syndicale collective[487].

Selon le Conseil fédéral, constituent des syndicats de travailleurs les « associations pour la défense de leurs intérêts et la sauvegarde de leurs conditions de travail »[488].

L'art. 28 al. 1 Cst. n'évoque pas explicitement les délégués syndicaux ou les représentants élus des travailleurs. La disposition ne semble pas faire de distinction entre le statut de travailleur « ordinaire » et le statut de délégué syndical ou de représentant élu des travailleurs. Du point de vue du droit constitutionnel, les délégués syndicaux ou les représentants élus des travailleurs semblent dès lors englobés dans la catégorie générale des travailleurs. On pourrait donc dire, en d'autres termes, à ce stade du moins, que la nouvelle Constitution, si elle a intégré la liberté syndicale, n'a en revanche pas « constitutionnalisé », du moins pas explicitement, la protection spécifique des délégués syndicaux et des représentants des travailleurs qui en découle selon le droit international.

Il faut du reste noter que selon une jurisprudence du Tribunal fédéral datant de 2007[489] « le représentant élu des travailleurs n'a pas à être traité différemment des autres employés, puisque les dispositions légales applicables en la matière ne poursuivent pas un but de protection absolue ». Cette jurisprudence a d'ailleurs été confirmée par un autre arrêt récent, qui rappelle « qu'une protection accrue accordée au représentant élu des travailleurs peut avoir pour effet de porter préjudice aux autres travailleurs, en empêchant l'employeur de prendre les mesures les plus efficaces et les plus socialement admissibles si celles-ci venaient à toucher un représentant élu des travailleurs »[490].

---

485 ATF 129 I 113, 117.

486 MAHON, Petit commentaire, N 4 *ad* art. 28 Cst., p. 254.

487 GARRONE, p. 796, N 3.

488 Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1, p. 180.

489 ATF 133 III 512, c. 6.3, JdT 2008 I 29 ; repris par CHANSON, Le licenciement pour « motifs économiques » ou « pour défaut de caractère », *in* Panorama II en droit du travail, p. 76 et jurisprudence citée.

490 ATF 138 III 359, c. 6.2, JdT 2013 II 301, 306.

On verra par la suite que c'est le droit ordinaire, en particulier le droit du contrat de travail, qui concrétise la protection spécifique que le droit suisse accorde aux représentants élus des travailleurs (cf, notamment n° 285 ci-après).

iii. Les restrictions à la liberté syndicale

269. Toute restriction à la liberté syndicale doit respecter les conditions habituelles de restriction des droits fondamentaux, établies par l'art. 36 de la Constitution : elle doit reposer sur une base légale, poursuivre un intérêt public prépondérant ou la protection d'un droit fondamental d'autrui, être proportionnée au but visé et respecter l'essence même du droit considéré[491].

b) Les divers aspects de la liberté syndicale : liberté individuelle et liberté collective

270. La liberté syndicale se présente comme un cas particulier de la liberté d'association garantie par l'art. 23 Cst.[492]. Elle offre des garanties en ce qui concerne les relations collectives de travail[493]. Comme tout droit fondamental, la liberté syndicale suppose en premier lieu un devoir pour l'Etat de s'abstenir.

Sous son intitulé « Liberté syndicale », l'art. 28 Cst. traite aussi bien de la liberté syndicale individuelle que de la liberté syndicale collective.

271. En vertu de l'alinéa 1 de l'art. 28 Cst., la liberté syndicale individuelle protège le droit des travailleurs et des employeurs de créer librement des organisations défendant leurs intérêts et d'adhérer librement à de telles organisations. Est protégé également la participation aux activités des organisations de travailleurs et d'employeurs. Ces aspects reflètent la liberté syndicale positive. La liberté syndicale négative protège le droit de ne pas adhérer à une telle organisation ou d'en sortir.

272. La liberté syndicale collective garantit à toute organisation de travailleurs et d'employeurs le droit d'exister et d'agir en tant que tel, c'est-à-dire de défendre les intérêts de ses membres. Le but que ces organisations peuvent poursuivre est défini de manière très large, en ce sens que l'art. 28 al. 1 Cst. parle simplement de « défense des intérêts ». La liberté syndicale collective implique que les organisations de travailleurs et d'employeurs ont le droit d'exercer librement leurs activités et de se fédérer. Elle implique également le droit pour les syndicats de participer à des négociations collectives et de conclure des conventions collectives.

c) La liberté syndicale, les conflits de travail et les moyens de lutte

273. L'art. 28 a aussi pour objet « le règlement des conflits collectifs de travail, en particulier des deux principaux moyens de lutte collectifs que sont la grève et le lock-out »[494]. Avant toute mesure collective de combat, travailleurs et employeurs sont obligés de recourir à la négociation et la médiation : « Les conflits sont, autant que possible, réglés par la négociation ou la médiation » (art. 28 al. 2).

---

491 Voir notamment VALLENDER/HETTICH, Commentaire SG, N 16 *ad* art. 28 Cst., p. 567.

492 VALLENDER/HETTICH, Commentaire SG, *ad* art. 28 Cst., p. 563, N 1.

493 Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1, p. 180.

494 MAHON, Petit commentaire, N 8 *ad* art. 28 Cst., p. 256.

L'art. 28 al. 2 Cst. exprime ainsi une préférence pour les moyens d'action collectifs « paisibles », le recours aux moyens collectifs de lutte ayant un caractère subsidiaire. La grève et le lock-out ne sont admissibles qu'en cas d'échec des moyens précédents et ne peuvent dès lors intervenir que comme « *ultima ratio* »[495]. L'art. 28 al. 2 Cst. concrétise donc l'idée de proportionnalité[496].

i. Grève et lock-out

274. La grève et le lock-out peuvent être définis comme, pour la première, « [l]'abstention collective et concertée, de la part des travailleurs, de fournir la prestation de travail, généralement dans le but de faire pression sur l'employeur afin d'obtenir un accord dans le domaine des conditions de travail ; le lock-out, ou mise à pied collective, constitue un moyen de pression de l'employeur, en réponse à la grève, qui vise à infléchir la position des grévistes »[497].

ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI et MICHEL HOTTELIER notent que le « droit de grève est un droit social […], visant à compenser ou à corriger l'inégalité de fait et la dépendance qui existent dans les rapports de travail. Le droit de grève appartient aux travailleurs, dont il vise à renforcer la protection juridique à l'égard tant de l'Etat que des employeurs »[498].

Le Tribunal fédéral a longtemps laissé ouverte la question de principe concernant l'existence d'un droit constitutionnel à la grève en droit suisse[499]. Dans l'ATF 125 III 277, quelques mois avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale, il a toutefois reconnu finalement un droit de grève en droit suisse du travail.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral définit la grève comme une

> « kollektive Verweigerung der geschuldeten Arbeitsleistung zum Zwecke der Durchsetzung von Forderungen nach bestimmten Arbeitsbedingungen gegenüber einem oder mehreren Arbeitgebern »[500].

Le Tribunal fédéral déduit de cette définition que les personnes extérieures à une entreprise, quand bien même elles représentent des travailleurs syndiqués de celle-ci, ne sauraient être considérées comme des grévistes, puisqu'elles n'ont aucune obligation de fournir une prestation de travail à l'égard de ladite entreprise[501].

275. L'on peut déduire en outre de la systématique de l'art. 28 Cst. que la grève et le lock-out doivent être considérés comme des corollaires de la liberté syndicale[502]. Si travailleurs et employeurs n'arrivent pas à un accord par les moyens de la négociation et la médiation, la Constitution fédérale énumère, à l'al. 3, sous quelles conditions la grève et le lock-out sont licites : « La grève et le lock-out sont licites quand ils se rapportent aux relations de travail et sont conformes aux obligations de préserver la paix du travail ou de recourir à une conciliation ».

---

495 Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1, p. 180.

496 MAHON, Petit commentaire, N 9 *ad* art. 28 Cst., p. 256.

497 MAHON, Petit commentaire, N 8 *ad* art. 28 Cst., p. 256. également ANDERMATT, p. 32, N 67.

498 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, p. 719, N 1631.

499 Cf. par exemple ATF 111 II 245.

500 ATF 125 III 277, c. 3a. Cf. également ATF 134 IV 216, c. 5.1 ; ATF 132 III 122, c. 4.3.

501 ATF 132 III 122, c. 4.3.

502 Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1, p. 180. Cf. également ATF 125 III 277 p. 283.

L'art. 28 al. 3 Cst. garantit ainsi, selon la doctrine dominante, un « quasi-droit » de grève. En d'autres termes, un recours au moyen de la grève est licite si les conditions de l'al. 3 sont remplies. Le constituant n'ayant pas explicitement garanti un droit de grève, il persiste ainsi, toujours selon la doctrine, une certaine ambiguïté sur la question d'un droit fondamental à la grève en droit suisse[503].

En vertu de l'art. 28 al. 2 et 3 Cst., toute grève ou tout lock-out doit, pour être licite et bénéficier de la protection de la liberté syndicale, respecter les trois conditions suivantes[504] :

- se rapporter aux relations de travail (au sens large) ; en d'autres termes, poursuivre des buts susceptibles d'être réglés dans une convention collective de travail ;
- respecter une obligation existante de préserver la paix du travail ;
- respecter le principe de la proportionnalité, en ce sens que les moyens de négociation et de médication doivent être épuisés avant de recourir au moyen de la grève (idée de l'« *ultima ratio* » ; cf. art. 28 al. 2 Cst.).

276. Une partie de la doctrine ainsi que le Tribunal fédéral ajoutent à cette liste une quatrième condition à respecter, celle que la grève doit être organisée ou soutenue par une organisation de travailleurs[505]. La grève est considérée comme un instrument de la négociation collective. Du point de vue fonctionnel, elle se limite ainsi au niveau de droit collectif[506]. Il découle de cette quatrième condition que les grèves sauvages de travailleurs individuels non organisés sont considérées comme illicites[507].

Le Tribunal fédéral a retenu cette quatrième condition dans l'ATF 125 III 277, en affirmant que

> « Entsprechend kommt nur Trägern des kollektiven Arbeitsrechts, mithin Arbeitnehmerorganisationen, das Recht zu, einen Streik zu beschliessen. Der Einzelne ist bloss berechtigt, im Rahmen des Kollektivs auf einen Streikbeschluss hinzuwirken. Damit soll der Arbeitskampf auf der kollektivrechtlichen Ebene konzentriert und beschränkt bleiben und der Streik als letztes Mittel der Gewerkschaft als anerkanntem Verhandlungspartner im Arbeitskampf zur Verfügung stehen »[508].

Il a ensuite confirmé cette jurisprudence sous l'empire de la nouvelle Constitution dans les ATF 132 III 122 et 134 IV 216[509].

Selon une partie de la doctrine, le droit de grève ne ferait donc pas partie des droits fondamentaux individuels[510]. En d'autres termes, il n'existerait pas de droit individuel de faire la grève, seuls les syndicats ayant le droit de déclencher une grève.

---

503 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, p. 720, N 1633; VALLENDER/HETTICH, Commentaire SG, *ad* art. 28 Cst., p. 569, N 23; GARRONE, p. 800 et 802, N 14 et 22 ; ANDERMATT, p. 32, N 66. Pour plus de détails sur cette controverse et la genèse de l'art. 28 al. 3 Cst., cf. MAHON, Petit commentaire, *ad* art. 28 Cst., p. 257, N 10 et note de bas de page 20.

504 ATF 134 IV 216, c. 5.1 ; ATF 132 III 122, c. 4.4 ; ATF 125 III 277, c. 3b ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, pp. 723 s., N 1641 ; GARRONE, pp. 803 s., N 24 ss.

505 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, p. 723, N 1641 ; ATF 134 IV 216, c. 5.1 ; 132 III 122, c. 4.4 ; 125 III 277, c. 3a. Sur la controverse qui entoure cette quatrième condition, cf. MAHON, Petit commentaire, *ad* art. 28 Cst., p. 259, N 14 et note de bas de page 28.

506 VALLENDER/HETTICH, Commentaire SG, *ad* art. 28 Cst., p. 572, N 29.

507 ATF 132 III 122, c. 4.4.1 ; ATF 125 III 277, c. 3b. Pour un point de vue critique, cf. ANDERMATT, p. 39, N 86.

508 ATF 125 III 277, c. 3a.

509 ATF 134 IV 216, c. 5.1 ; ATF132 III 122, c. 4.4.

Cette conception paraît cependant douteuse pour plusieurs raisons. Tout d'abord, il faut relever que l'Assemblée fédérale (notamment et explicitement le Conseil national)[511] a, après discussion, renoncé à inclure une telle condition à l'art. 28 Cst.[512]. D'autre part, le droit de grève est certes, à l'instar de plusieurs autres droits fondamentaux (comme les libertés d'association et de réunion, par exemple), un droit qui doit – et ne peut que – être exercé collectivement, sans que cela n'empêche toutefois que chaque travailleur individuel puisse en être ou en soit titulaire[513].

ii. Licéité des moyens de combat et de leurs modalités

277. D'autres actions collectives peuvent également entrer dans la catégorie des moyens de combat relevant du droit collectif du travail, à l'instar de la grève et du lock-out[514]. Ces actions ne doivent pas nécessairement être menées par les travailleurs syndiqués d'une entreprise, mais peuvent également être menées par des personnes extérieures à une entreprise qui représentent des travailleurs syndiqués de celle-ci[515]. Dans cette hypothèse, le Tribunal fédéral applique par analogie les quatre conditions des articles 28 al. 2 et 3 Cst. pour évaluer la licéité du moyen de combat employé dans le cadre d'un conflit collectif du travail[516] ; pour qu'un moyen de combat soit licite, il doit se rapporter aux relations de travail, être conforme à l'obligation de paix relative du travail, être appuyé par une organisation de travailleurs et respecter le principe de la proportionnalité[517].

278. Ainsi, selon le Tribunal fédéral, il découle du principe de la proportionnalité que les mesures collectives de combat « ne sont licites qu'au titre d'ultima ratio (…). Elles ne sont admissibles que si elles sont nécessaires pour atteindre le but auquel tend la lutte »[518]. Le Tribunal fédéral se réfère dans ce contexte au « principe de la conduite du combat loyal » :

> « Sont donc par exemple disproportionnés les moyens de combat faisant usage de la violence ou ceux qui portent atteinte aux biens de l'entreprise (…). En revanche, il est licite d'organiser des piquets de grève afin d'empêcher pacifiquement l'accès de l'entreprise à des travailleurs, par exemple en les persuadant de ne pas occuper leur place de travail (peaceful picketing) ; mais dès que les piquets de grève usent de la violence pour contraindre des personnes à ne pas se présenter au travail, ils sortent du cadre de l'exercice licite d'un moyen de combat »[519].

Sous l'angle du principe de la proportionnalité, il est donc disproportionné de mettre en œuvre des moyens de combat faisant usage de la violence ou portant atteinte aux

---

510 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, p. 725, N 1645. Cf. aussi PORTMANN, précité (note de bas de page 378 ci-dessus).

511 Cf. BO CN 1998 426-438, 23 septembre 1998.

512 Dans son message, le Conseil fédéral était également de l'avis que cette condition n'était pas nécessaire, en affirmant que la « rigueur de cette condition étant susceptible d'être à l'avenir assouplie par les tribunaux, nous avons décidé de renoncer à la codifier expressément dans le projet 96 ». Cf. Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1, p. 181.

513 GARRONE, p. 803, N 23 ; MAHON, Petit commentaire, *ad* art. 28 Cst., p. 257, note de base de page 20.

514 ATF 132 III 122, c. 4.3.

515 ATF 132 III 122, c. 4.3.

516 ATF 132 III 122, c. 4.5.

517 ATF 132 III 122, c. 4.4.

518 ATF 132 III 122, c. 4.5.

519 ATF 132 III 122, c. 4.5. Cf. également ATF 134 IV 216, c. 5.1.

biens de l'entreprise. Il est par contre licite d'organiser des piquets de grève dont le but est de dissuader les employés d'aller travailler, pour autant que ces piquets n'usent pas de la force ou des contraintes. Si ces conditions sont remplies, l'employeur doit tolérer les piquets de grève. ARTHUR ANDERMATT retient dans ce sens que si « l'on exerce aucune violence, ces piquets de grève sont autorisés, même s'ils causent régulièrement des gênes et des attroupements »[520].

279. Dans le même ordre d'idée, le Tribunal fédéral a jugé en outre qu'il

> « incombe (…) à une organisation de travailleurs, qui souhaite mener une action de combat loyale, de mettre en place un service d'ordre efficace pour écarter la participation à l'action d'individus enclins à la violence et désireux d'en découdre »[521].

Le Tribunal fédéral n'exclut pas qu'un moyen de combat comme la grève puisse affecter des tiers extérieurs au conflit collectif de travail. Il mentionne l'exemple des manifestations qui sont organisées dans le cadre de grèves et qui ont lieu sur le domaine public. Ces manifestations ont en général pour but d'informer la population des raisons et objectifs d'une grève et d'augmenter ainsi la compréhension au sein de la population. De telles manifestations sur le domaine public peuvent affecter des tierces personnes, ce qui ne fait en principe pas échec à leur licéité du point de vue du droit pénal :

> « Durch Demonstrationen im öffentlichen Raum werden Dritte, insbesondere Verkehrsteilnehmer, in mehr oder weniger ausgeprägtem Umfang behindert, wobei das Ausmass der Behinderung unter anderem vom Ort der Demonstration abhängt. Es ist naheliegend, dass Kundgebungen im Rahmen von Streiks an Orten durchgeführt werden, zu denen die Streikenden einen bestimmten Bezug haben. Es ist daher nachvollziehbar, dass Demonstrationen von streikenden Bauarbeitern gerade in Baustellenbereichen oder in deren Nähe stattfinden, weil hier der Zusammenhang mit dem Streikzweck auch für unbeteiligte Dritte sinnfällig zum Ausdruck kommt. Die daraus für Dritte resultierenden Behinderungen sind grundsätzlich hinzunehmen und in der Regel nicht als Nötigung strafbar »[522].

Le Tribunal fédéral a toutefois admis que le barrage d'une autoroute par des grévistes remplissait les éléments constitutifs du délit de contrainte au sens de l'art. 181 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)[523].

280. Une autre question qui se pose dans le contexte des moyens de combat relevant du droit collectif du travail, mais aussi des activités syndicales en général, est celle du droit d'accès à une entreprise des personnes extérieures à cette entreprise qui représentent des travailleurs syndiqués de celle-ci, comme les représentants ou fonctionnaires syndicaux. Cette question du droit d'accès d'un syndicat à une entreprise se pose de manière générale, aussi bien en dehors du cadre d'une grève ou d'un conflit collectif de travail que dans ce cadre.

Dans l'arrêt 5P.482/2002, du 5 mai 2003, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si l'on peut déduire de l'art. 28 Cst. un droit d'accès général des syndicats à une entreprise[524]. Il a toutefois retenu le caractère collectif d'un tel droit, si celui-ci devait exister :

---

520 ANDERMATT, p. 44, N 99.

521 ATF 132 III 122, c. 4.5.

522 ATF 134 IV 216, c. 5.1.

523 ATF 134 IV 216, c. 5.1.

524 VALLENDER/HETTICH, Commentaire SG, *ad* art. 28 Cst., p. 572, N 28.

> « Die Frage des gewerkschaftlichen Zutrittsrechts betrifft – wenn überhaupt – nicht den einzelnen Gewerkschaftsvertreter, sondern die Gewerkschaft als jene juristische Person, welche die Interessen der von ihr vertretenen Arbeitnehmer wahrnimmt. Diese Frage darf nicht mit derjenigen des (vermeintlichen) individuellen Anspruchs eines bestimmten Gewerkschaftssekretärs gleich gesetzt werden »[525].

Dans l'arrêt 6B_758/2011, du 24 septembre 2012, le Tribunal fédéral s'est également prononcé sur le droit d'accès[526]. Réfutant un courant doctrinal qui déduit du seul art. 28 Cst., indépendamment d'une grève ou d'une réglementation résultant d'une convention collective de travail, un droit d'accès à l'entreprise pour diffuser aux employés des tracts ou d'autres publications, le Tribunal fédéral a nié l'existence d'un droit d'accès déduit directement de l'art. 28 Cst.. Pour soutenir son argumentation, il a invoqué notamment les droits du propriétaire d'une entreprise :

> « Le propriétaire d'une entreprise dispose lui-même de la garantie de la propriété (cf. art. 26 Cst., 641 CC). Il est ainsi libre de déterminer à qui il entend donner accès à son entreprise. La liberté syndicale ne saurait déployer un effet direct et immédiat à l'encontre du propriétaire au point de faire passer au second plan son droit de propriété. Un droit d'accès à l'entreprise ne s'interprète pas comme étant une composante indispensable de la liberté syndicale consacrée par l'art. 28 Cst. A défaut de toute autre réglementation dans l'ordre juridique suisse, la liberté syndicale ne saurait en elle-même fonder un droit d'accès à une entreprise, tout du moins hors du contexte d'une grève licite, cette dernière configuration étant ici réservée »[527].

281. L'art. 28 Cst. ne confère donc pas aux syndicats, en l'état de la jurisprudence, un droit d'accès aux entreprises, du moins en dehors du contexte d'une grève licite[528].

d) La question de l'effet horizontal des droits fondamentaux et de la liberté syndicale

i. En général

282. Les droits fondamentaux sont essentiellement dirigés contre l'Etat, dont ils limitent le pouvoir. Selon cette conception classique, les droits fondamentaux protègent les particuliers contre les abus du pouvoir étatique. L'on parle dans ce contexte également du devoir d'abstention de l'Etat. Certains droits fondamentaux ont une portée quelque peu différente, en ce sens qu'ils obligent l'Etat à traiter les particuliers d'une certaine manière ou qu'ils obligent l'Etat à fournir des prestations positives[529].

La question de l'effet horizontal des droits fondamentaux est celle de savoir si et dans quelle mesure les droits fondamentaux s'adressent non seulement à l'Etat, mais aussi aux particuliers. En d'autres termes, il s'agit de la question de l'applicabilité des droits fondamentaux dans les rapports entre les particuliers[530].

---

525 TF 5P.482/2002 du 5 mai 2003, c. 4.2.

526 Pour un commentaire de cet arrêt, cf. HOTTELIER, pp. 450 ss.

527 TF 6B_758/2011, du 24 septembre 2012, c. 1.3.

528 Cf., à titre d'exemple d'une disposition cantonale qui semble aller plus loin, l'art. 36 al. 3 de la nouvelle Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 qui prévoit que « (l)'information syndicale est accessible sur les lieux de travail ». Pour un commentaire de cette disposition, cf. HOTTELIER, pp. 456 s.

529 Pour plus de détails, cf. MAHON, Petit commentaire, N 4 *ad* art. 28 Cst., pp. 312 s..

530 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, p. 58, N 125 ; ATF 138 I 475, c. 3.3 ; ATF 136 I 167, c. 2.2 ; ATF 132 III 122, c. 4.4 ; ATF 120 V 312, 316 ; ATF 111 II 245, 253 ss.

283. L'on distingue en général, en Suisse, entre l'effet horizontal *direct* et *indirect* des droits fondamentaux.

Il est aujourd'hui assez généralement admis que les droits fondamentaux n'ont en principe – et sauf exception – pas d'effet horizontal direct[531]. Ils ne peuvent donc pas être invoqués directement entre les particuliers, c'est-à-dire par un particulier à l'encontre d'un autre particulier. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs nié, à plusieurs reprises, un effet horizontal direct des droits fondamentaux[532].

Exceptionnellement, l'effet horizontal direct peut toutefois se présenter lorsqu'il est prévu par la Constitution elle-même. Il est ainsi généralement admis que la troisième phrase de l'art. 8 al. 3 Cst. prévoit par exemple une règle directement applicable entre particuliers en ce qui concerne l'égalité de salaire entre hommes et femmes. C'est en général le seul exemple cité dans ce contexte. Certains auteurs se demandent toutefois « si l'art. 28, sur la liberté syndicale, ne contient pas, lui aussi, une disposition d'application directe dans les rapports entre particuliers »[533]. Nous reviendrons sur ce point plus loin.

284. Malgré l'absence d'un effet horizontal direct, les droits fondamentaux doivent néanmoins être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique (art. 35 al. 1 Cst.)[534]. En vertu de l'art. 35 al. 3 Cst., les « autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux ». Il est généralement admis aussi, notamment dans la foulée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, que les droits fondamentaux impliquent non seulement un devoir d'abstention de l'Etat, mais qu'ils requièrent aussi, au moins dans certains cas de figure, une obligation de protection (*Schutzpflicht*), c'est-à-dire le devoir, pour l'Etat, de protéger les droits fondamentaux des particuliers : « L'Etat a une obligation, découlant de la garantie des droits fondamentaux, de protéger, dans la mesure du possible, les particuliers contre les atteintes à leurs libertés par d'autres particuliers »[535].

C'est donc au législateur qu'il appartient de résoudre le conflit potentiel de droits fondamentaux entre les particuliers, en procédant notamment à une pesée des intérêts en cause[536]. En règle générale, les rapports entre les particuliers sont réglés par la législation, notamment par les lois civiles ou pénales, et non pas par une application directe des droits fondamentaux aux rapports entre ces particuliers[537]. Cette mise en œuvre des droits fondamentaux (en ce qui concerne les rapports entre les particuliers)

---

531 SCHWEIZER, Commentaire SG, *ad* art. 35 Cst., N 38, p. 724.

532 Cf. par exemple ATF 133 III 167 ; ATF 118 Ia 46, 56 ; ATF 114 Ia 329, 331 ; ATF 111 II 330, 337-338. Sur la question de l'application du principe d'égalité en droit privé du travail, ATF 129 III 276, 281-283.

533 MAHON, Petit commentaire, *ad* art. 35 Cst., p. 315 note de bas de page 18.

534 ATF 130 III 353, 355.

535 MAHON, Petit commentaire, N 13 *ad* art. *35 Cst.*, p. 316 s. Cf. par exemple ATF 138 I 475, 481; ATF 126 II 300, 314-315. Cf. aussi, dans une perspective générale et « comparatiste », OST, pp. 62-64, qui relève notamment que sous l'effet conjugué de la reconnaissance d'obligations positives (et de devoirs de protection), d'une part, et de la logique qui conduit « à reconnaître progressivement une "applicabilité directe" à bon nombre de droits fondamentaux », « le mouvement semble irréversible qui entraîne une véritable prise en compte des droits fondamentaux dans les rapports entre personnes privées » (p. 63 pour les citations ; l'auteur cite du reste précisément, dans ce contexte, l'art. 35 al. 3 de la Constitution suisse).

536 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, p. 60, N 129 ; ATF 138 I 475, c. 3.3.

537 MAHON, Petit commentaire, N 12 *ad* art. 35 Cst., p. 316 ; SCHWEIZER, Commentaire SG, *ad* art. 35 Cst., p. 723, N 36.

par la voie de la législation ordinaire est un des aspects de ce qu'on appelle l'effet horizontal *indirect* des droits fondamentaux[538]. L'autre aspect de cet effet horizontal indirect réside dans l'obligation pour les autorités d'application des lois ordinaires, c'est-à-dire pour les autorités administratives et judiciaires, d'interpréter les normes contenues dans ces lois ordinaires conformément à la Constitution et aux droits fondamentaux que celle-ci garantit[539].

ii. En ce qui concerne la liberté syndicale en particulier

285. A l'instar des droits fondamentaux en général, la liberté syndicale garantie par l'article 28 de la Constitution s'adresse avant tout à l'Etat, en interdisant à celui-ci toute intervention ou ingérence injustifiée dans les relations collectives de travail. L'art. 28 Cst. peut cependant impliquer pour l'Etat, « dans certains cas, une obligation d'agir, afin d'assurer la protection de cette liberté »[540]. Les autorités étatiques, notamment le législateur, tendent ainsi à réaliser la liberté syndicale dans les relations entre les particuliers (en application de l'art. 35 al. 1 et 3 Cst.)[541].

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la liberté syndicale au sens de l'art. 28 Cst. déploie « un effet horizontal indirect *(indirekte Drittwirkung)* sur les relations de travail dans le secteur privé »[542]. Cet effet horizontal indirect se manifeste en plusieurs occasions dans notre ordre juridique.

286. Le législateur fédéral a, tout d'abord, concrétisé la protection de la liberté syndicale par la voie de la législation ordinaire, notamment par l'intermédiaire des dispositions pertinentes du Code des obligations[543] relatives à la protection contre le licenciement antisyndical.

Le législateur fédéral protège ainsi, par exemple, la liberté syndicale, positive et négative, lorsqu'il dispose qu'est abusive la résiliation du contrat de travail par l'employeur « en raison de l'appartenance ou de la non-appartenance du travailleur à une organisation de travailleurs » ou « en raison de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale » (art. 336 al. 2 let. a CO)[544].

Il y a également concrétisation et protection de la liberté syndicale – plus spécifiquement concernant les représentants élus des travailleurs – lorsque le législateur dispose qu'est abusive la résiliation du contrat de travail par l'employeur « pendant que le travailleur, représentant élu des travailleurs, est membre d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise et que l'employeur ne peut prouver qu'il avait un motif justifié de résiliation » (art. 336 al. 2 let. b CO)[545]. Les

---

538 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, p. 61, N 130. ATF 138 I 475, c. 3.3 ; ATF 136 I 167, c. 2.2 ; ATF 134 V 369 ; ATF 132 III 122, c. 4.4 ; ATF 120 V 312, 316 ; ATF 111 II 245, 253 ss.

539 ATF 132 III 122, 133 ; ATF 130 III 28, 32 s. ; ATF 130 III 353, 355 s. ; ATF 130 III 699, 701 ss ; ATF 125 III 277 ; ATF 111 II 245, 253 ss.

540 MAHON, Petit commentaire, N 7 *ad* art. 28 Cst., p. 255.

541 VALLENDER/HETTICH, Commentaire SG, N 13 *ad* art. 28 Cst., p. 567.

542 ATF 132 III 122, c. 4.4.1. Cf. également TF 6B_758/2011, du 24 septembre 2012, c. 1.3.

543 Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), du 30 mars 1911 (RS 220 ; ci-après : Code des obligations ou CO).

544 Voir notamment CONSEIL FÉDÉRAL, *Révision partielle du code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié) – Rapport explicatif et avant-projet*, septembre 2010, p. 10. Cf. aussi MAHON, Petit commentaire, N 7 *ad* art. 28 Cst., p. 255 ; VALLENDER/HETTICH, Commentaire SG, N 13 *ad* art. 28 Cst., p. 567 ; DUNAND, Commentaire, N 55 *ad* art. 336 CO, pp. 674 ss ; ANDERMATT, p. 15, N 23.

545 GARRONE, p. 799, N 12 ; DUNAND, Commentaire, N 60 ss *ad* art. 336 CO, pp. 676 ss.

représentants élus des travailleurs bénéficient ainsi d'une protection spécifique de leur liberté syndicale[546].

On peut mentionner encore l'art. 336 al. 1 let. b CO, qui concerne l'interdiction des congés liés à l'exercice d'un droit constitutionnel[547], ainsi que l'art. 336a CO, qui concerne la sanction imposée à l'employeur en cas de congé abusif[548].

Ces exemples montrent que le législateur confère à la liberté syndicale un effet horizontal (indirect) dans les rapports entre particuliers, en protégeant la liberté syndicale contre l'ingérence de particuliers, en l'occurrence de l'employeur. En d'autres termes, l'on pourrait dire que le droit privé du travail (contrat individuel de travail) – et la protection qu'il accorde aux travailleurs ou aux représentants des travailleurs – est une expression du principe de la réalisation – dans l'ensemble de l'ordre juridique – de la liberté syndicale et de la protection des représentants des travailleurs qui en découle. Cela ne préjuge cependant pas de l'étendue de cette protection, ni de sa conformité par rapport aux exigences du droit international.

287. Comme on l'a dit, le législateur n'est pas la seule autorité responsable de l'effet horizontal (indirect) des droits fondamentaux (art. 35 al. 2 Cst.). L'interprétation des lois ordinaires par les autorités chargées de leur application est une autre illustration de cet effet horizontal indirect, qui vaut aussi pour l'art. 28 Cst., comme le souligne le Tribunal fédéral :

> « Dès lors, le juge, qui est appelé, dans le cadre d'une action aquilienne, à se prononcer sur la licéité d'un moyen de combat en droit collectif du travail, est tenu de prendre en compte les garanties constitutionnelles en cause »[549].

Ainsi, en ce qui concerne le droit de grève au sens de l'art. 28 al. 3 Cst., l'on peut distinguer le droit de grève dans les rapports avec les autorités et le droit de grève dans les rapports entre particuliers.

En cas de grève licite, l'Etat a premièrement une obligation d'abstention. L'on peut déduire de la liberté syndicale une obligation de neutralité étatique dans les conflits de travail[550]. Les autorités ne doivent dès lors pas intervenir pour empêcher le déroulement d'une grève, sauf en cas de trouble de l'ordre public. PIERRE GARRONE retient que « le seul fait de grève et ce qui en découle directement, comme la présence de piquets de grève ou l'occupation des locaux de l'entreprise, ne peuvent être considérés comme un trouble de l'ordre public »[551].

Mais l'art. 28 al. 3 déploie aussi un effet horizontal (indirect ou, même, direct) « sur les relations de travail dans le secteur privé et sur l'interprétation du droit privé du contrat de travail »[552]. En effet, comme le notent ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI et MICHEL HOTTELIER, le « respect du droit de grève (art. 28 al. 3 Cst.) ne dépend que très marginalement de l'Etat, étant donné que ce sont les employeurs qui sont tentés de sanctionner son exercice »[553]. Dès lors, du fait de cet effet horizontal de l'art. 28 al. 3

---

546 GARRONE, p. 799, N 12 ; ANDERMATT, p. 16, N 24.

547 GARRONE, p. 799, N 12; ANDERMATT, p. 15, N 22.

548 DUNAND, Commentaire, N 1 ss *ad* art. 336a CO, p. 688 ss ; ANDERMATT, p. 17, N 25.

549 ATF 132 III 122, 133.

550 ANDERMATT, p. 46, N 106.

551 GARRONE, p. 804, N 31.

552 MAHON, Petit commentaire, N 15 *ad* art. 28 Cst., p. 259.

553 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, p. 59, N 126.

Cst., la participation à une grève licite ne constitue pas – et ne saurait être interprétée comme constituant – une violation d'une obligation résultant du contrat de travail. Au contraire, on admet que les obligations principales découlant du contrat de travail sont suspendues en cas de grève licite (c'est-à-dire l'obligation de travailler, d'une part, et celle de payer le salaire, d'autre part)[554]. C'est la théorie qu'on appelle la théorie de la suspension, développée par la doctrine et reprise par la jurisprudence[555].

On peut se demander, dans ce contexte, si l'effet horizontal ainsi déployé par l'art. 28 al. 3 Cst. est un effet horizontal direct ou indirect. Dans l'ATF 132 III 122, le Tribunal fédéral parle, en se fondant sur la doctrine, d'un effet horizontal indirect[556]. Certains auteurs, notamment RAINER SCHWEIZER, admettent en revanche un effet horizontal direct du droit de grève au sens de l'art. 28 al. 3 Cst.[557].

De plus, l'art. 28 al. 3 Cst. déploie un effet horizontal indirect à un autre égard : la participation à une grève licite ne saurait constituer un motif de licenciement, de sorte que la jurisprudence a considéré que la résiliation du contrat de travail au seul motif de la participation à une grève licite relevait d'un cas de résiliation abusive (cf. art. 336 al. 2 let. a CO)[558]. Le législateur et le juge assurent ainsi le respect du droit de grève dans les rapports entre particuliers, par le biais de la protection contre les licenciements garantie par le Code des obligations[559].

288. La liberté syndicale individuelle faisant partie des droits de la personnalité, il est reconnu que les articles 28 CC et 328 CO protègent et concrétisent eux aussi la liberté syndicale dans les rapports horizontaux en garantissant la protection de la personnalité.

L'art. 28 CC protège les droits de la personnalité des individus, en prévoyant que « celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe » (al. 1). La disposition précise que l'atteinte est « illicite à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi » (al. 2).

L'art. 28 CC peut être invoqué par les syndicats ainsi que par les personnes morales[560]. Comme on l'a déjà vu (n° 94), le Tribunal fédéral a admis dans un arrêt du 12 juillet 2010[561] l'action d'une association professionnelle « lorsque celle-ci dispose d'un droit propre fondé sur l'art. 28 CC pour atteinte à ses droits de la personnalité ou que la qualité pour agir lui est reconnue par une disposition de droit fédéral » :

> « la qualité pour agir des associations est subordonnée à la condition qu'elles soient habilitées par leurs statuts à sauvegarder les intérêts économiques de leurs membres et que ceux-ci aient eux-mêmes qualité pour intenter l'action. Si elles peuvent ester en justice pour défendre les intérêts communs d'une profession, elles ne sauraient en revanche avoir cette qualité pour réclamer la réparation d'un dommage subi par un de leurs membres personnellement […] »

---

554 ANDERMATT, p. 29, N 57.

555 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, p. 722, N 1640 ; VALLENDER/HETTICH, Commentaire SG, *ad* art. 28 Cst., p. 571, N 25. Cf. également ATF 125 III 277, 285.

556 ATF 132 III 122, c. 4.4.1.

557 SCHWEIZER, Commentaire SG, N 39 *ad* art. 35 Cst., p. 725.

558 ATF 125 III 277, 284-285.

559 ATF 132 III 122, c. 4.4.1.

560 ATF 108 II 241, JdT 1996 I 52.

561 TF 4A_248/2010, du 12 juillet 2010, c. 4.1 et 4.2 (pour toutes les citations qui suivent, dans le texte).

> « Ainsi, la jurisprudence soumet la qualité pour agir d'une association professionnelle à la réalisation de trois conditions cumulatives : l'association doit être habilitée par ses statuts à sauvegarder les intérêts économiques de ses membres, ceux-ci doivent eux-mêmes avoir qualité pour intenter action et, enfin, l'association doit défendre un intérêt collectif, lequel concerne la profession en général, ce qui comprend non seulement l'intérêt personnel de ses membres mais aussi celui des personnes qui exercent le même métier, sans toutefois être membres de l'association professionnelle concernée. La qualité pour agir d'une association professionnelle est également admise lorsque celle-ci dispose d'un droit propre fondé sur l'art. 28 CC pour atteinte à ses droits de la personnalité ou que la qualité pour agir lui est reconnue par une disposition de droit fédéral […] » ;
>
> « […] on ne voit pas que le licenciement de l'employée porte atteinte aux droits de la personnalité du syndicat au sens de l'art. 28 CC. Celui-ci ne dispose en effet pas d'un droit propre, fondé sur cette disposition, qui garantirait le maintien de ses membres à leur poste de travail en cas de licenciement intervenant en violation de la convention collective. Il n'apparaît en outre pas que le licenciement de l'employée porte atteinte à la considération sociale du syndicat, en tant que droit reconnu de la personnalité des personnes morales […]. On ne discerne du reste pas pourquoi le syndicat aurait conclu en faveur de l'un de ses membres – en demandant la réintégration de celui-ci –, et non pas en constatation de la violation de la convention collective, s'il estimait être atteint dans sa propre personnalité ».

Il ressort de cette jurisprudence que cette protection découle de la nécessité de servir les intérêts de tous les travailleurs ou de ne pas porter atteinte aux droits de la personnalité du syndicat. Un syndicat n'a ainsi pas la légitimation active pour agir en lieu et place d'un employé individuellement touché[562].

Les personnes morales, quant à elles, invoquent l'art. 28 CC, notamment dans le cadre de la protection de leur liberté négative d'association. Dans un ATF 124 I 107, le Tribunal fédéral a admis que « [l]a tentative de contraindre l'entreprise, par le biais d'une pression économique, à adhérer à une association patronale, ou de se soumettre formellement à une CCT, constituerait donc une atteinte disproportionnée à la liberté d'association, aux droits de la personnalité tels qu'ils sont concrétisés à l'art. 28 CC, ainsi qu'à la liberté contractuelle »[563]. L'obligation d'adhérer à un syndicat porterait en outre atteinte à l'art. 11 CEDH[564].

e) Synthèse et conclusions intermédiaires

289. L'article 28 de la Constitution, qui garantit la « liberté syndicale », garantit à travers celle-ci la dimension collective de cette liberté, c'est-à-dire l'organisation collective des travailleurs et protège de la sorte, pour les organisations de travailleurs – et d'employeurs – le droit d'exercer librement les activités syndicales ainsi que de se fédérer. Cette liberté a un effet horizontal indirect, qui se traduit dans la législation, particulièrement dans le Code des obligations.

290. La *négociation collective* est garantie par la liberté syndicale et les règles sur les conflits de travail découlant de l'art. 28 Cst. Le recours à la négociation et à la médiation est d'ailleurs nécessaire avant utilisation de tout autre moyen d'action collective.

---

562 Cf. aussi TF 4A_316/2012, SJ 2013 I 193, 198.

563 ATF 124 I 107, qui renvoie à l'ATF 102 Ia 533, c. 9, publié *in* RDAT 1978 p. 99 et les références aux ATF 74 II 158 et 75 II 315.

564 Arrêt *Gustafsson v. Sweden*, du 25 avril 1996 (requête n° 15573/89), par. 52.

291. Le droit de grève, considéré comme corollaire de la liberté syndicale, est garanti, selon la doctrine dominante, comme un « quasi-droit » par l'art. 28 al. 3 Cst., en ce sens que diverses conditions doivent être remplies pour qu'on puisse admettre la licéité d'une grève : celle-ci doit se rapporter aux relations de travail, être conforme aux obligations de paix du travail et respecter le principe de la proportionnalité, ainsi que, quatrième condition retenue par la jurisprudence et la doctrine dominante, être soutenue par une organisation de travailleurs.

292. Sous l'angle du principe de la proportionnalité, la jurisprudence a considéré notamment qu'il est disproportionné de mettre en œuvre des moyens de combat faisant usage de la violence ou portant atteinte aux biens de l'entreprise. Il est par contre licite d'organiser des piquets de grève dont le but est de dissuader les employés d'aller travailler, pour autant que ces piquets n'usent pas de la force ou des contraintes.

3. La liberté économique (art. 27 de la Constitution)

a) Généralités : texte de l'article 27, titulaires et restrictions de la liberté économique

i. L'article 27 de la Constitution

293. Il faut préciser ou rappeler, tout d'abord, que le droit international ne connaît pas la notion de liberté économique :

> « La liberté économique n'est pas une liberté « classique ». Ni les constitutions d'autres pays, ni les instruments internationaux de protection des droits de l'homme ne connaissent une telle protection de la libre concurrence entre les acteurs économiques privés »[565].

La liberté économique, en tant que droit fondamental, constitue ainsi une spécificité suisse.

294. En droit constitutionnel suisse, la liberté économique (*Wirtschaftsfreiheit*) est garantie par l'art. 27 Cst., en ces termes :

> « [1]La liberté économique est garantie.
>
> [2]Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice. »

La liberté économique protège de façon générale le libre exercice d'une activité économique. Outre la garantie de l'art. 27 Cst., il faut mentionner l'art. 94 Cst., qui prévoit les principes de l'ordre économique et selon lequel la Confédération et les cantons doivent respecter le « principe de la liberté économique » (*Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit*)[566].

Telle qu'elle est conçue en droit suisse, la garantie constitutionnelle de la liberté économique a ainsi deux fonctions[567] ou deux dimensions[568]. Dans sa fonction ou sa

---

565 MAHON, Petit commentaire, N 5 *ad* art. 27 Cst., p. 236 s. Cf. également VALLENDER, Commentaire SG, N 7 *ad* art. 27 Cst., p. 529 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, N 901, p. 422. Voir en outre HERTIG RANDALL, Typologie, p. 44, qui relève que « [à] la différence de certaines constitutions nationales, la majorité de ces instruments [internationaux] ne consacrent pas la liberté économique protégeant l'accès, le choix et l'exercice d'une activité lucrative, dépendante *ou* indépendante ».

566 Pour plus de détails sur l'art. 94 Cst. ainsi que les art. 95 (« Activité économique lucrative privée ») et 96 (« Politique en matière de concurrence »), cf. TF 2P.134/2003, du 6 septembre 2004, c. 3.1.

567 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, N 899, p. 421.

dimension *individuelle*, qui est exprimée à l'art. 27 Cst., la liberté économique accorde à toute personne, physique ou morale, un droit subjectif de « choisir le travail et l'activité économique qui lui conviennent et (…) les exercer librement »[569]. Dans sa fonction ou dimension *institutionnelle*, exprimée à l'art. 94 de la Constitution, à travers l'expression de « principe de la liberté économique », la liberté économique garantit le choix que le constituant suisse a fait en faveur d'un certain système économique, le système de l'économie de marché et de la libre concurrence.

L'art. 27 Cst. permet aux individus d'invoquer tant une violation de la fonction individuelle que de la fonction institutionnelle de la liberté économique[570].

ii. Les titulaires de la protection

295. Comme indiqué, la liberté économique peut être invoquée tant par les personnes physiques que par les personnes morales de droit privé[571].

iii. Les restrictions de la liberté économique : le système

296. A l'instar de tout droit fondamental, en principe, la liberté économique peut être restreinte au niveau du libre choix comme du libre exercice d'une activité lucrative privée, pour autant que ces restrictions respectent le principe de la concurrence et du libéralisme économique. Aussi, des restrictions à la liberté contractuelle, qui découle de la liberté économique, sont possibles, mais elles doivent remplir les conditions habituelles de restriction des droits fondamentaux, c'est-à-dire les conditions de l'art. 36 Cst.: base légale, intérêt public ou protection d'un droit fondamental d'autrui, proportionnalité et respect de l'essence du droit[572].

297. Parmi les intérêts publics qui peuvent justifier une telle restriction, l'on trouve les restrictions de police (protection contre les atteintes à la vie, à la sécurité, à la santé, à la tranquillité et à la moralité publiques ainsi qu'à la bonne foi dans les affaires) et les mesures de politique sociale[573]. Alors que le législateur fédéral a assez peu utilisé ses compétences dans le domaine des restrictions de police[574], – laissant ainsi de larges compétences aux cantons –, il a adopté une importante législation dans le domaine de la politique sociale[575].

---

568 Pour un commentaire détaillé de l'art. 27 Cst., cf. VALLENDER, Commentaire SG, *ad* art. 27 Cst., pp. 524 ss.

569 MAHON, Petit commentaire, N 3 *ad* art. 27 Cst., p. 235.

570 MAHON, Petit commentaire, N 4 *ad* art. 27 Cst., p. 236 ; cf. également TF 2P.134/2003, du 6 septembre 2004, c. 5.2.

571 MAHON, Petit commentaire, N 6 *ad* art. 27 Cst., p. 237 ; ATF 131 I 223, 230 ss.

572 ATF 136 I 197, c. 4.4.1 ; ATF 131 I 333, c. 4 ; 113 Ia 126, c. 8. Cf. aussi MAHON, Petit commentaire, *ad* art. 27 Cst., pp. 241 ss, N 12 ss. Le Tribunal fédéral ajoute aux quatre conditions habituelles celle de respecter le principe d'égalité entre concurrents directs. L'on parle dans ce contexte aussi du principe de la neutralité concurentielle de l'activité étatique. Ce principe n'étant pas directement pertinent pour les questions qui nous occupent, nous ne l'aborderons pas ici.

573 ATF 137 I 167, c. 3.6 ; 131 I 223, c. 4.2 ; TF 2C_147/2009, du 4 mai 2009, c. 6.2 ; 2C_357/2008, du 25 août 2008, c. 4.1. Cf. également le message relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1, p. 177.

574 A l'exception des secteurs déterminés où la Constitution contient des dispositions spéciales, dont notamment la protection de l'environnement (art. 74), la protection des consommateurs (art. 97), les banques et les assurances (art. 98), la protection de la santé (art. 118).

575 MAHON, Petit commentaire, N 18 *ad* art. 27 Cst., p. 247.

Un exemple de cette réglementation de politique sociale est la législation basée sur l'art. 110 de la Constitution. Cette disposition accorde à la Confédération la compétence de légiférer dans le domaine du travail et d'édicter ainsi, dans ce domaine, des restrictions à la liberté économique.

En vertu de l'art. 110 al. 1 let. a Cst., la Confédération peut en particulier légiférer sur la protection des travailleurs, ce que le législateur fédéral a fait en adoptant notamment la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, du 13 mars 1964 (RS 822.11). L'on se trouve ici dans le contexte du droit public de protection des travailleurs, qui doit être distingué du droit privé du travail (contrat individuel de travail) et du droit collectif du travail.

L'art. 110 al. 1 let. b et d permet cependant aussi à la Confédération de légiférer, on l'a vu, « sur les rapports entre employeurs et travailleurs, notamment la réglementation en commun des questions intéressant l'entreprise et le domaine professionnel » ainsi que sur l'extension du champ d'application des conventions collectives de travail », c'est-à-dire sur certains éléments du droit collectif du travail[576].

298. A côté de ces « restrictions » à la liberté économique, il faut mentionner aussi ce que la doctrine appelle des « dérogations au principe de la liberté économique », c'est-à-dire les mesures étatiques qui interviennent dans le système de l'économie de marché choisi par le constituant, en particulier en interférant dans le jeu de la libre concurrence, par exemple pour diriger l'économie selon un plan ou pour favoriser certains acteurs économiques, certaines branches ou certaines régions au détriment d'autres[577]. En vertu de l'art. 94 al. 4 Cst., de telles « dérogations » au principe même de la liberté économique, c'est-à-dire au choix institutionnel du constituant, en particulier les mesures menaçant la concurrence, ne sont admissibles que si elles sont prévues, explicitement ou implicitement, par la Constitution fédérale elle-même ou fondées sur les droits régaliens des cantons.

Il en résulte que la liberté économique suit, parmi les droits fondamentaux, un régime quelque peu particulier, en ce sens que les mesures étatiques qui la restreignent tout en dérogeant au « principe » même de la liberté économique doivent non seulement obéir aux exigences de l'art. 36 de la Constitution, mais doivent en outre pouvoir se fonder sur une base constitutionnelle.

Même si cette caractéristique de la liberté économique n'est pas directement pertinente pour la présente étude, il convient de la garder à l'esprit. On pourrait en déduire, en effet, dans un certain sens, que la liberté économique est en quelque sorte mieux protégée que les autres droits fondamentaux, puisqu'il faut une base constitutionnelle pour fonder les atteintes les plus graves que l'Etat peut lui porter. Mais on pourrait aussi, à l'inverse, considérer ou soutenir qu'elle est moins bien protégée que les autres droits fondamentaux : pour ceux-ci, en effet, la Constitution interdit toute atteinte à l'essence même du droit, c'est-à-dire à leur noyau intangible,

---

576 Ainsi qu'on l'a vu (n^os^ 42 à 45 ci-dessus), l'art. 110 Cst. ne constitue cependant pas le fondement de la législation de droit privé relative au contrat individuel de travail (art. 319 à 362 CO). Ces dispositions sont basées sur la compétence de légiférer en matière de droit civil (art. 122 al. 1 Cst.). Le droit collectif du travail se compose de règles qui relèvent du droit privé (art. 356 à 358 CO), mais aussi, plus rarement, du droit public (cf. art. 110 al. 2 Cst. ; loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail, du 28 septembre 1956, RS 221.215.311). Cf. MAHON, Petit commentaire, N 9 *ad* art. 110 Cst., p. 851.

577 Sont visées les « mesures contraignantes qui interviennent dans la libre concurrence en faveur de certaines branches, professions ou entreprises »; cf. MAHON, Petit commentaire, N 20 *ad* art. 27 Cst., p. 247.

comme on l'appelle en doctrine. Alors que, pour la liberté économique, si l'on veut bien considérer le « principe de la liberté économique » comme un élément du noyau de cette liberté, ce noyau n'est pas totalement intangible, mais lui porter atteinte suppose un fondement dans la Constitution elle-même[578].

b) Les divers aspects de la liberté économique : la sphère protégée

299. En vertu de l'art. 27 al. 2 Cst., la liberté économique « comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice ». La notion d'activité économique lucrative privée doit être comprise de façon large. Est protégée toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu[579].

Font partie du libre exercice d'une activité économique lucrative privée tous les actes inhérents à cette activité. Il s'agit, par exemple, du choix de la forme juridique, du choix des collaborateurs et des moyens de production[580]. Le droit de déterminer librement ses rapports commerciaux fait également partie du libre exercice d'une activité économique lucrative privée[581]. Ceci implique la liberté contractuelle, qui est un principe de droit privé[582] et qui se décompose lui-même en plusieurs éléments : la liberté de conclure (ou de ne pas conclure), le libre choix du cocontractant, le libre choix du contenu du contrat, la liberté de choisir la forme du contrat et, enfin, la liberté de mettre fin au contrat (liberté de résiliation)[583]. Selon le Tribunal fédéral, la « garantie de la liberté contractuelle, consacrée explicitement aux art. 1 et 19 CO, fait partie intégrante de l'aspect constitutif de la liberté économique »[584]. Dès lors, ces différentes facettes de la liberté contractuelle peuvent certes être restreintes ou limitées, mais aux conditions, déjà évoquées, de l'art. 36 de la Constitution (notamment base légale, intérêt public et proportionnalité).

300. La liberté économique a principalement une portée négative : « elle protège les particuliers contre les ingérences injustifiées de l'Etat dans leur activité économique »[585]. Par contre, elle ne confère en principe aucun droit à des prestations positives de la part de l'Etat[586], à l'exception toutefois d'un « quasi-droit à l'usage (accru) du domaine public, lorsque l'activité professionnelle en question implique un tel usage »[587], aspect qui n'intéresse pas directement notre étude.

---

578 Sur ce système de la liberté économique, voir notamment MAHON, Abrégé II, p. 191-192 et 198 ss, ainsi que Petit commentaire, N 20 *ad* art. 27 Cst., p. 247.

579 ATF 137 I 167, c. 3.1 ; ATF 136 I 197, c. 4.4.1 ; ATF 135 I 130, c. 4.2 ; ATF 134 I 214, c. 3 ; ATF 131 I 333, c. 4. Cf. également MAHON, Petit commentaire, N 8 *ad* art. 27 Cst., pp. 239 s.

580 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, N 952, p. 444.

581 MAHON, Petit commentaire, N 7 *ad* art. 27 Cst., p. 239.

582 MAHON, Petit commentaire, N 7 *ad* art. 27 Cst., p. 239 ; VALLENDER, Commentaire SG, N 38 *ad* art. 27 Cst., p. 542. Cf. également le message relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1, pp. 179 et 297.

583 ATF 129 III 35, c. 6.1.

584 ATF 136 I 197, c. 4.4.1. Cf. également ATF 137 I 167, c. 5.2 ; ATF 131 I 333, c. 4 ; ATF 131 I 223, c. 4.1 ; ATF 130 I 26, c. 4.3 ; ATF 113 Ia 126, c. 8.

585 MAHON, Petit commentaire, N 9 *ad* art. 27 Cst., p. 240.

586 VALLENDER, Commentaire SG, *ad* art. 27 Cst., N 9, p. 529.

587 MAHON, Petit commentaire, N 9 *ad* art. *27 Cst.*, p. 240.

c) La question de l'effet horizontal

301. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut pour ce qui est des considérations générales sur la question de l'effet horizontal des droits fondamentaux[588].

302. S'agissant de la liberté économique, il est généralement admis qu'elle ne déploie pas un effet horizontal direct[589], mais qu'elle a un effet horizontal indirect dans les rapports entre les particuliers, à travers sa mise en œuvre par le droit ordinaire. Nous avons déjà évoqué plus haut la liberté contractuelle, qui est un principe fondamental de droit privé et, selon le Tribunal fédéral, une « partie intégrante de l'aspect constitutif de la liberté économique »[590].

Plus généralement, comme le relèvent ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI et MICHEL HOTTELIER, « (l)e droit des obligations entretient des liens particulièrement étroits avec la liberté économique, dont il constitue une concrétisation indispensable »[591], qui concerne les rapports entre les particuliers. Le régime général du droit des contrats établi par le Code des obligations se rattache ainsi à la garantie constitutionnelle de la liberté économique, qu'il concrétise tout en la limitant. La liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté constituent des éléments importants de ce régime général du droit des contrats (cf. par exemple l'art. 19 CO). Le Tribunal fédéral a ainsi précisé qu'en principe, « la liberté contractuelle régit aussi le droit du travail et les parties sont libres de modifier leurs rapports contractuels »[592]. Plus spécifiquement, il a jugé que le droit suisse du travail est en principe régi par le principe de la liberté de résiliation[593].

303. La liberté contractuelle est en outre concrétisée aux articles 1, 11 et 19 CO[594], au travers de la libre détermination du contrat en général et en particulier du contrat de travail. Ces articles consacrent la conclusion du contrat par un échange réciproque de manifestations de volontés concordantes (art. 1 al. 1 CO), une liberté quant à la forme (art. 11 CO) et l'objet du contrat dans les limites de la loi (art. 19 al. 1 CO). L'art. 1 CO concrétise ainsi l'autonomie privée soit la faculté accordée par l'ordre juridique à chaque individu de régler lui-même ses conditions d'existence[595]. Cette autonomie privée implique la liberté de conclure ou non un contrat[596] et par conséquent la liberté pour les parties de renoncer à un contrat ou d'en modifier le contenu[597].

L'art. 11 CC consacre pour sa part le principe de la liberté de la forme[598]. Les parties déterminent librement les termes du contrat à moins que la loi ne prescrive une forme spécifique. La forme prescrite peut avoir l'objectif de protéger l'intérêt des parties dans la manifestation de leur volonté, notamment de la partie faible. En droit du contrat individuel de travail, conformément à l'art. 320 al. 1 CO, aucune forme n'est en principe

---

588 Cf. ci-dessus, n^{os} 281 ss.

589 VALLANDER, Commentaire SG, N 6 *ad.* art*. 27 Cst.*, p. 528.

590 Voir les arrêts cités note 584.

591 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, p. 430, N 923.

592 ATF 132 III 32, c. 5.2.

593 ATF 132 III 115, c. 2.1. Cf. également ATF 131 III 535, c. 4.1 ; ATF 127 III 86, c. 2a ; ATF 125 III 70, c. 2a.

594 ATF 131 I 333, c. 4.

595 ATF 129 III 35, c. 6.1.

596 CoRo Obligations I, N 36 *ad* art. 1, p. 15.

597 ATF 102 Ia 533, c. 10a ; JdT 1978 I 647.

598 TERCIER, N 54 ss.

exigée. Aussi le contrat est-il conclu dès que les parties se sont mises d'accord sur ses points essentiels. Toutefois, cette liberté est limitée par l'obligation de la forme écrite pour certains types de contrats ainsi que la présomption irréfragable de l'art. 320 al. 2 CO concernant l'existence d'un contrat de travail[599].

Enfin, la liberté contractuelle est également consacrée par l'art. 19 CO. Elle trouve ici son application au travers de l'autodétermination des parties au contrat soit la liberté dont disposent les parties de prendre les décisions les concernant dans tous les aspects de leur vie[600].

304. La liberté économique est aussi sauvegardée par l'art. 27 CC, qui tend à protéger les particuliers contre les engagements excessifs, en interdisant toute renonciation volontaire à la jouissance ou à l'exercice des droits civils (al. 1), ainsi que toute aliénation de sa propre liberté de manière contraire aux lois ou aux mœurs (al. 2). La disposition concrétise, dans les rapports entre particuliers, la liberté personnelle, garantie à l'art. 10 Cst[601]. L'art. 27 CC protège donc les partenaires contractuels contre des engagements portant excessivement atteinte à leur liberté économique. Selon le Tribunal fédéral, « une restriction contractuelle de la liberté économique n'est considérée par une jurisprudence constante comme excessive au regard de l'article 27 al. 2 CC que si elle livre celui qui s'est obligé à l'arbitraire de son cocontractant, supprime sa liberté économique ou la limite dans une mesure telle que les bases de son existence économique sont mises en danger »[602]. Sur la base de l'art. 27 CC, par exemple, un engagement contractuel pour l'éternité serait inadmissible[603], mais la durée maximale de l'engagement dépend de l'objet du contrat[604]. En droit du travail, l'art. 334 al. 3 CO prescrit qu'un contrat de travail de durée déterminée conclu pour plus de dix ans peut néanmoins être résilié au bout de dix ans, moyennant un délai de congé de six mois ; la disposition est de nature absolument impérative[605].

d) Synthèse et conclusions intermédiaires

305. La liberté économique est garantie par l'art. 27 de la Constitution, ce qui représente dans une large mesure une spécificité suisse. Dans sa dimension individuelle, exprimée dans cette disposition, elle garantit à toute personne le droit de choisir librement sa profession, de choisir librement et d'accéder à une actvité économique lucrative privée et d'exercer librement cette activité. Cette liberté peut être restreinte aux conditions de l'art. 36 de la Constitution (base légale, intérêt public et respect de la proportionnalité, notamment). La liberté économique a cependant aussi une dimension institutionnelle, exprimée par l'art. 94 de la Constitution, qui se manifeste comme un choix, opéré par le constituant, en faveur d'un système économique déterminé, qui est celui de l'économie de marché et de la libre concurrence (système économique libéral). Cette particularité de la liberté économique implique que toute intervention étatique qui porte atteinte à ce système, en intervenant en particulier dans le jeu de la libre concurrence, doit pouvoir se fonder sur une autorisation constitutionnelle, explicite ou implicite.

---

599 FAVRE, N 2.6 *ad* art. 320, p. 40.

600 CoRo Obligations I, N 4 *ad* art. 19, p. 182.

601 ATF 102 Ia 516, JdT 1978 IV 128.

602 ATF 123 III 337, c. 5.

603 ATF 93 II 290, JdT 1977 I 126.

604 ATF 114 II 159, JdT 1989 I 2.

605 Art. 361 CO.

306. La liberté économique implique la liberté contractuelle, qui en est un élément essentiel, et qui se décline lui-même en plusieurs éléments : liberté de conclure (ou de ne pas conclure), libre choix du cocontractant, libre choix du contenu du contrat, liberté de choisir la forme du contrat et, enfin, liberté de mettre fin au contrat (liberté de résiliation). La liberté économique, et en particulier la liberté contactuelle, est concrétisée, dans les rapports entre les particuliers, dans le sens d'un effet horizontal indirect, par la législation ordinaire, tout spécialement par le Code des obligations.

Les restrictions à la liberté économique – et à la liberté contractuelle – obéissent aux règles prévues par l'art. 36 Cst.

4. Le conflit entre droits fondamentaux : la pesée des intérêts

307. Il résulte des deux subdivisions qui précèdent que tant la liberté syndicale, avec les droits et éléments qu'elle protège, que la liberté économique, dans ses différentes composantes, notamment de la liberté contractuelle, sont garanties par la Constitution fédérale. Or, la description, même sommaire, de leur étendue et de leur portée le montre, ces deux libertés peuvent parfois être antagonistes ou antinomiques.

308. Tout en étant garantie tant pour les travailleurs que les employeurs, ainsi que pour leurs organisations respectives, la liberté syndicale (art. 28 Cst.) sert en général, principalement, à défendre les droits et intérêts des travailleurs (et de leurs syndicats), ceux-ci étant considérés comme la partie faible dans les rapports (individuels et collectifs) de travail. Au-delà des garanties prévues par la liberté syndicale, les droits et intérêts des employeurs sont, quant à eux, protégés plutôt, ou surtout, par la liberté économique (art. 27 Cst.) et, dans une certaine mesure aussi, par la garantie de la propriété (art. 26 Cst.).

Du point de vue du droit constitutionnel, on peut ainsi affirmer que l'opposition ou la tension entre travailleurs et employeurs, et entre leurs organisations respectives, se reflète dans l'opposition ou la tension entre la liberté syndicale des travailleurs et des syndicats (art. 28 Cst.) et la liberté économique des employeurs (art. 27 Cst.).

309. On peut donc, lorsqu'il s'agit d'appliquer tous deux ces droits fondamentaux, concurremment et simultanément, se trouver face à ce que l'on nomme un « conflit de droits fondamentaux ». Par cette expression, « l'on entend l'invocation simultanée, antinomique et donc a priori incompatible, de deux ou plusieurs droits fondamentaux par leurs titulaires respectifs »[606]. Conflit qu'il s'agit donc de résoudre.

Doctrine et jurisprudence ont développé diverses méthodes – ou modes de raisonnement – en vue de résoudre de tels conflits. A titre général, il convient au préalable de poser le principe que les règles constitutionnelles sont coordonnées et non subordonnées entre elles[607], et qu'il n'existe donc pas de hiérarchie entre les différents droits fondamentaux garantis par le catalogue de la Constitution fédérale, dans ses articles 7 à 34[608].

Dans ce contexte, il convient de rappeler aussi que l'effet horizontal indirect des droits fondamentaux implique que c'est avant tout au législateur qu'il appartient et qu'il

---

606 HOTTELIER, p. 452. Pour une typologie des différents conflits de droits fondamentaux, cf. HOTTELIER, pp. 453 s. Voir aussi, plus généralement et pour une approche comparatiste, CÉLINE MARTIN, *Grundrechtskollisionen*, Bâle, 2007.

607 HOTTELIER, p. 452 ; ATF 139 I 16, c. 4.2.1 et 4.2.2.

608 ATF 137 I 167, c. 3.7.

incombe de résoudre les conflits potentiels de droits fondamentaux dans les relations entre les particuliers, dans le cadre de la législation ordinaire (art. 35 Cst.)[609].

Dans l'ATF 138 I 475, le Tribunal fédéral a, dans ce contexte, et en lien avec l'art. 35 de la Constitution, précisé ceci :

> «Si l'on admet que les droits fondamentaux n'ont pas seulement une fonction de défense contre les atteintes dues à l'Etat, mais fondent également un devoir étatique de protection contre les atteintes provoquées par des tiers, il n'en demeure pas moins que les droits constitutionnels de ces tiers doivent également être protégés ; une pesée des différents intérêts en présence est alors nécessaire. C'est en priorité la tâche de la législation spécifique de fixer quels sont les actes admissibles ou non et de délimiter les droits des particuliers impliqués »[610].

Il appartient donc au législateur (fédéral, en l'occurrence) de tenir compte de la liberté syndicale des travailleurs et des syndicats d'une part, et de la liberté économique des employeurs, d'autre part, et de procéder à la pesée des intérêts entre ces deux droits fondamentaux potentiellement antagonistes. La Constitution donne au législateur fédéral le mandat, notamment par les articles 35, 110 et 122, de concrétiser et trancher cette tension de droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers par la voie de la législation ordinaire. Cette concrétisation et cette pesée des intérêts doit bien évidemment tenir compte des droits fondamentaux en cause (art. 27 et 28 Cst.), mais également des obligations internationales qui découlent de la ratification par la Suisse des instruments internationaux examinés, notamment des Conventions n^{os} 87 et 98 de l'OIT, des Pactes I et II de l'ONU et de la Convention européenne des droits de l'homme, traités internationaux qui, qu'ils soient ou non directement applicables, lient aussi bien le législateur que le juge et les autres autorités d'application (art. 190 Cst.).

310. Il découle donc de l'effet horizontal indirect des droits fondamentaux concernés en l'espèce (liberté syndicale et liberté économique) qu'il appartient en priorité et principalement au législateur de trancher les conflits entre ces droits fondamentaux dans les relations entre les particuliers, en l'occurrence entre les travailleurs et les employeurs, ainsi qu'entre leurs organisations respectives.

Or, la concrétisation de la pesée des intérêts entre la liberté syndicale et la liberté économique par la voie de la législation ordinaire se retrouve aujourd'hui principalement dans les dispositions pertinentes du Code des obligations. C'est précisément cette « résolution de conflit » entre deux droits fondamentaux qui influence plus spécifiquement la portée du droit du contrat individuel de travail et qui explique le statut spécial de ce droit dans le régime général du droit des contrats. En d'autres termes, l'on pourrait affirmer que la protection accordée aux travailleurs syndiqués et aux représentants élus des travailleurs par le Code des obligations constitue déjà, en soi, un compromis instauré par le législateur fédéral, fondé sur l'effet horizontal indirect à la fois de la liberté syndicale et de la liberté économique. Dans un arrêt récent, qui concerne précisément le licenciement d'un représentant des travailleurs, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de rappeler que l'art. 27 Cst. était dénué de toute portée propre dans le contexte du licenciement abusif du représentant des travailleurs qui est régi par les articles 336 ss CO. Ainsi, et comme nous le verrons au chapitre suivant, l'art. 336 al. 2 let. b CO restreint la liberté de l'employeur de résilier le

---

609 HOTTELIER, p. 454 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, p. 60, N 129 ; ATF 138 I 475, c. 3.3.

610 ATF 138 I 475, c. 3.3.

contrat de travail conclu avec un travailleur qui est devenu un représentant élu du personnel[611].

311. Dans le cas où le conflit entre deux libertés n'a pas été résolu par le législateur, auquel cette tâche incombe principalement[612], c'est au juge de se plier à l'exercice, en vérifiant ou en établissant « un juste équilibre entre les différents principes constitutionnels et droits fondamentaux en jeu »[613], et en appliquant pour ce faire les principes qui découlent de l'art. 36 de la Constitution au cas concret qui lui est soumis.

Ainsi, par exemple, le Tribunal fédéral s'est livré à un tel exercice dans un autre arrêt tout récent, l'ATF 140 I 201, du 21 mars 2014, concernant la non-reconnaissance, par la direction de l'Université de Lausanne, de l'association Zofingue, au motif que celle-ci, excluant le sociétariat des femmes, ne respectait pas le droit fondamental à l'égalité de traitement des deux sexes ; non reconnue, l'association en question était donc privée des bénéfices que l'Université en question accorde en général aux associations estudiantines (accès au réseau informatique, aux salles, etc.). Le litige portait donc sur un conflit entre deux droits fondamentaux, l'égalité entre femmes et hommes, d'un côté, et la liberté d'association (et l'égalité de traitement entre associations), de l'autre. Le Tribunal fédéral a résolu le conflit par application de l'art. 36 Cst, qui prévoit que toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui[614].

Ainsi, il appartient au juge de vérifier, tout d'abord, que le conflit de libertés « n'a pas été préalablement ou entièrement désamorcé par le législateur à travers une harmonisation normative des intérêts antagonistes ou par une hiérarchisation légale des valeurs dans un contexte déterminé »[615], puis, si tel n'est pas le cas, de procéder lui-même à la pesée des intérêts, en se laissant « en règle générale guider par les principes ancrés à l'art. 36 Cst., en les adaptant le cas échéant aux besoins spécifiques qui découlent des conflits entre plusieurs libertés ou intérêts collectifs fondamentaux, et tout en faisant preuve d'une certaine retenue face à la pesée qu'aurait déjà opérée l'instance précédente »[616].

Dans l'arrêt en question, le Tribunal fédéral relève notamment, en ce qui concerne l'application du principe de proportionnalité, qui présente un certain intérêt pour cette étude :

> « Sous l'angle du principe de la proportionnalité […], il est possible d'établir des distinctions selon que l'invocation des droits fondamentaux (qui ne connaissent certes aucune hiérarchie entre eux) dans une situation donnée a pour but d'obliger l'Etat (cf. art. 35 Cst.) à s'abstenir de porter atteinte à un droit fondamental particulier ("Unterlassungspflicht"), à protéger activement ce droit ("Schutzpflicht") et/ou à mettre en œuvre des stratégies en vue de le réaliser pleinement au sein des institutions et de la société ("Gewährleistungspflicht"). En fonction du type d'obligation en cause, la marge de manoeuvre dont disposera l'autorité pour mettre en œuvre un droit fondamental et, par voie de conséquence, la possibilité de choisir, parmi les mesures envisageables, celle qui porte le moins atteinte à d'autres droits et principes fondamentaux, sera en effet plus ou

---

611 TF 4D_12/2014, du 7 juillet 2014, c. 5.

612 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 278, p. 128

613 ATF 140 I 201, pp. 212-213, c. 6.7.

614 ATF 140 I 201, c. 6.7, pp. 212-217, où le Tribunal federal a estimé que la liberté d'association devait en l'occurrence l'emporter.

615 ATF 140 I 201, c. 6.7, p. 213.

616 *Ibid.*

moins grande […] »[617].

Comme le souligne MICHEL HOTTELIER, qui cite le Tribunal fédéral, le juge fédéral considère qu'*in fine*, le principe de proportionnalité « constitue souvent la clé de la résolution des conflits de droits fondamentaux, une fois l'exigence de la légalité au sens de l'art. 36 al. 1 Cst. satisfaite »[618].

Ceci nous renvoie notamment aux développements effectués dans le cadre de l'application des droits fondamentaux découlant du droit international qui se traduisent jusque dans la jurisprudence du Tribunal fédéral et participent à la marge de manœuvre de l'appréciation de la proportionnalité de l'atteinte.

5. Conclusions intermédiaires

312. La Constitution fédérale garantit, au rang de droits fondamentaux, aussi bien la liberté syndicale (art. 28), avec les droits et éléments que celle-ci protège, que la liberté économique (art. 27), dans ses différentes composantes, notamment de la liberté contractuelle. L'analyse de ces deux libertés fondamentales, de leur contenu, de leur étendue et de leur portée montre qu'elles peuvent parfois être antagonistes ou antinomiques, notamment en ce qui concerne les questions qui intéressent au premier chef la présente étude.

313. Même si elle est garantie tant pour les travailleurs que pour les employeurs, ainsi que pour leurs organisations respectives, la liberté syndicale sert en général principalement à défendre les droits et intérêts des travailleurs (et de leurs syndicats), lesquels sont considérés comme la partie faible dans les rapports (individuels et collectifs) de travail. Au-delà des garanties prévues par la liberté syndicale, les droits et intérêts des employeurs sont, quant à eux, protégés plutôt, ou surtout, par la liberté économique (art. 27 Cst.) et, dans une certaine mesure aussi, par la garantie de la propriété (art. 26 Cst.). Du point de vue du droit constitutionnel, on peut ainsi affirmer que l'opposition ou la tension entre travailleurs et employeurs, et entre leurs organisations respectives, se reflète dans l'opposition ou la tension entre la liberté syndicale des travailleurs et des syndicats (art. 28 Cst.) et la liberté économique des employeurs (art. 27 Cst.).

314. Dans un tel cas de « conflit de droits fondamentaux », potentiellement antagonistes ou antinomiques, il s'agit d'appliquer les méthodes habituelles de résolution de ce type de conflit développées par la doctrine et la jurisprudence. Il convient ainsi de déterminer, en premier lieu, comme le dit le Tribunal fédéral, si le constituant ou le législateur n'ont pas « préalablement ou entièrement désamorcé » le conflit, « à travers une harmonisation normative des intérêts antagonistes ou par une hiérarchisation légale des valeurs dans un contexte déterminé ». En l'occurrence, la Constitution elle-même n'établit pas de hiérarchie entre les différents droits fondamentaux qu'elle garantit ; il est généralement admis en effet que les règles constitutionnelles sont coordonnées et non subordonnées entre elles. C'est dès lors au législateur (fédéral, en l'espèce) qu'il appartient de tenir compte de la liberté syndicale des travailleurs et des syndicats d'une part, et de la liberté économique des employeurs, d'autre part, et de procéder à la pesée des intérêts entre ces deux droits fondamentaux potentiellement antagonistes.

Si tel n'est pas le cas, il incombera alors, dans un second temps, à l'interprète – en principe c'est le rôle du juge – de chercher ou d'établir, toujours pour reprendre les

---

617 ATF 140 I 214, c. 6.7.3

618 HOTTELIER, p. 455.

termes du Tribunal fédéral, le « juste équilibre entre les différents principes constitutionnels et droits fondamentaux en jeu », c'est-à-dire de procéder lui-même à la pesée des intérêts, en se laissant « en règle générale guider par les principes ancrés à l'art. 36 Cst., en les adaptant le cas échéant aux besoins spécifiques qui découlent des conflits entre plusieurs libertés ou intérêts collectifs fondamentaux, et tout en faisant preuve d'une certaine retenue face à la pesée qu'aurait déjà opérée l'instance précédente ».

315. Il faut donc examiner maintenant, conformément à cette méthode de résolution des conflits de droits fondamentaux, si le législateur ordinaire, qui a concrétisé tant la liberté syndicale que la liberté économique, a ou n'a pas, préalablement ou entièrement, désamorcé le conflit, « à travers une harmonisation normative des intérêts antagonistes ou par une hiérarchisation légale des valeurs dans un contexte déterminé ». Ainsi, pour prendre un exemple, selon l'arrêt précité du Tribunal fédéral TF 4D_12/2014, il semble que le conflit a été partiellement désamorcé s'agissant de la possibilité de restreindre la liberté de licencier par les dispositions sur le congé abusif.

C'est dans cette optique que nous examinerons donc, dans la subdivision qui suit, le droit ordinaire du travail, sous l'angle de la protection des représentants des travailleurs en droit privé du contrat de travail et en droit collectif.

C. Le droit ordinaire : les représentants des travailleurs et leur protection dans le droit (privé) du travail (droit du contrat de travail et droit collectif)

1. Introduction et plan

316. Dans cette partie de notre étude consacrée à la protection des travailleurs en droit positif suisse, il s'agit, après avoir étudié dans le chapitre précédent les garanties constitutionnelles de la liberté syndicale et de la liberté économique (lettre B ci-dessus), d'examiner maintenant quelle est la protection conférée aux représentants des travailleurs (au sens large) en droit privé suisse du travail. Il existe d'ailleurs dans ce contexte un lien étroit entre droit constitutionnel et droit privé puisque, comme nous venons de le voir, le législateur ordinaire se voit conférer la possibilité de concrétiser tant la liberté syndicale que la liberté économique, voire la pesée des intérêts entre ces deux libertés. Ce chapitre aura le plan suivant. Nous étudierons tout d'abord les normes légales qui visent à protéger – ou qui peuvent avoir cet effet – les représentants des travailleurs (au sens large), soit principalement les dispositions qui se trouvent dans la loi sur la participation (ch. 2), ainsi que les dispositions du Code des obligations sur le contrat individuel de travail qui concernent la protection contre les congés (ch. 3). Nous verrons ensuite que la protection des représentants des travailleurs qui résulte du régime légal ordinaire a souvent été adaptée et améliorée en pratique par le biais des conventions collectives de travail (ch. 4). Enfin, avant de proposer quelques conclusions intermédiaires (ch. 6), nous nous pencherons comme cela nous a été suggéré dans le mandat qui nous a été confié sur la question de la nullité/annulabilité du congé et de la réintégration des travailleurs, institutions qui existent en droit suisse principalement dans la loi sur l'égalité ainsi qu'en droit de la fonction publique (ch. 5).

2. La protection des représentants des travailleurs dans la loi sur la participation

a) Généralités (art. 1 à 4 LParticipation)

317. Nous avons déjà présenté ci-dessus, partie II/C, le système de la loi sur la participation, les fonctions de la représentation élue des travailleurs, ainsi que les droits des travailleurs élus. Nous nous contenterons dès lors ici, après quelques généralités, d'une brève présentation de l'art. 12 LParticipation (protection des représentants des travailleurs).

Le champ d'application de la LParticipation est réglé à l'art. 1, lequel prévoit que la loi s'applique à toutes les entreprises privées qui occupent des travailleurs en permanence en Suisse. L'art. 3 LParticipation dispose que les représentants des travailleurs peuvent être élus par les employés dans les entreprises occupant au moins cinquante personnes.

318. L'art. 4 LParticipation précise que, dans les entreprises sans représentation des travailleurs, ceux-ci exercent directement leurs droits à l'information et à la participation conformément aux articles 9 et 10. A son article 2, la loi admet des dérogations à la LParticipation en faveur des travailleurs. En revanche, les dérogations au détriment de ces derniers ne sont admises que si elles sont prévues par CCT, sous réserve toutefois qu'elles ne concernent pas les dispositions énumérées à l'art. 2 *in fine* LParticipation.

b) La protection des représentants des travailleurs (art. 12 LParticipation)

319. L'art. 12 LParticipation dispose que l'employeur n'a pas le droit d'empêcher les représentants des travailleurs d'exercer leur mandat (al. 1). Surtout, il ne doit pas défavoriser les représentants des travailleurs, pendant ou après leur mandat, en raison de l'exercice de cette activité. La loi précise encore que cette protection est étendue aux personnes se portant candidates à l'élection dans une représentation des travailleurs (al. 2).

Le champ d'application de l'art. 12 LParticipation est plus large que celui de l'art. 336 al. 2 let. b CO que nous examinerons ci-dessous (sous ch. 3). Premièrement, le cercle des personnes protégées comprend non seulement les représentants des travailleurs en fonction, mais également les travailleurs qui se sont portés candidats à l'élection et les représentants des travailleurs dont le mandat a expiré. Deuxièmement, la protection ne vise pas uniquement la problématique de la résiliation, mais plus généralement toute entrave au développement professionnel, qui comprend par exemple la rémunération, les perspectives de promotion, la formation continue[619].

320. L'art. 12 LParticipation ne comporte toutefois pas de sanctions spécifiques. En effet, comme l'indiquait le Conseil fédéral dans son message, en cas de résiliation, les sanctions sont celles du Code des obligations relatives au congé abusif[620]. Il en va par exemple ainsi lorsqu'un travailleur est licencié en raison de son activité au sein de la représentation, exercée conformément aux règles de la bonne foi[621]. Sont notamment pertinentes la protection contre la résiliation des représentants élus des travailleurs (art. 336 al. 2 let. b CO) et, pour les candidats et les anciens membres de la représentation du personnel, l'art. 336 al. 1 let. d CO, qui prohibe les congés donnés parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi un droit résultant du contrat de travail[622].

Par ailleurs, il n'est pas prévu de sanctions spécifiques à une violation de l'interdiction de discriminer en dehors des cas de résiliation. Comme, de plus, il n'y a en principe pas de droit à l'égalité de traitement entre les travailleurs, certains auteurs jugent cette protection illusoire[623]. En effet, comment le travailleur pourrait-il, par exemple, démontrer qu'il n'a pas été augmenté en raison de son statut de représentant ?

3. La protection des représentants des travailleurs dans le droit du contrat individuel de travail : protection contre les congés (art. 336 ss CO)

a) Remarques préliminaires

321. A l'exception notable des règles sur le congé abusif, le régime légal ordinaire du Code des obligations ne contient pas de disposition qui protégerait de manière spécifique les représentants des travailleurs. C'est dire que nous étudierons ici principalement les dispositions sur le congé abusif (art. 336 à 336b CO). La protection légale contre les congés abusifs a été adoptée en 1988[624], dans le cadre d'un contre-projet indirect à l'initiative populaire des syndicats chrétiens intitulée « pour la protection des

---

619 SUBILIA/DUC, N 3 *ad* art. 12 LParticipation, p. 1085.

620 Message LParticipation, FF 1992 V 633.

621 WYLER/HEINZER, p. 979.

622 SUBILIA/DUC, N 4 *ad* art. 12 LParticipation, p. 1086.

623 SUBILIA/DUC, N 3 *ad* art. 12 LParticipation, p. 1085.

624 RO 1988 1472, et FF 1984 II 574-664, pour le Message.

travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail »[625]. La modification législative a introduit ou modifié les articles 334 à 337d, 343, 346, 361 et 362 CO. Les nouvelles dispositions sont entrées en vigueur le 1er janvier 1989.

322. La protection contre les congés notifiés aux travailleurs est assurée dans le Code des obligations, outre par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 à 336b CO), également par les dispositions sur la résiliation en temps inopportun (art. 336c CO) et par les règles sur la résiliation immédiate injustifiée (art. 337 à 337d CO, en particulier art. 337c CO). En conséquence, nous traiterons aussi brièvement ces deux formes de protection pour clarifier les différences et complémentarités avec les règles sur le congé abusif.

b) La résiliation abusive (art. 336 à 336b CO)

i. Généralités

323. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, en droit suisse, la liberté de résiliation prévaut, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier (cf. art. 335 ss CO). Le congé est valable même en cas de motivation manquante, fausse ou incomplète[626]. Le droit de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif[627]. La résiliation abusive est régie par trois dispositions légales. L'article 336 CO traite du principe. Il est complété par l'article 336a CO, relatif à la sanction d'un congé abusif et par l'article 336b CO, qui décrit la procédure à suivre. L'article 336 CO contient une liste de huit différents cas dans lesquels il y a lieu de considérer qu'une résiliation du contrat de travail est abusive. Cette énumération concrétise l'interdiction générale de l'abus de droit, consacrée par l'art. 2 al. 2 CC[628]. Il est admis que la liste n'est pas exhaustive[629]. Selon le Tribunal fédéral, l'ordre juridique peut reconnaître d'autres cas pour autant qu'ils aient une gravité similaire[630]. L'art. 336 CO est exclusivement applicable aux contrats de durée indéterminée[631]. Le travailleur peut déjà se prévaloir de cette disposition pendant le temps d'essai[632]. De plus, une même situation peut tomber sous différentes hypothèses prévues à l'art. 336 CO[633].

324. Le législateur a souhaité répartir les motifs sur deux alinéas selon un critère qui peut paraître largement théorique. Ainsi, alors que les cinq motifs de l'alinéa 1 consacrent une protection paritaire et s'appliquent tant à la résiliation du contrat par l'employeur qu'à celle donnée par le travailleur, les trois motifs énumérés à l'alinéa 2 ne s'appliquent qu'au licenciement donné par l'employeur. En pratique, nous n'avons toutefois pas connaissance d'un cas dans lequel un employeur se serait plaint du

---

625 FF 1981 III 925.

626 ATF 123 III 60, c. 3b, JdT 1996 I 47. Voir aussi BRÜHWILER, p. 380.

627 ATF 132 III 115, c. 2.1, JdT 2006 I 152 ; ATF 131 III 535, c. 4.1.

628 VISCHER/MÜLLER, N 72, p. 320 ; DUNAND, Commentaire, N 5 *ad* art. 336 CO.

629 BRÜHWILER, p. 422 s.

630 ATF 132 III 115, c. 2.1, JdT 2006 I 152.

631 WYLER/HEINZER, p. 625.

632 ATF 134 III 108, 110, c. 7.1 = JdT 2009 I 51 (trad.) = SJ 2008 I 298 (trad.). Voir également REHBINDER/STÖCKLI, N 5 *ad* art. 336 CO, p. 257.

633 REHBINDER/STÖCKLI, N 6 *ad* art. 336 CO, p. 258.

caractère abusif d'une résiliation du contrat de travail qui lui aurait été notifiée par un employé[634]. Il est, en revanche, important de souligner que l'article 336 alinéa 1 CO est de nature absolument impérative (cf. art. 361 CO), alors que l'article 336 alinéa 2 CO est, lui, de nature relativement impérative (cf. art. 362 CO). L'article 336 alinéa 2 CO nous intéresse plus précisément car il concerne deux situations relatives aux représentants des travailleurs au sens large. En effet, parmi les motifs abusifs figurant à l'art. 336 al. 2 CO, l'on retrouve explicitement le congé donné par l'employeur en raison de l'appartenance ou de la non-appartenance de l'employé à une organisation de travailleurs ou en raison de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale (let. a), ainsi que les congés donnés par l'employeur parce que l'employé est membre de la représentation des travailleurs (let. b)[635].

ii. La protection des représentants syndicaux (art. 336 al. 2 let. a CO)

325. L'art. 336 al. 2 let. a CO déclare abusif le congé donné en raison de l'appartenance ou de la non-appartenance du travailleur à une organisation syndicale ou en raison de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale.

Cette disposition constitue une protection spéciale de la liberté syndicale garantie à l'article 28 Cst. Elle protège la liberté d'association positive, soit le fait de fonder, d'adhérer ou de rester membre d'un syndicat, aussi bien que la liberté d'association négative, soit le droit de ne pas faire partie ou de démissionner d'un syndicat (cf. aussi art. 356a CO)[636]. La garantie constitutionnelle de la liberté syndicale selon laquelle les travailleurs (et les employeurs) ont le droit de se syndiquer pour la défense de leurs intérêts, de créer des associations et d'y adhérer ou non (art. 28 Cst.) est ainsi concrétisée dans les rapports horizontaux sur la question de la résiliation[637]. Pour que le congé soit considéré comme abusif, il ne suffit en principe pas que le travailleur soit syndiqué ou non, il faut encore que le congé lui ait été donné en raison de cette situation[638].

326. La disposition protège également l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale, c'est-à-dire notamment l'information des travailleurs sur leurs droits et obligations, ainsi que les activités proposées par le syndicat, la prise de parole en faveur des intérêts des travailleurs, que ce soit dans l'entreprise ou publiquement, le recrutement de nouveaux membres, la participation à des négociations ou à des consultations ou toute autre activité visant à renforcer le syndicat sur le lieu de travail[639].

327. Pour que l'activité syndicale soit protégée, il faut qu'elle soit exercée conformément à la loi et au contrat de travail (respectivement, à une convention collective de travail ou un contrat-type)[640]. Il faut donc tenir compte du fait que l'employeur a en principe le

---

634 Sur ces questions, cf. GEISER/MÜLLER, N 625, p. 235 et références citées, REHBINDER/STÖCKLI, N 10 *ad* art. 336 CO, p. 259, et WYLER/HEINZER, p. 626.

635 Rappelons que le projet du Conseil fédéral concernant la révision partielle du code des obligations (Protection en cas de signalement d'irrégularités du travailleur) (FF 2013 8613), prévoit d'insérer le licenciement signifié par l'employeur en raison du signalement licite d'irrégularités dans cet alinéa (art. 336 al. 2 let. d P-CO).

636 VISCHER/MÜLLER, N 95, p. 329.

637 BRÜHWILER, p. 432 s.

638 TC/FR, du 19 janvier 1998, c. 4, *in* RFJ 1998, p. 68.

639 SCHWAAB, Licenciement, p. 41 ss. Voir aussi TC/FR, du 19.01.1998, in RFJ 1998 p. 68, et JAR 1985 p. 209.

640 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 *ad* art. 336 CO.

droit de limiter l'exercice de l'activité syndicale par contrat, règlement ou directives (cf. art. 321d CO) pour autant que cette limitation repose sur des motifs objectifs, tels que le souci de la bonne marche de l'entreprise ou les rapports avec la clientèle[641]. Les travailleurs syndiqués ne bénéficient d'aucun privilège particulier quant à leur obligation de fidélité, contrairement aux représentants élus des travailleurs qui, eux, peuvent exercer leur mandat durant les heures de travail, à condition que le mandat l'exige et que leurs activités professionnelles le permettent (art. 13 LParticipation)[642].

328. Selon une instance cantonale, l'intervention d'un syndicat pour appuyer un affilié ou l'exercice d'une activité syndicale par le travailleur lui-même sont inévitablement la source potentielle d'une certaine tension au sein de l'entreprise, qui doit être tolérée par l'employeur[643]. La loi ne définit pas quels sont les droits syndicaux que le travailleur peut exercer au sein de l'entreprise ; la question est souvent réglée par les conventions collectives, les règlements d'entreprise ou parfois les contrats individuels de travail[644]. Devraient, par exemple, être considérées commes des activités conformes au droit, la distribution d'un journal syndical pendant les pauses ou l'utilisation d'un local de l'entreprise mis à disposition par l'employeur pour une séance d'information en dehors des heures de travail[645]. La notion ne comprend en revanche pas la participation à une grève sauvage ou l'accès non autorisé du syndicat à une entreprise[646]. Notons que dans le cadre de la plainte déposée en 2003 devant l'OIT, l'USS a cité de nombreux cas concrets de licenciements considérés comme antisyndicaux[647].

329. Le cas du congé qui interviendrait en raison de la participation à une mesure de lutte licite, comme une grève, fait l'objet de controverses. En effet, la doctrine distingue parfois selon que l'employé est ou non syndiqué. Certains auteurs considèrent ainsi que le licenciement du travailleur non syndiqué pour participation à une grève licite tomberait sous le coup de l'art. 336 al. 1 let. b CO (licenciement en raison de l'exercice d'un droit constitutionnel), alors qu'il relèverait de l'art. 336 al. 2 let. a CO si le travailleur était syndiqué[648]. Le Tribunal fédéral a précisé que lorsqu'un employeur licenciait de manière ordinaire un travailleur ayant pris part à une grève licite, et que la participation à ladite grève constituait le motif à l'origine du licenciement, il s'agissait d'un cas de résiliation abusive *sui generis*, ne figurant pas dans la liste exemplative de l'art. 336 CO[649]. Dans le même sens, des auteurs estiment que le droit de grève est un droit de coalition et non un droit constitutionnel individuel, de telle sorte qu'il n'entrerait pas dans le cadre de l'art. 336 al. 1 let. b CO, mais dans celui des motifs *sui generis* de

---

641 CAPH/GE, du 18 avril 2002, c. 30, *in* JAR 2003, p. 281.

642 WYLER/HEINZER, p. 640.

643 CCC/NE, du 8 août 2000, c. 2, *in* RJN 2000, p. 124.

644 BRUCHEZ, Commentaire, N 14 *ad* art. 356 CO.

645 ZOSS, p. 234.

646 Cf. ATF 125 III 277, JdT 2000 I 240, ainsi que l'arrêt TF 6B_758/2011, du 24 septembre 2012, c. 1.3 et le commentaire critique de NIGGLI et MADER, pp. 1463 ss. Voir aussi BRÜHWILER, p. 433.

647 Cf. COMITÉ DE LA LIBERTÉ SYNDICALE, Rapport intérimaire – Rapport No. 335, novembre 2004, N 1270 ss, ainsi que COMITÉ DE LA LIBERTÉ SYNDICALE, Rapport intérimaire – Rapport No. 343, novembre 2006, N 1070 ss.

648 ANDERMATT, N 21, p. 15.

649 ATF 125 III 277 = JdT 2000 I 240.

l'art. 336 CO[650]. Ces controverses doctrinales ne paraissent toutefois pas présenter de réel enjeu pratique[651].

iii. La protection des représentants élus des travailleurs (art. 336 al. 2 let. b CO)

330. Les représentants élus des travailleurs bénéficient de la protection de l'article 336 al. 2 let. b CO. La disposition qualifie d'abusifs les congés donnés par l'employeur pendant que le travailleur, représentant élu des travailleurs, est membre d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise sans que l'employeur ait eu un motif justifié de résiliation.

Le but de cette disposition est d'assurer aux représentants élus des travailleurs la protection nécessaire, afin qu'ils puissent défendre effectivement les intérêts de ceux-ci sans craindre des sanctions de leur employeur[652].

Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a reconnu une telle protection aux membres d'une commission d'entreprise mise en place sur la base d'une CCT[653], aux représentants élus au sens des art. 5 ss de la loi sur la participation[654], aux membres d'une commission paritaire interne à l'entreprise[655] et plus récemment aux membres d'une délégation du personnel mise en place par le conseil d'administration – mais désignée par les collaborateurs – en vue d'impliquer le personnel dans la restructuration de la direction d'une radio bilingue[656]. La doctrine[657] a complété cette liste en se référant à la jurisprudence cantonale. Ainsi, un arrêt tessinois reconnaît la protection à une travailleuse membre de l'institution de prévoyance, ceci indépendamment du fait que la personne en question ait été en contact avec l'employeur dans son activité de représentante[658].

Le représentant doit être élu dans une commission d'entreprise ou une institution liée à l'entreprise, si bien que les personnes intervenant à titre de représentant d'un syndicat ne sont a priori par protégées par l'art. 336 al. 2 let. b CO[659]. La doctrine estime par conséquent que les membres d'une commission paritaire instituée par une convention collective de branche ne sont pas visés par la protection, puisqu'ils y siègent en tant que représentants du syndicat[660].

Aux termes de la loi, le travailleur doit être « élu ». Les juges zurichois ont précisé qu'il n'est pas nécessaire que le représentant des travailleurs ait formellement été élu, si sa désignation résulte d'un consensus général au sein des travailleurs et que le représentant en question se présente en tant que tel[661]. En revanche, le travailleur qui serait placé dans une commission du personnel par l'employeur, sans avoir été élu,

---

650 WYLER/HEINZER, p. 794 ; DUNAND, Commentaire, N 36 *ad* art. 336 CO, p. 668.

651 Cf. WYLER/HEINZER, p. 633.

652 TF 4D_12/2014, du 7 juillet 2014, c. 4.1.

653 ATF 119 II 157, JdT 1994 I 293.

654 ATF 133 III 541 ; ATF 138 III 359.

655 TF 4C.459//1996, du 12 août 1997, in JAR 1998 199.

656 TF 4D_12/2014 et 4D_14/2014, du 7 juillet 2014.

657 Cf. notamment STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 12 ad art. 336 CO et SCHWAAB, Licenciement, p. 42 s.

658 Tribunale di appello del Cantone del Ticino, arrêt du 16 septembre 1998, in JAR 1999 256.

659 NORDMANN, p. 130 s ; plus nuancé SCHWAAB, Licenciement, p. 43.

660 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 12 ad art. 336 CO; contra SCHWAAB, Licenciement, p. 42.

661 ArbG ZH, jugement du 27 mars 1992, *in* JAR 1993, p. 203, et Plädoyer 5/1992, p. 59.

même tacitement, par ses collègues, ne devrait en principe pas bénéficier d'une protection spéciale contre les congés[662]. Notons que dans une jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a condamné un employeur à verser à des délégués du personnel une indemnité pour licenciement abusif fondée sur l'art. 336 al. 2 let. b CO, sans toutefois que l'on ne puisse inférer du texte de l'arrêt que ceux-ci avaient été élus par leurs collègues[663].

331. La protection est effective dès l'élection du représentant (« pendant que le travailleur, représentant élu des travailleurs, est membre »)[664]. Le Tribunal fédéral a retenu qu'il était sans importance que la commission n'ait jamais siégé ou que le travailleur concerné n'ait déployé aucune activité en vertu de son mandat. Il suffit, pour que le caractère abusif du congé soit présumé, que celui-ci ait été notifié à l'employé pendant la durée de son mandat[665]. La disposition couvre toute la période du mandat et prend fin avec celui-ci, sauf lorsque le mandat s'arrête en raison d'un transfert d'entreprise[666]. Dans ce dernier cas, la protection est maintenue jusqu'au moment où le mandat aurait expiré en l'absence du transfert (art. 336 al. 3 CO).

La protection de l'art. 336 al. 2 let. b CO ne s'étend en revanche ni aux candidats à l'élection, ni aux représentants dont le mandat est terminé. Les candidats à l'élection sont néanmoins protégés par l'art. 12 LParticipation, couplé à l'art. 336 al. 1 let. d CO, qui déclare abusive la résiliation au motif que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail[667]. Quant aux anciens représentants du personnel qui sont licenciés en raison de cette activité antérieure, ils peuvent se plaindre d'un licenciement abusif en invoquant la violation des articles 12 LParticipation et 336 CO (principe de l'abus de droit)[668].

332. La spécificité de l'art. 336 al. 2 let. b CO résulte du fait que cette disposition procède à un renversement du fardeau de la preuve, en présumant que le congé donné durant le mandat du travailleur au sein d'une commission dans laquelle il représente ses collègues est abusif. Ainsi, le congé est présumé abusif sauf si l'employeur apporte la preuve d'un motif justifié de résiliation. En d'autres termes, l'employeur doit prouver qu'il avait un motif justifié pour licencier le travailleur et que c'est précisément en raison de ce motif que le congé a été signifié[669].

333. La notion de « motif justifié », que l'on trouve aussi à l'article 340c al. 2 CO, ainsi qu'à l'article 10 al. 1 LEg, est plus large que celle de « juste motif » au sens de l'article 337 CO : elle vise tout motif qui, pour un employeur raisonnable et pondéré, ne permet pas d'éviter un licenciement, sans pour autant qu'il suffise à justifier une résiliation immédiate. Dans le cadre de l'article 336 al. 2 let. b CO, il peut s'agir de motifs

---

662 Voir le jugement du 11 janvier 2005 du Tribunal de prud'hommes de la Côte (VD), mentionné dans les observations du Conseil fédéral du 26 septembre 2008 sur le suivi donné à la recommandation du 15 novembre 2006 du Comité de la liberté syndicale, p. 13-21 ; NORDMANN, p. 131 ; SCHWAAB, Licenciement, p. 43.

663 TF 4D_12/2014 et 4D_14/2014, du 7 juillet 2014.

664 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 12 *ad* art. 336 CO.

665 TF 4C.459/1996, du 12 août 1997, c. 2b, *in* JAR 1998 199.

666 Art. 336 al. 3 CO.

667 SUBILIA/DUC, N 5 *ad* art. 12 LParticipation, p. 1086.

668 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 12 *ad* art. 336 CO, p. 1031. Voir aussi CAPH/GE, du 3 octobre 2007, c. 3.1, *in* JAR 2008, p. 409.

669 DUNAND, DTA 2014, et TF 4D_12/2014, du 7 juillet 2014.

inhérents à la personne du travailleur ou de faits objectifs. Il n'est pas nécessaire de prouver une faute du travailleur[670].

Sont considérés comme des motifs inhérents à la personne du travailleur les comportements qui violent les prescriptions d'une entreprise ou les dispositions contractuelles de telle manière qu'une collaboration fructueuse ne semble plus possible (absences répétées et non excusées, non-observation continuelle des instructions, travail effectué avec retard ou entaché d'erreurs)[671]. En revanche, un manquement léger du travailleur, comme une seule absence injustifiée ou le fait de participer à la fête du premier mai pendant une période d'incapacité de travail pour cause de maladie, ne constitue en principe pas un motif justifié[672]. Le Tribunal fédéral a récemment nié l'existence d'un motif justifié dans le cas d'un employeur se prévalant de la rupture du lien de confiance pour licencier des délégués du personnel. La Haute Cour a jugé que les propos tenus par la délégation à l'encontre de la direction intervenaient dans le cadre de l'activité de délégué, laquelle est distincte de celle de salarié, de telle sorte que la rupture du lien de confiance ne constituait pas, en l'espèce, un motif justifié de licenciement[673].

334. Certains auteurs sont d'avis qu'un motif d'ordre purement économique ne saurait constituer un « motif justifié » au sens de l'article 336 alinéa 2 lettre b CO, car c'est justement en cas de difficultés économiques que la représentation des travailleurs doit pouvoir jouer efficacement son rôle de défense des intérêts des travailleurs[674]. Le Tribunal fédéral a cependant rejeté ce raisonnement en considérant qu'une restructuration d'entreprise justifiée par des motifs économiques objectifs, tenant par exemple à la prévention de difficultés envisageables dans la marche future des affaires, pouvait constituer un motif justifié propre à renverser la présomption selon laquelle le congé est abusif. Notre Haute Cour a précisé qu'il allait de soi que les motifs invoqués par l'employeur ne doivent cependant pas constituer un simple prétexte pour licencier un représentant élu des travailleurs[675].

Malgré certaines critiques[676], le Tribunal fédéral n'a pas souhaité opérer de revirement et a confirmé cette jurisprudence dans un arrêt de 2012, en considérant que l'interprétation littérale, historique et téléologique de l'article 336 al. 2 let. b CO n'excluait pas qu'un motif économique puisse constituer un « motif justifié »[677]. En l'espèce, dans le cadre d'une restructuration impliquant la suppression de 57 postes de travail, le groupe Tamedia avait prononcé le licenciement d'un employé du Tages Anzeiger, engagé depuis depuis 22 ans, et président de la commission du personnel depuis 4 ans, quelques jours seulement avant une importante négociation d'un plan social. Considérant que son licenciement était abusif, l'employé avait fait opposition au congé et introduit une action en justice. Le tribunal du travail zurichois lui a accordé gain de cause, mais l'appel de l'employeur a été admis par le Tribunal cantonal, qui a débouté le travailleur. Ce dernier a recouru auprès de la Haute Cour.

---

670 GABATHULER, N 11, p. 129 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 12 *ad* art. 336 CO.

671 Voir DUNAND, Commentaire, N 64 *ad* art. 336 CO et références jurisprudentielles citées.

672 Cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 12 *ad* art. 336 CO.

673 TF 4D_12/2014 et 4D_14/2014, du 7 juillet 2014.

674 BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 10 *ad* art. 336 CO, p. 256 ; GABATHULER, N 11, p. 130.

675 ATF 133 III 512, c. 6.2-4, JdT 2008 I 29.

676 BRUCHEZ/DONATIELLO, N 33 *ad* art. 335f CO, pp. 639-640.

677 ATF 138 III 359 = JdT 2013 II 193.

Les juges fédéraux ont tout d'abord rappelé qu'un représentant élu des travailleurs ne bénéficiait d'aucun privilège particulier par rapport aux autres employés dans le cadre d'un licenciement justifié par des motifs économiques[678]. Par ailleurs, examinant en détail les discussions parlementaires, le Tribunal fédéral a confirmé que des motifs économiques, pour autant qu'ils soient fondés, permettent de licencier un représentant du personnel[679]. Se référant au rapport explicatif relatif au projet du Conseil fédéral, la Haute Cour a souligné que l'exclusion des motifs économiques pour justifier le licenciement d'un représentant élu du personnel devait, le cas échéant, être posée par le législateur[680].

La possibilité pour l'employeur de se fonder sur un motif purement économique a pour effet d'amoindrir de manière sensible la portée de la protection légale. Il peut paraître contradictoire d'autoriser l'invocation de motifs économiques à l'encontre des représentants élus, lesquels, à teneur de la loi (cf. art. 9 al. 2 LParticipation et 335d CO notamment), sont considérés comme des interlocuteurs privilégiés de l'employeur dans les cas où l'entreprise est réorganisée pour des raisons économiques[681]. C'est le lieu de rappeler que, dans le cadre du projet de révision partielle du Code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié), aujourd'hui suspendu, le Conseil fédéral proposait précisément de modifier l'art. 336 al. 2 let. b CO, afin de limiter les motifs justifiés aux seuls motifs inhérents à la personnalité du travailleur, excluant ainsi les motifs économiques[682] (cf. n^{os} 27 à 31 ci-dessus).

335. L'art. 336 al. 2 (let. a et b) CO confère à l'employé une protection contre les licenciements donnés au travailleur pour des motifs liés à ses activités syndicales ou en raison de son mandat de représentant élu du personnel. Constituant une loi spéciale, ces protections sont prioritaires sur les autres cas, plus généraux, de résiliation abusive. Lorsque les représentants en question ne tombent pas sous le coup des motifs énumérés à l'art. 336 al. 2 CO, les autres cas plus généraux de l'article 336 CO sont néanmoins susceptibles d'être pris en compte (voir ci-dessous).

iv. Autres cas de résiliation abusive

336. L'art. 336 al. 1 let. a CO dispose que le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie :

> « pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise ».

La personnalité comprend toutes les caractéristiques qui permettent d'individualiser une personne et qui sont dignes d'être protégées par l'ordre juridique[683]. Constituent, par exemple, des raisons inhérentes à la personnalité, la race, la nationalité, l'âge, l'homosexualité, les antécédents judiciaires ou encore la maladie, la séroposivité, ainsi

---

678 ATF 138 III 359, c. 6.2.4, JdT 2013 II 193. Voir également BRUCHEZ/DONATIELLO, N 33 *ad* art. 335f CO, p. 639.

679 ATF 138 III 359 = JdT 2013 II 193.

680 ATF 138 III 359, c. 6.4.

681 Conseil fédéral, Révision partielle du code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié) – Rapport explicatif relatif à l'avant-projet, septembre 2010, pp. 19 s, disponible sur le site : https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/whistleblowing.html (consulté le 15.12.2014).

682 Conseil fédéral, Révision partielle du Code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié) – Rapport explicatif et avant-projet, septembre 2010, pp. 19 et 21 ; ZEIN, p. 47.

683 DUNAND, Commentaire, N 25 *ad* art. 336 CO, p. 663.

que la religion[684]. La liberté syndicale devrait aussi être protégée par cette disposition, puisque la personnalité englobe les libertés individuelles, parmi lesquelles figurent la liberté d'expression et la liberté d'association dont fait partie la liberté d'adhérer à un syndicat[685].

Le congé donné pour une raison inhérente à la personnalité du travailleur n'est pas abusif lorsque l'employeur parvient à prouver que cette raison avait un lien avec le rapport de travail ou qu'elle portait sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise (motifs justificatifs). Selon la jurisprudence, constitue un préjudice grave au travail dans l'entreprise le comportement de l'employé qui rendrait l'atmosphère de travail particulièrement pénible, ce qui s'opposerait au devoir de l'employeur de préserver la personnalité des autres travailleurs[686].

337. L'art. 336 al. 1 let. b CO dispose quant à lui que le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie :

> « en raison de l'exercice par l'autre partie d'un droit constitutionnel, à moins que l'exercice de ce droit ne viole une obligation résultant du contrat de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise ».

Cette disposition constitue une consécration de l'effet horizontal des droits fondamentaux dans les rapports de travail[687]. Appartiennent aux droits constitutionnels tous les droits fondamentaux garantis par les constitutions cantonales, la Constitution fédérale et la Convention européenne des droits de l'homme[688]. Il s'agit notamment de la liberté d'association, de la liberté de conscience et de croyance, de la liberté économique, ainsi que de la liberté personnelle, qui inclut le droit d'organiser librement son temps libre[689]. Le droit de grève ne paraît pas entrer dans le champ d'application de l'article 336 al. 1 let. b CO si l'on considère qu'il ne constitue pas un droit constitutionnel individuel, mais un droit de coalition[690].

Le Tribunal fédéral a précisé que la notion d'exercice d'un droit constitutionnel doit être interprétée de manière restrictive. En effet, une interprétation trop large rendrait la plupart des licenciements abusifs puisque les droits constitutionneles couvrent presque tous les aspects de la vie professionnelle et privée d'un individu[691].

A teneur de la loi, le congé donné en raison de l'exercice d'un droit constitutionnel peut être licite lorsque l'exercice de ce droit compromet les obligations découlant du contrat de travail ou porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise (motifs justificatifs). L'obligation de fidélité à laquelle est soumis le travailleur (cf. art. 321a CO) restreint notablement l'exercice des droits constitutionnels par le travailleur, car ce dernier doit notamment s'abstenir de tout acte pouvant nuire économiquement à son employeur[692].

---

684 ATF 130 III 699, c. 4.1.

685 BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *ad* art. 328 CO, p. 141 et références citées.

686 DUC/SUBILIA, N 18 *ad* art. 336, p. 557.

687 Cf. DUNAND, Commentaire, N 34 *ad* art. 336 CO et références citées.

688 TF 4C.72/2002, du 22 avril 2002, c. 2a.

689 TF 4A_408/2011, du 15 novembre 2011, c. 5.4.1.

690 Cf. DUNAND, Commentaire, N 36 *ad* art. 336 CO et référence citée.

691 TF 4C.72/2002, du 22 avril 2002, c. 2a.

692 ZOSS, p. 191.

338. A cet égard, il convient de souligner que la liberté syndicale jouit d'une protection privilégiée, puisqu'elle est spécialement réglée à l'art. 336 al. 2 let. a CO ; disposition qui ne connaît pas cette seconde condition. Partant, le congé signifié en raison de l'appartenance syndicale est abusif, même si l'exercice de la liberté syndicale porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise[693].

En outre, les entreprises dites « à tendance » constituent un cas particulier. Il s'agit d'entreprises qui n'ont pas un but essentiellement lucratif et qui exercent une activité à caractère spirituel ou intellectuel, c'est-à-dire politique, confessionnel, syndical, scientifique, artistique, caritatif ou similaire. Dans ces cas, l'employeur est en droit de licencier le travailleur qui afficherait des convictions diamétralement opposées à celle de l'entreprise[694]. A cet égard, la jurisprudence a considéré que le licenciement d'un travailleur (un cadre en l'espèce) au service d'un syndicat de travailleurs (proche du parti socialiste) n'était pas abusif dans la mesure où l'employé entretenait secrètement des liens étroits avec un mouvement religieux (dont il était même l'un des responsables) opposé aux systèmes communiste et collectiviste et favorable aux idées capitalistes[695].

339. Rappelons enfin que selon l'article 336 al. 1 let. d CO, que le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie :

> « parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail ».

Un tel congé est qualifié de congé-représailles.

Au sens de cette disposition, les prétentions résultant du contrat de travail sont non seulement celles qui se déduisent du contrat de travail en tant qu'accord entre les parties, mais également celles qui se déduisent de la loi, des conventions collectives de travail, des règlements d'entreprise, voire de la pratique[696]. Le travailleur licencié parce qu'il a fait valoir individuellement ses droits de participation (art. 4 LParticipation) pourra donc se prévaloir de l'art. 336 al. 1 let. d CO, tout comme les candidats ou les anciens membres des représentants élus des travailleurs. Pour que le congé soit considéré comme abusif, il faut que les prétentions aient été formulées de bonne foi. La jurisprudence a précisé qu'il importait peu que les prétentions invoquées de bonne foi soient réellement fondées : il suffit que le travailleur soit légitimé, de bonne foi, à penser qu'elles l'étaient[697].

340. La liste des cas de résiliation abusive de l'art. 336 n'étant pas exhaustive[698], les tribunaux peuvent considérer comme étant abusif tout congé qui reposerait sur des motifs qui ne sont pas dignes de protection, au sens de l'art. 2 CC. Le licenciement d'un travailleur non syndiqué en raison de sa participation à une grève licite a notamment été qualifié d'abusif par le Tribunal fédéral en application du principe de l'interdiction de l'abus de droit[699].

---

693 DUNAND, Commentaire, N 58 *ad* art. 336 CO, p. 675 et références citées.

694 DUC/SUBILIA, N 24 *ad* art. 336 CO, p. 559.

695 ATF 130 III 699 = JdT 2006 I 193. Voir également CARRUZZO, N 3 *ad* art. 336 CO, p. 526.

696 TF 4A_407/2008, du 18 décembre 2008, c. 4.2.

697 ATF 136 III 513, c. 2.4.

698 ATF 121 III 60, c. 3b = JdT 1996 I 47. Pour d'autres exemples, voir GEISER/MÜLLER, N 644, pp. 242-243.

699 ATF 125 III 277, c. 3c = JdT 2000 I 240 = RDAF 2000 I 689.

341. S'agissant de la protection contre les licenciements signifiés aux lanceurs d'alertes, il convient de préciser que, pour l'heure, le Code des obligations ne contient aucune disposition spécifique à cet égard. Par conséquent, le juge doit déterminer, dans chaque cas d'espèce, et sur la base de la jurisprudence établie, si le *whistleblower* a violé son obligation de diligence et de fidélité ou non, afin de se prononcer sur le caractère abusif du congé[700].

L'on rappellera néanmoins que le projet du Conseil fédéral concernant la révision partielle du Code des obligations (protection en cas de signalement d'irrégularités du travailleur) prévoit d'insérer le congé donné en raison du signalement licite d'irrégularités à l'art. 336 al. 2 CO (art. 336 al. 2 let. d P-CO)[701]. Il conviendra d'être attentif à la suite que donnera le Parlement à ce projet (voir à ce propos, n° 26 ci-dessus).

v. Sanctions et procédure (art. 336a et 336b CO)

342. Après avoir examiné plusieurs hypothèses de licenciements abusifs pertinentes pour notre étude, nous aborderons la sanction prévue dans la loi (art. 336a CO), puis la procédure à suivre par la victime du licenciement abusif (art. 336b CO).

343. La sanction prévue par la loi en cas de congé abusif est le versement d'une indemnité de six mois de salaire au maximum (art. 336a CO).

344. Il est donc important de souligner qu'en droit suisse un licenciement abusif est valable (il n'est ni nul, ni annulable) et qu'il déploie tous ses effets à son terme. La prétention de la partie lésée est donc uniquement d'ordre pécuniaire[702]. Les représentants des travailleurs (au sens large) ne bénéficient pas d'une protection ou d'une limite maximale supplémentaires : sous réserve de l'hypothèse des licenciements collectifs (cf. art. 336a al. 3 CO), l'article 336a CO s'applique en effet de manière identique dans tous les cas de congé abusif. L'art. 361 CO déclare l'art. 336a CO absolument impératif, si bien que l'on ne peut, en principe, pas y déroger par accord individuel ou convention collective (voir à ce propos, ci-dessous, n^os^ 365 ss).

L'indemnité prévue à l'art. 336a CO remplit deux fonctions : l'une punitive, l'autre réparatrice[703]. La première vise à conférer à la sanction un caractère dissuasif et la seconde, à atténuer le tort subi par le travailleur en raison de la résiliation abusive. Il s'agit d'une indemnité *sui generis* qui n'est pas soumise aux déductions sociales habituelles et qui se distingue donc du salaire. Par ailleurs, elle est due même si le travailleur n'a pas subi de dommage. En ce sens, cette indemnité s'apparente à une peine conventionnelle[704]. L'art. 336a al. 2 CO mentionne que :

> « L'indemnité est fixée par le juge, compte tenu de toutes les circonstances ; toutefois, elle ne peut dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur. Sont réservés les dommages-intérêts qui pourraient être dus à un autre titre ».

---

700 Sur cette question, cf. DUNAND, Commentaire, N 54 ss *ad* art. 321a CO, p. 66 ss.

701 FF 2013 8613.

702 BRÜHWILER, p. 422.

703 ATF 132 III 115, c. 5.6 = JdT 2006 I 152 ; ATF 123 III 391 = JdT 1998 I 126 = SJ 1998 91 ; TF 4C.370/2006, du 27 février 2007, c. 3.1.1. Voir également : PORTMANN/STÖCKLI, N 701, pp. 203-204 ; DUNAND, Commentaire, N 8-9 *ad* art. 336a CO, p. 690.

704 ATF 132 III 115, c. 5.6 = JdT 2006 I 152 ; ATF 123 III 391 = JdT 1998 I 126 = SJ 1998 91 ; TF 4C.370/2006, du 27 février 2007, c. 3.1.1. Voir également DUNAND, Commentaire, N 8-9 *ad* art. 336a CO, p. 690.

Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant à la fixation du montant de l'indemnité. Pour ce faire, il doit tenir compte des particularités de chaque cas d'espèce, et procéder à l'examen de différents critères, non exhaustifs, établis par la jurisprudence, tels que : la gravité de la faute de l'employeur, la faute concomitante du travailleur, l'atteinte à la personnalité du travailleur, la durée des rapports de travail, la manière dont s'est déroulée la résiliation, les effets économiques du licenciement, l'âge du travailleur, etc.[705].

Dans la mesure où le juge fixe l'indemnité en tenant compte de « toutes les circonstances », et notamment de la dizaine de critères mentionnés ci-dessus, il n'est guère possible de déterminer de manière précise ou même schématique le montant de l'indemnité qui devrait être fixé dans chaque cas d'espèce. Il y a toutefois lieu de tenir compte de deux paramètres. Premièrement, l'indemnité, qui s'élève au maximum à six mois de salaire, ne doit pas nécessairement correspondre au montant précis d'un ou plusieurs mois de salaire : elle peut être déterminée librement par le juge, dans les limites de l'article 336a CO[706]. Deuxièmement, il va de soi qu'il ne saurait être question de fixer systématiquement l'indemnité au montant maximum de six mois de salaire[707]. En pratique, les montants alloués par les tribunaux sont donc d'une grande variété[708]. Des comparaisons entre les divers cas peuvent constituer des éléments utiles d'orientation[709].

A titre d'exemple, un employé licencié suite à sa participation à une grève licite s'est vu allouer une indemnité d'un mois de salaire[710]. Dans son appréciation, le juge a notamment pris en compte le fait que l'employeur était confronté à des difficultés économiques et qu'il envisageait de fermer l'entreprise, de telle sorte qu'il aurait été amené à résilier ultérieurement tous les contrats de travail. Dans un autre litige, un employé ayant travaillé plus de quinze ans au sein de l'entreprise s'est vu allouer une indemnité de six mois de salaire, car son licenciement reposait sur son engagement de longue durée pour le respect de ses droits et ceux de ses collègues[711]. Dans cette affaire, les juges fédéraux ont retenu que l'employeur avait commis une faute grave, que sa capacité financière était importante, et que le licenciement s'était déroulé de manière relativement humiliante. Au demeurant, la résiliation avait engendré de sérieuses répercussions sur la santé du travailleur. Tenu compte de ces éléments, le versement d'une indemnité maximale se justifiait[712].

345. Vu sa fonction large, punitive et réparatrice, l'indemnité prévue à l'article 336a CO englobe en principe toutes les prétentions que pourrait formuler le travailleur en raison du congé. Il faut cependant distinguer[713]. Lorsque le salarié subit une atteinte à sa personnalité qui découle de son licenciement abusif, l'indemnité de l'art. 336a CO comprend dans la règle la réparation du tort moral. En effet, vu sa finalité réparatrice, cette indemnité embrasse toutes les atteintes du travailleur qui découlent de la

---

705 DUNAND, Commentaire, N 14 *ad* art. 336a CO, p. 692 et références citées.

706 CARRUZZO, N 3 *ad* art. 336a CO, p. 534.

707 ATF 119 II 157, c. 2a, JdT 1994 I 293.

708 Cf. DUNAND, Commentaire, N 18 ss *ad* art. 336a CO, p. 693 ss et les références citées.

709 Cf., par exemple, l'arrêt du TF 4C.86/2001, du 28 mars 2002, c. 1d, dans lequel notre Haute Cour procède à la comparaison de plusieurs jurisprudences.

710 ATF 125 III 277 = JdT 2000 I 240.

711 TF 4C.86/2001, du 28 mars 2002.

712 TF 4C.86/2001, du 28 mars 2002.

713 Voir DUNAND, Commentaire, N 26 ss *ad* art. 336 CO.

résiliation abusive du contrat et ne laisse donc pas de place à l'application cumulative de l'art. 49 CO. Seule est réservée l'hypothèse (exceptionnelle) dans laquelle l'atteinte serait à ce point grave qu'un montant correspondant à six mois de salaire du travailleur ne suffirait pas à la réparer[714]. Par ailleurs, selon la loi, le travailleur licencié de manière abusive est en droit de réclamer, en plus de l'indemnité pour licenciement abusif, des « dommages-intérêts qui pourraient être dus à un autre titre » (art. 336a al. 2 *in fine* CO). Il s'agit donc de réparer un préjudice résultant d'une autre cause que celle liée au caractère abusif du congé[715]. Il a, par exemple été jugé qu'un travailleur licencié de manière abusive pouvait solliciter, en plus de l'indemnité prévue à l'art. 336a CO, le versement d'une indemnité destinée à réparer le tort moral résultant d'un harcèlement sexuel antérieur au congé[716] ou de conditions de travail inacceptables qui ont influé sur sa santé[717].

346. Le caractère dissuasif de la sanction prévue à l'article 336a CO a fait débat. On rappellera que c'est l'un des éléments qui a déclenché le dépôt par l'USS en 2003 d'une plainte contre le Gouvernement suisse devant les organes compétents de l'OIT, selon les allégations qui suivent : « En matière de licenciement antisyndical dans le secteur privé, la législation suisse n'est pas conforme aux normes internationales du travail, et notamment à la convention n° 98 ratifiée par la Suisse, en ce qu'elle ne prévoit pas de réintégration des délégués ou représentants syndicaux et donne seulement lieu au paiement d'une indemnité dérisoire, dépourvue de tout effet dissuasif, de l'ordre de trois mois de salaire et ne pouvant en tout cas pas dépasser six mois de salaire »[718].

347. Pour mémoire, dans son message de 1984[719], le Conseil fédéral proposait une indemnité maximale de 12 mois de salaire qui, de surcroît, donnait la possibilité de cumuler les indemnités si le congé abusif était en même temps injustifié ou s'il concernait un représentant des travailleurs[720]. Le Parlement a toutefois décidé de réduire le montant de l'indemnité à six mois pour tenir compte de la capacité financière des entreprises, en majorité des PME.

    Par ailleurs, comme déjà relevé, dans son avant-projet de révision partielle du CO (sanction en cas de congé abusif ou injustifié) de 2010, le Conseil fédéral a, une nouvelle fois, suggéré d'augmenter le montant maximal de l'indemnité à 12 mois de salaire, afin que le juge jouisse d'une plus grande marge de manœuvre pour fixer le montant de l'indemnité[721].

348. S'agissant de la procédure, l'art. 336b CO impose deux formalités à la partie qui entend réclamer l'indemnité fondée sur un congé abusif : l'opposition (al. 1) et l'introduction de l'action dans des délais précis (al. 2). La partie lésée doit tout d'abord adresser une opposition écrite à la partie qui a résilié le contrat, au plus tard jusqu'à la

---

714 TF 4C.84/2005, du 16 juin 2005, c. 5.1 ; TF 4C.177/2003, du 21 octobre 2003, c. 4.1.

715 ATF 123 III 391, c. 3c ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 *ad* art. 336a CO.

716 TF 4C.310/1998, du 8 janvier 1999, c. 4, *in* SJ 1999 I 277.

717 TF 4A_279/2008, du 12 septembre 2008, c. 4.2.1.

718 COMITÉ DE LA LIBERTÉ SYNDICALE, Rapport intérimaire – Rapport No. 335, novembre 2004, N 1259.

719 FF 1984 II 574, pp. 624 et 632ss.

720 FF 1984 II 574, p. 633.

721 Conseil fédéral, Révision partielle du code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié) – Rapport explicatif relatif à l'avant-projet, septembre 2010, disponible sur le site : https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/whistleblowing.html (consulté le 15.12.2014).

fin du délai de congé. Selon la jurisprudence, il ne faut pas poser des exigences trop élevées à la formulation de cette opposition écrite. Il suffit que son auteur y manifeste à l'égard de l'employeur qu'il n'est pas d'accord avec le congé qui lui a été notifié[722]. En revanche, il n'y a pas d'opposition lorsque le travailleur s'en prend seulement à la motivation, ne contestant que les motifs invoqués dans la lettre de congé, et non à la fin des rapports de travail en tant que telle[723].

349. Si, suite à l'opposition, les parties ne se sont pas entendues pour maintenir le rapport de travail, le contrat prend fin à l'échéance prévue. La partie lésée dispose ensuite d'un délai de 180 jours à compter de la date de la fin des rapports de travail pour intenter une action, généralement par le dépôt d'une requête de conciliation[724]. Le respect de ces formalités doit être vérifié d'office par le juge. S'il ne fait pas opposition dans le délai ou tarde à saisir la justice, le travailleur perd tout droit à une indemnité pour résiliation abusive. L'article 336b CO constitue une disposition légale absolument imprative (cf. art. 361 CO).

350. Le formalisme de l'article 336b CO constitue un « corps étranger » dans le droit privé du travail qui peut faire échouer la sanction d'un congé abusif[725]. Un arrêt récent du Tribunal fédéral illustrera le propos[726]. Une entreprise active dans l'exploitation d'alliage métallique a licencié en date du 15 août 2011, et avec effet au 30 novembre de la même année, un travailleur qui avait exercé à plusieurs reprises la fonction de président de la commission du personnel. Par courrier recommandé du 29 septembre 2011, le travailleur a rappelé à son employeur qu'il avait contesté le motif du licenciement qui lui avait déjà été annoncé en février 2011, estimant qu'il s'agissait d'un congé-représailles. Il précisait être en arrêt maladie depuis le 10 février 2011 et terminait sa lettre par les termes suivants : « afin que nos rapports se terminent dans le respect, j'attire votre attention sur l'art. 18.5 al. 2 de la CCT pour le paiement des indemnités journalières au-delà du 30 novembre 2011 comme mentionné dans cet article ». Saisi du litige dans le cadre d'un recours en matière civile interjeté par le travailleur, le Tribunal fédéral a rappelé que le but de l'opposition écrite était d'encourager les parties à entamer des pourparlers en vue d'examiner à l'amiable si les rapports de travail peuvent être maintenus. Dans ce contexte, l'art. 336b al. 1 CO ne signifie pas seulement faire oppositon au motif du congé, mais impose au travailleur de manifester clairement sa volonté de vouloir poursuivre les rapports de travail. En l'espèce et en conclusion, notre Haute Cour a considéré que le travailleur n'avait pas formé une opposition valable au sens de la loi et que, par voie de conséquence, faute d'opposition, il n'y avait pas lieu d'examiner les griefs du travailleur relatifs au caractère abusif du licenciement[727].

351. Notons encore que, comme on l'a déjà signalé, le Tribunal fédéral a jugé qu'un syndicat n'avait pas qualité pour agir en annulation du licenciement et à la réintégration

---

722 ATF 136 III 96, c. 2.

723 TF 4A_571/2008, du 5 mars 2009, c. 4.1.2.

724 Pour plus de détails au sujet des conditions de l'opposition et de l'introduction d'une action en justice, voir DUNAND, Commentaire, N 15-27 *ad* art. 336b CO.

725 BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 2 *ad* art. 336b CO, p. 263.

726 TF 4A_320/2014, du 8 septembre 2014.

727 TF 4A_320/2014, du 8 septembre 2014, c. 3.

d'un travailleur, dans la mesure où l'enjeu d'une telle procédure ne concernait pas un intérêt collectif au regard de la liberté syndicale, mais un intérêt individuel[728].

Dans le cas particulier, le syndicat avait contesté le licenciement d'une employée représentante des travailleurs au sein d'une commission, au motif que le congé aurait été donné en raison de ses activités syndicales. Dans cette jurisprudence, la Haute Cour a rappelé que la qualité pour agir des associations professionnelles était subordonnée à la réalisation de trois conditions cumulatives, à savoir : l'association doit être habilitée par ses statuts à sauvegarder les intérêts économiques de ses membres, ceux-ci doivent eux-mêmes avoir qualité pour intenter l'action et l'association doit défendre un intérêt collectif ayant trait à la profession en général, ce qui comprend non seulement l'intérêt personnel de ses membres mais aussi celui de tiers qui exercent le même métier, sans toutefois être nécessairement adhérents. Les juges fédéraux ont considéré en l'espèce que la qualité pour agir du syndicat devait être niée, car la conclusion tendant à l'annulation du congé et à la réintégration de l'employée n'avait pas pour but de servir les intérêts de tous les travailleurs de la profession, de telle sorte qu'au moins l'une des conditions précitées faisait défaut[729].

c) La résiliation en temps inopportun (art. 336c CO)

352. L'art. 336c CO règle les cas dans lesquels le congé est notifié par l'employeur en temps inopportun. La disposition fait partie des règles relatives à la protection contre les congés, tout comme celles sur la résiliation abusive que nous venons d'évoquer. Il existe une différence importante entre les deux protections : la résiliation est abusive en raison du motif, alors que la résiliation en temps inopportun vise le moment de la notification[730].

L'article 336c, premier alinéa, contient une liste des périodes de protection qui comprend, par exemple, l'accomplissement d'un service militaire (lettre a), une incapacité de travail résultant d'une maladie ou d'un accident (lettre b), la grossesse (lettre c) et la participation à un service d'aide à l'étranger (lettre d). L'article 336c CO vise à garantir au travailleur qui se trouve dans une des périodes de protection prévues dans la loi de bénéficier d'un délai de congé complet, afin de pouvoir rechercher un nouvel emploi. Comme le relève FLORENCE AUBRY-GIRARDIN, l'idée « n'est pas tant que le salarié ne puisse pas faire les démarches en vue de retrouver un nouvel emploi, mais qu'un engagement par un nouvel employeur à la fin du délai ordinaire de congé paraît hautement invraisemblable compte tenu de la situation du salarié »[731].

353. L'article 336c CO est une disposition semi-impérative ou partiellement impérative, c'est-à-dire qu'il est possible d'y déroger en faveur du travailleur (cf. art. 362 CO). La question se pose dès lors de savoir s'il serait envisageable de prévoir conventionnellement une nouvelle période de protection visant à protéger les représentants élus des travailleurs ou des représentants syndicaux, voire d'autres représentants des travailleurs (au sens large). Une telle solution permettrait de contourner le caractère absolument impératif des articles 336 al. 1 et 336a CO, en introduisant une nouvelle période de protection (nullité du congé ou suspension du délai de congé durant cette période).

---

728 TF 4A_248/2010, du 12 juillet 2010. Voir à ce propos, ci-dessus, n^{os} 94 et 287.

729 TF 4A_248/2010, du 12 juillet 2010, c. 4.

730 AUBRY-GIRARDIN, Commentaire, N 7 *ad* art. 336c CO.

731 AUBRY-GIRARDIN, Commentaire, N 1 *ad* art. 336c CO, note 2, p. 714.

La doctrine admet que les parties peuvent notamment prévoir[732] :

- d'autres périodes de protection (par exemple, pendant un congé de formation) ;
- des périodes de protection plus longues ;
- l'application de la disposition déjà pendant le temps d'essai.

En pratique, de nombreuses conventions collectives de travail prévoient des périodes de protection plus longues que celles mentionnées dans la loi pendant une incapacité de travail résultant d'une maladie ou d'un accident (cf. art. 336c al. 1 let. b CO). Par exemple, la Convention collective de travail du second œuvre romand précise que la résiliation d'un contrat individuel de travail est exclue « aussi longtemps que le travailleur a droit à des indemnités journalières complètes de l'assurance accidents obligatoire ou de l'assurance maladie »[733]. De même, la Convention collective de travail dans le secteur de la santé du canton de Neuchâtel étend à 12 mois la période de protection contre le licenciement en cas d'accident ou de maladie professionnels[734].

L'institution de périodes de protection non prévues dans la loi est plus rare. On citera ici la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés, selon laquelle, après le temps d'essai, « l'employeur ne peut pas résilier le contrat durant les vacances contractuelles du collaborateur »[735].

La jurisprudence a quant à elle indiqué qu'une clause contractuelle par laquelle l'employeur s'engageait « à ne jamais licencier [une employée] … pendant un arrêt maladie » était valable eu égard aux dispositions légales sur le contrat de travail[736]. Il en va de même d'une clause interdisant à l'employeur de licencier tout employé pendant une incapacité de travail du fait de l'accident ou de la maladie[737].

Les tribunaux ont toutefois précisé que de telles clauses étaient susceptibles de constituer une restriction inadmissible à la liberté de résilier, tombant sous le coup des articles 27 al. 2 CC (engagement excessif) et 20 CO (chose illicite ou contraire aux mœurs). Dans une telle hypothèse, la clause n'est cependant pas nulle mais seulement résiliable lorsque la durée admissible a déjà été dépassée. Il en irait ainsi dans un cas où le salarié se trouverait en incapacité définitive d'exercer le travail pour lequel il a été engagé, mais non pas lorsque l'incapacité a duré moins de deux ans par exemple[738].

Il résulte de ce qui précède qu'il est possible d'instituer par voie conventionnelle une nouvelle période de protection pour autant, d'une part, que sa mise en œuvre ne constitue pas un engagement excessif ou un engagement illicite ou contraire aux mœurs, et d'autre part, que la nouvelle protection soit compatible avec le but de l'art. 336c CO.

---

732 AUBRY-GIRARDIN, Commentaire, N 2 *ad* art. 336c CO, p. 714 ; EGLI, Der zeitliche Kündigungsschutz, *in* ArbR 1998, p. 150 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 15 *ad* art. 336c CO, p. 1094.

733 Voir article 10 al. 1 lettre b de la Convention collective de travail du second œuvre romand, CCT 2011.

734 Voir article 3.5 al. 1 de la CCT du secteur de la santé du canton de Neuchâtel, version de droit privé 2013-2016.

735 Voir article 7 al. 1 de la CCNT, état au 1er janvier 2012.

736 Arrêt du Tribunal fédéral du 27 octobre 1981, *in* SJ 1982 229.

737 Arrêt de la Chambre d'appel des prud'hommes de Genève, du 16 juin 1998, *in* JAR 1999 260.

738 Arrêt du Tribunal fédéral du 27 octobre 1981, *in* SJ 1982 229 ; arrêt de la Chambre d'appel des prud'hommes de Genève, du 16 juin 1998, *in* JAR 1999 260.

354. En l'espèce, le respect de la seconde condition nous paraît problématique. Nous l'avons vu, le but de l'art. 336c CO est de garantir un délai de congé complet à un travailleur ou une travailleuse qui n'est pas en mesure de rechercher un nouvel emploi ou qui n'est pas disponible sur le marché de l'emploi, en raison par exemple d'une maladie, d'une grossesse, voire d'un congé de formation ou une période de vacances. Or, le statut de représentant des travailleurs n'est pas du tout comparable aux cas prévus à l'art. 336c al. 1 CO. En particulier, il n'empêche pas le travailleur concerné d'être actif sur le marché de l'emploi et d'être engagé par un nouvel employeur en cas de résiliation de son contrat de travail. Ainsi, dans la mesure où les représentants des travailleurs (au sens large) sont actifs sur le marché de l'emploi, ils jouissent d'un délai de congé complet, de telle sorte que la seconde condition évoquée ci-dessus ne nous paraît pas réalisée.

355. Nous doutons ainsi de la possibilité, *de lege lata*, d'introduire par voie conventionnelle une nouvelle période de protection au sens de l'art. 336c CO relative aux représentants des travailleurs. Par voie de conséquence, si une telle clause devait être prévue, il se pourrait qu'un tribunal la considère comme étant une tentative de contourner les dispositions absolument impératives prévues à l'art. 361 CO (336 al. 1 CO et 336a CO).

d) La résiliation immédiate injustifiée (art. 337 et 337c CO)

356. Les articles 337 ss CO confèrent aux partenaires contractuels la possibilité de résilier immédiatement le contrat de travail lorsqu'il existe de justes motifs. Constituent des justes motifs au sens de l'art. 337 al. 2 CO, toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail. Les justes motifs ne doivent pas être confondus avec les motifs justifiés figurant à l'art. 336 al. 2 let. b CO.

357. Le licenciement immédiat est un droit formateur. Comme son nom l'indique, il a un effet immédiat (un tel congé ne nécessite aucune autorisation préalable, par exemple de la part d'un juge ou de représentants des travailleurs) et définitif, en ce sens qu'il est valable indépendamment de l'existence de justes motifs[739].

358. Les représentants des travailleurs ne bénéficient pas d'une protection spécifique contre un licenciement immédiat. Ils sont donc ici soumis aux mêmes règles que tous les autres travailleurs.

359. Au sens de l'art. 337c CO, lorsque l'employeur résilie de manière injustifiée le contrat du travailleur, il pourra être condamné à payer à celui-ci le salaire auquel il aurait eu droit si le contrat avait pris fin à l'échéance du délai de congé (al. 1), ainsi qu'une indemnité dont le montant doit être fixé par le juge, mais qui peut atteindre au maximum l'équivalent de six mois de salaire (al. 3). Cette indemnité est analogue à celle de l'art. 336a CO, dans la mesure où toutes deux sont de même nature[740].

Un licenciement immédiat peut être à la fois injustifié et abusif[741]. Dans ce cas de figure, la jurisprudence a considéré que les indemnités pour licenciement injustifié (art. 337c al. 3 CO) et pour licenciement abusif (art. 336a CO) n'étaient pas cumulables, en

---

739 FF 1984 II 574, p. 636.

740 Elles ont une double fonction : punitive et réparatrice.

741 REHBINDER/STÖCKLI, N 5 *ad* art. 336 CO, p. 257.

raison de leur nature identique[742]. Seule entre en considération l'indemnité prévue en cas de licenciement immédiat injustifié, à l'exclusion de l'indemnité pour licenciement abusif[743]. En pareille hypothèse, le juge doit néanmoins tenir compte du caractère abusif du congé dans le cadre des circonstances à prendre en considération lors de la fixation de l'indemnité prévue à l'art. 337c al. 3 CO[744].

360. L'art. 337c al. 1 figure à l'art. 362 CO, de sorte qu'il revêt un caractère relativement impératif. La jurisprudence et la doctrine admettent qu'il en va également ainsi de l'art. 337c al. 3 CO, même si cette disposition n'est pas inscrite dans le catalogue des normes relativement impératives[745]. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs expressément admis que les parties pouvaient convenir d'un régime d'indemnisation plus favorable au travailleur que celui prévu à l'art. 337c al. 3 CO[746]. Dans le même sens, WERNER GLOOR précise ce qui suit : « (…) il est loisible aux parties de convenir – en faveur du travailleur – d'une pénalité supérieure à six salaires mensuels en cas de licenciement immédiat injustifié du contrat ou de fixer une pénalité minimale liant le juge. En revanche, dans le doute, la part de pénalité conventionnelle excédant six salaires mensuels peut être imputée sur le salaire-préavis (ibid.). »[747].

4. La protection des représentants des travailleurs dans les conventions collectives de travail (CCT)

a) Remarques préliminaires

361. En pratique, les conventions collectives de travail contiennent souvent des règles sur la protection contre les congés qui dérogent au régime légal, soit pour l'ensemble des travailleurs soumis à leur champ d'application, soit uniquement pour les représentants du personnel ou pour les représentations syndicaux. Il existe, par exemple, des règles imposant une procédure d'avertissement préalable lié à un délai d'épreuve, d'entretien préalable, d'annonce préalable (aux partenaires sociaux), l'obligation de l'employeur de reclasser l'employé préalablement à un éventuel licenciement économique ou encore qui prévoient des sanctions plus lourdes en cas de congé abusif, et même une interdiction de licencier[748].

Il s'agit, ci-dessous, de donner quelques exemples de solutions adoptées par les partenaires sociaux, puis d'évoquer le régime juridique incertain de ces dérogations, vu en particulier les articles 361 et 362 CO.

---

742 GLOOR, N 25 *ad* art. 337c CO, p. 796.

743 ATF 123 V 5 = AJP 1997 892 ; ATF 123 III 391 = JdT 1998 I 126 = SJ 1998 91 ; ATF 121 III 64, c. 2b = JdT 1996 I 60.

744 TF 4C.177/2000 du 24 avril 2001, c. 4, in : JAR 2002, p. 271. Voir aussi BRÜHWILER, p. 423.

745 GLOOR, N 30 *ad* art. 337c CO, p. 677, et TF 4A_608/2010, du 10 janvier 2011, c. 2.1.

746 TF 4A_474/2010, du 12 janvier 2011, c. 2.3.

747 GLOOR, N 30 *ad* art. 337c CO, p. 677 et références citées.

748 Pour des exemples, cf. Conseil fédéral, Révision partielle du code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié) – Rapport explicatif relatif à l'avant-projet, septembre 2010, pp. 11 ss, disponible sur le site : https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/whistleblowing.html (consulté le 15.12.2014). Voir également les nombreux exemples donnés par ISABELLE BANK dans son mémoire de Master.

b) Quelques solutions adoptées par les partenaires sociaux en matière de protection contre les congés de représentants du personnel ou de représentants syndicaux

i. Par rapport aux personnes protégées

362. Les CCT peuvent contenir des dispositions spécifiques relatives à la protection contre le licenciement antisyndical, en déterminant le cercle des personnes protégées, qui peut être – parfois sensiblement – plus large que celui des représentants visés à l'art. 336 al. 2 CO. Les bénéficiaires de la protection peuvent être des membres de syndicats, des titulaires de mandats syndicaux, des représentants élus des travailleurs, ou encore d'autres travailleurs désignés par les CCT.

363. Tel est le cas dans plusieurs conventions collectives, dont nous donnons ci-après, à titre d'illustrations, quelques exemples de clauses de ce type :

Art. 7 GAV für das Holzbaugewerbe (étendue) :

> « Kündigungsschutz für Mitglieder von Betriebskommissionen: Gewählten Mitgliedern von Personalvertretungen, Mitgliedern der GAV-Verhandlungskommission, Mitgliedern der paritätischen Berufskommission, Stiftungsräten einer betrieblichen oder branchenweiten Personalvorsorgeeinrichtung sowie vorgängig gemeldeten und hierfür bezeichneten gewerkschaftlichen Vertrauensleuten kann wegen mit dieser Tätigkeit zusammenhängenden Handlungen nicht gekündigt werden. Im Übrigen gelten die Artikel 336 bis 336b des Schweizerischen Obligationenrechts ».

Art. 38.5 al. 1 CCT dans l'industrie des machines, des équipements électriques et des métaux :

> « Les membres de la représentation des travailleurs ainsi que les représentantes ou les représentants des travailleurs aux conseils de fondation des institutions de prévoyance ne seront ni licenciés ni désavantagés (en ce qui concerne le salaire, l'évolution professionnelle, etc.) en raison de leur activité normale en tant que représentantes ou représentants des travailleurs ».

Art. 28 GAV Schweizer Brauerei-Verband :

> « Wird eine Kündigung gegen Mitglieder der Betriebskommission aus einem anderen Grund als einer Restrukturierung ausgesprochen, so ist diese nur gültig, sofern die paritätische Kommission – auf Einsprache des/der Gekündigten hin – ihre Zulässigkeit anerkannt hat. Bei Aberkennung der Zulässigkeit oder Nichteinigung der paritätischen Kommission kann die Kündigung durch das Schiedsgericht abschliessend beurteilt werden.
>
> Offiziell gewählte und dem Arbeitgeber schriftlich mitgeteilte Vertrauensleute der Gewerkschaft (z.B. Mitglieder von Kommissionen ; max. eine Person pro 1 bis 100 dem GAV unterstellten Mitarbeitende) sind den Mitgliedern der Betriebskommission gleichgestellt ».

Art. 4.3.9 al. 6 CCT des industries horlogère et microtechnique suisses (Convention patronale) :

> « Les membres des commissions du personnel ne peuvent pas être licenciés pour des motifs tenant à leur activité de membres de la commission ; demeurent réservés les cas d'abus. Dans la mesure où il s'agit de membres du syndicat Unia, ces cas sont préalablement discutés entre le secrétaire patronal, le secrétaire syndical et la direction de l'entreprise ».

Art. 4.6 al. 9 CCT des industries horlogère et microtechnique suisses (Convention patronale) :

> « Le délégué syndical en titre et ses adjoints ne peuvent pas être licenciés pour des

> motifs en relation avec leur activité de délégué syndical ; demeurent réservés les cas d'abus. Ces cas sont préalablement discutés entre le secrétaire patronal, le secrétaire syndical et la direction de l'entreprise ».

ii. Introduction d'une procédure d'annonce préalable

364. Certaines CCT contiennent des clauses particulières obligeant l'employeur qui souhaite licencier une personne protégée à l'annoncer préalablement par écrit aux partenaires sociaux. Par ce biais, ceux-ci ont la possibilité d'intervenir pour vérifier le motif du licenciement et, le cas échéant, pour entamer des négociations (réintégration, indemnisation, etc.).

365. Là encore, nous donnons ici quelques exemples de ce que prévoient certaines dispositions :

Art. 38.5 al. 2 CCT dans l'industrie des machines, des équipements électriques et des métaux :

> « Si une direction envisage de licencier un membre de la représentation des travailleurs ou d'un conseil de fondation d'une institution de prévoyance du personnel de l'entreprise, elle est tenue de le lui annoncer préalablement par écrit en énonçant les motifs de cette décision. Des licenciements pour justes motifs peuvent être prononcés sans annonce préalable ».

Art. 306 CCT pour l'industrie graphique :

> « Les membres élus de la représentation des travailleurs ainsi que les représentants élus aux conseils de fondation des institutions de prévoyance ne seront licenciés ni désavantagés en raison de leur activité normale en tant que représentants du personnel » (al. 1). « Si une entreprise envisage de licencier un tel représentant du personnel, elle est tenue de le lui annoncer préalablement par écrit en énonçant les motifs de cette décision » (al. 2). « Le travailleur ou la travailleuse concerné peut demander, dans un délai de trois jours ouvrables, un entretien avec la direction et la représentation des travailleurs portant sur l'intention de licencier. Cet entretien doit avoir lieu dans un délai de trois jours ouvrables. Sur demande d'une des parties, il peut être ensuite fait appel à Viscom et au syndicat concerné pour examen et médiation » (al. 3). « La procédure ne doit pas dépasser la durée d'un mois ; un éventuel licenciement peut être prononcé au plus tôt après un mois, si le travailleur ou la travailleuse a contesté le préavis. Dès la quatrième année de fonction, le licenciement peut être prononcé au plus tôt après 2 mois » (al. 4).

Voir également les articles 4.3.9 al. 6 et 4.6 al. 9 de la CCT des industries horlogère et microtechnique suisses d'ores déjà mentionnés.

c) La possibilité de déroger aux règles absolument et relativement impératives (art. 358, 361 et 362 CO)

366. Selon l'article 358 CO, le « droit de la Confédération et des cantons l'emportent sur la convention ; toutefois, les dérogations stipulées en faveur des travailleurs sont valables, à moins que le droit impératif ne s'y oppose ». La loi réserve ainsi le cas où la loi s'oppose expressément à des dérogations en faveur des travailleurs et vise en particulier les normes dites absoluments impératives, soit principalement celles énumérées à l'article 361 CO[749]. Les clauses conventionnelles prévoyant des dérogations au droit absolument impératif sont nulles (cf. art. 361 al. 1 CO). Les articles 336 al. 1 (résiliation abusive), 336a (indemnité en cas de résiliation abusive) et

---

749 BRUCHEZ, Commentaire, N 6 *ad* art. 361 CO, p. 1233.

336b (indemnité, procédure) CO figurent précisément dans la liste des dispositions absolument impératives de l'art. 361 CO[750]. En revanche, l'art. 336 al. 2 CO (résiliation abusive de la part de l'employeur) est quant à lui inscrit dans le catalogue des dispositions relativement impératives de l'art. 362 CO.

367. Au sens de l'art. 361 al. 2 CO, il ne peut être dérogé à la liste des normes énumérées à l'alinéa précédent par accord, contrat-type de travail ou convention collective, ni au détriment de l'employeur ni au détriment du travailleur. En revanche, si la norme est relativement impérative, il est possible d'y déroger, en faveur du travailleur uniquement (art. 362 al. 2 CO *a contrario*).

Lors de la révision du Code des obligations de 1971, le législateur a souhaité dresser aux articles 361 et 362 CO un catalogue exhaustif de dispositions impératives et relativement impératives, afin de garantir la sécurité du droit[751]. De l'avis du Conseil fédéral, il était conforme à la nature du contrat de travail d'attribuer un caractère impératif à un grand nombre de dispositions. Selon lui, cela s'imposait notamment parce que, à l'instar de la loi, les conventions collectives de travail et les contrats-types constituaient des sources du droit du travail[752].

Cependant, en 1988, suite à certaines critiques, le législateur a revu son approche, pour n'inscrire aux articles 361 et 362 CO que les dispositions dont le caractère impératif ou relativement impératif ne résultait pas d'emblée de leur texte[753]. Désormais, le contenu des articles 361 al. 1 et 362 al. 1 CO n'est plus qu'exemplatif ; le caractère (impératif, relativement impératif ou dispositif) d'une norme étant déduit de son texte et des listes énumérées aux articles précités[754].

368. La question est toutefois beaucoup plus complexe et controversée qu'il n'y paraît. Une partie de la doctrine, se référant au texte clair de l'art. 361 CO, rejette toute possibilité de déroger à une disposition légale impérative en général, ou à l'article 336a CO en particulier. GABRIEL AUBERT, par exemple, dans une contribution rédigée il y a plus de vingt ans, prenait acte de la volonté du législateur et en expliquait les raisons : « S'il doit favoriser la négociation collective, le législateur peut aussi l'encadrer, pour préserver les valeurs qui lui paraissent essentielles et dont il craint l'abandon par les organisations patronales ou les employeurs. C'est ainsi, par exemple, que le droit du licenciement comporte un certain nombre de règles absolument impératives, auxquelles la négociation collective ne saurait déroger. Ce faisant, il protège la partie patronale, le cas échéant, contre sa propre faiblesse. A vrai dire, on ne connaît pas de situation dans laquelle les employeurs auraient accepté des dispositions sur le licenciement qui leur fussent excessivement défavorables. En édictant des règles absolument impératives pour leur protection, le législateur s'est surtout montré soucieux de prévention »[755]. Dans la conclusion de sa contribution, AUBERT relevait toutefois que cette action préventive était surprenante et qu'elle ne correspondait pas aux besoins[756].

---

750 DUNAND, Indemnité, p. 34.

751 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision des titres dixième et dixième bis du code des obligations (Du contrat de travail), du 25 août 1967, FF 1967 II 249, p. 435.

752 *Ibid.*, p. 435.

753 REHBINDER/STÖCKLI, N 1 *ad* art. 361 CO, p. 770 ss; BOHNET/DIETSCHY, *ad* art. 361 et 362 CO, p. 1305.

754 REHBINDER/STÖCKLI, N 1 *ad* art. 361 CO, p. 770 ss ; BOHNET/DIETSCHY, *ad* art. 361 et 362 CO, p. 1305.

755 AUBERT G., *Droit collectif*, pp. 156 s.

756 *Ibid.*, p.161.

369. Nous l'avons vu, le Conseil fédéral a récemment souhaité réformer le droit du congé abusif, notamment en biffant les articles 336 et 336a de la liste des dispositions absolument impératives (art. 361 CO)[757]. Vu les oppositions politiques, le projet a été ajourné dans l'attente des résultats d'une étude consacrée à la protection des représentants des travailleurs. Dans son rapport explicatif de septembre 2010, le Conseil fédéral remet en cause la nature des règles protectrices contre les congés :

« Le principe de parité ne justifie tout d'abord pas d'instituer des règles absolument impératives comme cela est prévu pour les art. 336, al. 1 et 336a CO. Il suffit que la protection plus étendue convenue par les parties bénéficie de la même manière à chacune d'elles. Par ailleurs, si le principe de parité a sa justification et que l'employeur doit pouvoir aussi bénéficier de la protection contre les congés abusifs, la pratique a montré que ces dispositions servent avant tout la protection des travailleurs. De ce fait et parce qu'il n'y a pas de raison de faire obstacle à des solutions plus favorables au travailleur si les parties en conviennent, le caractère absolument impératif des dispositions sur la protection contre le congé abusif n'est pas adéquat »[758].

Certes, le projet de réforme n'a pour l'instant pas abouti. On peut toutefois se demander s'il ne vise pas en réalité à codifier un régime juridique plus ouvert, déjà admis par la doctrine et la jurisprudence. Il est d'ailleurs intéressant de noter que le Conseil fédéral ne cite dans le rapport que des auteurs qui admettent des possibilités de déroger aux articles 336 et 336a CO : « prise dans son sens usuel, la nature absolument impérative interdit de prévoir conventionnellement une protection plus étendue (extension des motifs abusifs, sanction plus sévère). Une interprétation plus souple qui admet en particulier une sanction conventionnelle plus sévère bénéficiant de manière égale aux deux parties est toutefois défendue dans la doctrine »[759].

370. Il faut en effet constater que la doctrine, aujourd'hui majoritaire, préconise une interprétation nuancée de l'art. 361 CO qui exige de se pencher sur les caractéristiques de chaque disposition légale pour déterminer son statut[760]. Car, comme le relevait le Conseil fédéral en 1984, en se basant notamment sur les recherches de HANS DAXELHOFFER publiées en 1980[761], l'on « trouve donc à l'art. 361 non seulement des dispositions qui ne peuvent pas être modifiées, mais aussi des dispositions auxquelles il est possible de déroger dans certaines limites »[762]. Globalement, les dispositions doivent être réparties en diverses catégories selon les critères suivants[763] :

Règles auxquelles il n'est pas possible de déroger :

- les dispositions impératives qui ne visent pas directement les rapports entre employeur et travailleur et qui ont été édictées dans l'intérêt public ;

---

757 Conseil fédéral, Révision partielle du code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié) – Rapport explicatif relatif à l'avant-projet, septembre 2010.

758 *Ibid.*, p. 20.

759 *Ibid.*, p. 9, avec les références doctrinales citées sous note 27.

760 BOHNET/DIETSCHY, N 13 *ad* art. 361 et 362 CO, p. 1311.

761 DAXELHOFFER, pp. 27 s.

762 Message concernant l'initiative populaire « pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail » et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations du 9 mai 1984, FF 1984 II 640.

763 BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 *ad* art. 361 & 362 CO, p. 403 ; DORMANN, p. 1074 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 *ad* art. 361 CO, pp. 1535 s.

- les dispositions impératives par lesquelles le législateur, après avoir pesé les intérêts opposés des deux parties, a tranché de manière définitive un problème ;
- certaines dispositions impératives qui garantissent aux deux parties une protection minimale.

Règles auxquelles il est possible de déroger :

- les dispositions impératives édictées en faveur d'une seule des parties ;
- les dispositions impératives qui garantissent aux deux parties une protection minimale lorsque les dérogations sont favorables aux deux parties dans la même mesure ou lorsqu'une dérogation en faveur du travailleur ou de l'employeur porte sur une disposition qui garantit un droit minimal pour le travailleur et un autre droit minimal, sur un autre aspect, pour l'employeur.

371. La jurisprudence nous paraît également prôner une certaine souplesse dans l'interprétation de l'art. 361 CO. Ainsi, dans un arrêt déjà ancien (1981), le Tribunal fédéral a estimé que le caractère absolument impératif des dispositions énumérées à l'art. 361 CO ne valait que dans la mesure où ces dispositions protégeaient les deux parties au contrat de travail. Quant aux dispositions ou éléments de dispositions édictées en faveur d'une seule partie, il est interdit d'y déroger au détriment de cette partie, mais non pas de l'autre[764].

Le Tribunal arbitral de la Convention collective de la chimie bâloise a quant à lui admis la conformité au droit suisse d'une clause de cette convention qui apportait des restrictions matérielles et procédurales à la liberté de licencier[765].

Il convient enfin de se référer à deux arrêts du Tribunal fédéral rendus dans la même affaire, qui concernaient notamment l'application de la Convention collective cadre genevoise du commerce de détail 2008-2010. L'art. 17.2 de cette convention a la teneur suivante : « Il est interdit de discriminer ou de licencier un employé en raison de son activité exercée en qualité de représentant, de délégué syndical ou de membre des commissions du personnel des employés ». L'employée et son syndicat soutenaient que l'ordre juridictionnel suisse permettait l'amélioration par la voie conventionnelle de la protection légale des articles 336 ss CO. Ils estimaient encore que l'on pouvait fonder sur l'article 17.2 de la Convention une demande en annulation du congé ou alors un droit à la réintégration dans l'entreprise.

Dans un premier arrêt rendu en 2010, le Tribunal fédéral a considéré que, dans la mesure où les juges cantonaux avaient nié, à bon droit, la qualité pour agir du syndicat, il n'était « pas nécessaire d'entrer en matière sur les griefs se rapportant aux arguments de fond du litige »[766]. Il a donc laissé la question ouverte.

Le second arrêt, rendu en 2012, est plus intéressant. Selon le Tribunal fédéral, il faut considérer que l'art. 17.2 précité ne permet pas de fonder l'annulation ou l'annulabilité du congé, car la disposition « ne prévoit aucune disposition spéciale en cas de violation de la norme ». Ainsi, en « l'absence d'une sanction spécialement prévue, on doit supposer que cette disposition a pour but de compléter ou de préciser la protection légale figurant déjà à l'art. 336 al. 2 let. a et b CO. […]. Dès lors qu'il ne s'agit que de compléter le système légal sans aucune précision de procédure ou de sanction, il faut admettre que l'art. 336b CO est également applicable »[767].

---

764 Arrêt du Tribunal fédéral du 27 octobre 1981, *in* SJ 1982 229.

765 Décision du 13 avril 1989, *in* JAR 1990 388.

766 TF 4A_248/2010, du 12 juillet 2010, c. 5.

767 TF 4A_316/2012, du 1 novembre 2012, c. 2.2.

Selon le Tribunal fédéral, dans la mesure où la convention collective litigieuse ne prévoyait pas de sanctions spécifiques, il fallait partir du principe qu'elle s'inscrivait dans la logique du régime légal qu'elle permettait de compléter sans chercher à y déroger. Il nous semble que l'on peut déduire de cette jurisprudence, *a contrario*, qu'il aurait été possible aux partenaires sociaux de prévoir un régime de sanction différent qui aurait dérogé à l'art. 336a CO. A aucun moment, le Tribunal fédéral ne s'est référé aux articles 358 et 361 CO.

372. S'agissant plus particulièrement de l'extension de la protection contre les licenciements abusifs à l'endroit des représentants des travailleurs, il convient de rappeler que l'art. 336 al. 2 (résiliation abusive de la part de l'employeur) fait partie des dispositions relativement impératives énumérées à l'art. 362 CO. Par conséquent, il est possible de déroger conventionnellement à cette disposition en faveur du travailleur (art. 362 al. 2 CO *a contrario*).

373. La question se pose dès lors de savoir s'il est possible de créer, par le biais de conventions collectives, ou de contrats individuels de travail, de nouveaux cas de licenciement abusif[768].

Nous l'avons vu, en pratique, plusieurs conventions collectives de travail prévoient des modalités spécifiques, notamment concernant la procédure à suivre en amont d'un licenciement (procédure préalable) ou eu égard au cercle des travailleurs protégés[769].

Le Tribunal fédéral, sans se prononcer définitivement sur la question, s'est montré sceptique quant à la possibilité d'instaurer conventionnellement de nouveaux cas de licenciement[770]. La Haute Cour a ainsi considéré que lorsque :

> « un accord spécifique des parties soumet la résiliation du contrat individuel de travail à des conditions ou modalités particulières, il semble que l'éventuelle violation de ces conditions ou modalités doive soit entraîner l'invalidité du congé, soit engager la responsabilité contractuelle de la partie en faute ; il est en revanche douteux que la partie lésée puisse se prévaloir d'un licenciement abusif selon l'art. 336 CO. En d'autres termes, il est douteux que l'accord des parties puisse créer des cas supplémentaires de licenciement abusif »[771] .

Une partie de la doctrine admet la possibilité de créer conventionnellement de nouveaux cas de licenciement abusif[772]. RÉMY WYLER et BORIS HEINZER considèrent par exemple que la liste de l'art. 336 al. 2 CO devrait pouvoir être complétée en faveur des travailleurs, puisqu'il s'agit d'une norme relativement impérative[773].

De lege ferenda, une modification législative telle que préconisée par le Conseil fédéral et qui consisterait à renoncer au caractère absolument impératif des articles 336 et 336a CO permettrait de clarifier la situation et d'inciter les partenaires sociaux à trouver des solutions conventionnelles conformes à leurs besoins. Il serait possible dans ce cadre d'élargir la protection conférée aux délégués syndicaux et aux représentants élus des travailleurs.

---

768 WYLER/HEINZER, Droit du travail, p. 626.

769 Voir les exemples de dispositions énumérées ci-dessus.

770 TF 4A_92/2012, du 3 juillet 2012. Voir aussi TF 4A_248/2010 du 12 juillet 2010, c. 5.

771 TF 4A_92/2012. du 3 juillet 2012, c. 6.5.

772 WYLER/HEINZER, p. 626 ; STREIFF/ VON KAENEL/ RUDOLPH, N 21 *ad* art. 336 CO, pp. 1041-1043.

773 WYLER/HEINZER, pp. 626-627.

5. Annulabilité/nullité du congé et réintégration des travailleurs en droit suisse (LEg et LPers)

a) Introduction

374. Dans le mandat qui nous a été confié, il est demandé que nous abordions, concernant la protection contre les congés, la nullité respectivement l'annulabilité du congé et leurs conséquences possibles, en particulier la possibilité de réintégrer le travailleur à son poste ou à un autre poste de travail. L'accent doit être mis sur la portée pratique et l'effectivité d'une telle protection.

Alors que le mécanisme de la réintégration est bien connu dans les droits de la fonction publique de notre pays, il n'en va pas de même en droit privé du travail. En effet, la notion de réintégration n'est ni clairement définie, ni usuelle en droit privé suisse du travail. La réintégration dans l'entreprise est fondée sur le maintien des relations de travail. En cas de congé, cela suppose soit la nullité, soit l'annulabilité du congé.

Nous examinerons dans un premier temps l'article 10 de la loi fédérale sur l'égalité qui constitue la seule source légale prévoyant la possibilité d'une réintégration en droit privé suisse du travail. Nous évoquerons aussi la loi sur le personnel de la Confédération puisque le droit de la fonction publique prévoit lui aussi une forme de réintégration. Nous conclurons par quelques observations sur la possibilité de consacrer la notion de réintégration dans le régime ordinaire du contrat de travail régi par le Code des obligations.

b) La protection contre le congé représailles dans la loi sur l'égalité

i. Principe et origine

375. Le principe de l'égalité de traitement entre femmes et hommes est consacré à l'art. 8 al. 3 Cst. (art. 4 al. 2 aCst.), dont le contenu est le suivant :

> « L'homme et la femme sont égaux en droit. La loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait, en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail. L'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale ».

La dernière phrase de la disposition précitée présente la particularité[774] d'être dotée d'un effet horizontal direct, en ce sens qu'elle peut être invoquée directement entre particuliers[775].

376. L'art. 8 al. 3 Cst. a été concrétisé dans la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg)[776], dont le but est de promouvoir dans les faits l'égalité entre les sexes (art. 1 LEg).

Selon le Message du Conseil fédéral, la LEg vise d'une part à faciliter l'application du droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale et, d'autre part, à pourvoir de manière plus générale à l'égalité de traitement dans le domaine du travail, eu égard au mandat constitutionnel[777].

---

774 ATF 113 Ia 107, c. 1a = JdT 1987 I 485 = SJ 1988 1.

775 MAHON, Petit commentaire, N 21 *ad* art. 8 Cst., p. 88, précise que l'art. 8 al. 3 Cst., troisième phrase s'applique aux relations de droit privé, et peut être directement invoqué devant les tribunaux.

776 MAHON, Petit commentaire, N 21 *ad* art. 8 Cst., p. 89.

777 Message LEg, FF 1993 I 1163, p. 1164.

377. Avant l'entrée en vigueur de ladite loi, et en dépit de l'effet horizontal de l'art. 8 al. 3 Cst., le droit à l'égalité de traitement entre les sexes n'avait presque jamais été exercé pendant les rapports de travail. Ce phénomène s'explique principalement par le fait que les travailleuses craignaient d'être licenciées ou prétéritées par leur employeur si elles se plaignaient de discrimination[778].

Dès lors, le Gouvernement a souligné que, pour permettre aux travailleuses d'exercer efficacement leurs droits en cours d'emploi, il était indispensable de fixer une période de protection durant laquelle le congé-représailles pourrait être invalidé[779]. Jusqu'à l'adoption de la LEg, une telle protection était inexistante en droit privé du travail, puisque les articles 336 et suivants CO ne prévoient qu'une indemnisation, le congé restant valable au demeurant. Selon le Conseil fédéral, faute d'annulabilité du congé, l'ordre juridique suisse n'était pas en mesure de garantir, dans les rapports de droit privé, l'égalité de salaire et de traitement entre femmes et hommes[780].

Deux solutions ont été envisagées pour remédier à cette situation[781]. Le rapport « Egalité des salaires » préconisait d'introduire dans la LEg la nullité du congé-représailles[782]. Le Conseil fédéral proposait, quant à lui, l'annulabilité dudit congé. L'hypothèse ayant trait à la nullité a été écartée au profit de l'annulabilité. De l'avis du gouvernement, cette dernière solution semblait préférable puisqu'elle nécessitait un jugement et évitait ainsi, à l'inverse de la nullité, toute incertitude quant à l'existence de motifs justifiés de congé[783].

378. Il découle de ce qui précède que la LEg protège désormais les travailleuses et travailleurs contre deux types de licenciements[784] : le congé discriminatoire (art. 5 al. 2 LEg) d'une part, et le congé-représailles (art. 10 LEg) de l'autre[785]. Le premier intervient lorsque le licenciement repose sur un motif inhérent au sexe (par exemple : la maternité), tandis que le second vise la situation dans laquelle le congé est signifié parce que la victime s'est plainte sur son lieu de travail, auprès d'un office de conciliation ou devant un tribunal, d'avoir subi une discrimination prohibée par la LEg (par exemple : d'avoir subi un harcèlement sexuel ou une discrimination salariale)[786]. Dans ce dernier cas de figure, le travailleur est protégé tout au long de ses démarches.

Le régime des sanctions établi par la LEg diffère selon le type de congé concerné. La victime d'un licenciement discriminatoire peut prétendre au versement d'une indemnité (art. 5 al. 2 et 4 LEg), à l'instar de ce que prévoient les articles 336a et suivants CO, avec toutefois un allégement du fardeau de la preuve. En revanche, en cas de congé-représailles, elle peut agir en annulation du licenciement en vertu de l'art. 10 LEg. Par le truchement de cette dernière disposition, la LEg a instauré un renforcement de la protection contre les résiliations abusives.

---

778 VON KAENEL, pp. 53-54.

779 Message LEg, FF 1993 I 1163, p. 1222.

780 *Ibid.*

781 BARONE, *in* BIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN, Commentaire de la loi sur l'égalité, *ad* art. 10 LEg, Lausanne 2010, p. 227.

782 Message LEg, FF 1993 I 1163, p. 1222.

783 *Ibid.*

784 DUNAND, Commentaire, N 3 *ad* art. 336 CO, pp. 656-657.

785 LEMPEN, Le point, p. 275.

786 DUNAND, Commentaire, N 3 *ad* art. 336 CO, p. 657 ; LEMPEN, Commentaire, p. 56.

Comme déjà indiqué, il s'agit là du seul cas d'annulation du congé expressément prévu à ce jour en droit privé du travail.

ii. Conditions

379. Le contenu de l'art. 10 LEg est le suivant:

> « [1]La résiliation du contrat de travail par l'employeur est annulable lorsqu'elle ne repose pas sur un motif justifié et qu'elle fait suite à une réclamation adressée à un supérieur hiérarchique ou à un autre organe compétent au sein de l'entreprise, à l'ouverture d'une procédure de conciliation ou à l'introduction d'une action en justice.
>
> [2]Le travailleur est protégé contre le congé durant toute la durée des démarches effectuées au sein de l'entreprise, durant la procédure de conciliation, et durant toute la durée du procès, de même que pendant le semestre qui suit la clôture des démarches ou de la procédure.
>
> [3]Le travailleur qui entend contester la résiliation de son contrat de travail doit saisir le tribunal dans le délai de congé. Le juge peut ordonner le réengagement provisoire du travailleur pour la durée de la procédure lorsqu'il paraît vraisemblable que les conditions d'une annulation du congé sont remplies.
>
> [4]Le travailleur peut renoncer, au cours du procès, à poursuivre les rapports de travail et demander une indemnité au sens de l'art. 336a du code des obligations en lieu et place de l'annulation du congé.
>
> [5]Le présent article est applicable par analogie lorsque le congé a été donné à la suite d'une action judiciaire intentée par une organisation au sens de l'article 7 ».

A la lecture de cette disposition, l'on constate que, pour que le congé soit annulable, trois conditions doivent être réalisées[787] : la résiliation ne doit reposer sur aucun motif justifié ; elle doit avoir été donnée durant l'une des périodes de protection figurant à l'art. 10 al. 2 LEg et, finalement, le travailleur doit avoir saisi le tribunal avant l'échéance du délai de congé, sous peine de péremption de son droit.

380. La notion de « motif justifié » se retrouve également à l'art. 336 al. 2 let. b CO. Comme nous l'avons vu (n° 332 ci-dessus), elle ne doit pas être confondue avec celle de « justes motifs » au sens de l'art. 337 CO[788].

Dans son message relatif à la LEg[789], le Conseil fédéral a répété, à l'appui de ce qu'il avait indiqué préalablement dans son message concernant l'initiative populaire « pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail»[790] ce qui suit[791] :

> « Est un motif justifié tout motif qui peut raisonnablement donner lieu à résiliation, même s'il n'est pas suffisamment grave pour justifier une résiliation immédiate du contrat (FF 1984 II 633). Cette notion est plus large que celle de « justes motifs » de l'article 337 du code des obligations, qui conduit à la résiliation immédiate. »

GABRIEL AUBERT décrit cette notion de la manière suivante[792]:

> « Doit être considéré comme justifié tout motif relatif à l'exécution du travail, à la conduite

---

787 AUBERT G., Commentaire, p. 230.

788 DUNAND, Commentaire, N 64 *ad* art. 336 CO, p. 677.

789 Message LEg, FF 1993 I 1163, p. 1222.

790 FF 1984 II 574.

791 Message LEg, FF 1993 I 1163, p. 1222.

792 AUBERT G., Commentaire, p. 231.

> de l'employée (négligence, absentéisme, indiscipline) ou aux besoins économiques de l'entreprise (restructuration), qu'un employeur raisonnable retiendrait comme tel en l'absence de réclamation de la part de l'employée ou de procédure de conciliation ou d'action en justice ouverte par elle ».

Dans un arrêt du 10 décembre 2008, la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois a eu l'occasion de revenir sur la notion de motif justifié, résumé en ces termes par PANCHAUD[793]:

> « Une partie de la doctrine considère que le motif justifié doit être exclusivement lié à la personne du travailleur ou à son comportement, comme des absences, une inaptitude évidente, ou le non-respect des directives. Cela dit, selon la doctrine récente, rien n'empêche en réalité qu'un motif justifié de résiliation ne tienne au fonctionnement ou à une réorganisation de l'entreprise, liée par exemple à des difficultés économiques ou à un licenciement collectif, et non à une faute du travailleur concerné : l'art. 10 LEg devant être rapproché de l'article 336 CO plutôt que de l'art. 340 CO ».

381. Pour agir en annulation du congé, il faut que le licenciement ait été notifié au cours de l'une des périodes énumérées à l'art. 10 al. 2 LEg, à savoir : pendant la durée des démarches effectuées au sein de l'entreprise, durant la procédure de conciliation, durant toute la durée du procès, de même que pendant le semestre qui suit la clôture des démarches ou de la procédure. Enfin, la travailleuse ou le travailleur victime d'un congé-représailles doit saisir le tribunal dans le délai de congé.

382. A titre provisoire, le juge peut ordonner le réengagement de l'employée pour la durée de la procédure s'il paraît vraisemblable que les conditions d'une annulation du congé sont remplies (art. 10 al. 3 LEg). L'ordonnance de réengagement provisoire doit être rendue à la demande de l'employée, en principe dans le cadre de mesures provisionnelles (art. 261 ss CPC)[794]. Nous avons connaissance d'un cas dans lequel cette procédure a été utilisée : dans une affaire zurichoise, tranchée en 2011 par le Tribunal supérieur du canton de Zurich, il a été décidé que le juge était en droit d'ordonner, sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP, d'occuper effectivement une travailleuse licenciée lorsque le fait d'être libérée de son obligation de travailler était de nature à provoquer un dommage difficilement réparable dans le contexte de l'application de l'art. 10 LEg[795].

Si l'action en justice est bien fondée, le tribunal doit annuler le congé. L'annulation déploie des effets *ex tunc*, c'est à-dire qu'elle place les parties dans la situation où elles se seraient trouvées en l'absence de licenciement[796].

iii. Portée pratique

383. A défaut d'étude exhaustive ou de statistiques fiables, il n'est pas aisé de déterminer la portée pratique et l'effectivité de la protection instaurée par l'article 10 LEg. Nous disposons cependant d'un rapport de synthèse tout à fait pertinent que nous évoquerons ci-dessous[797]. L'article 10 LEg a été parfois invoqué dans le cadre d'une demande en justice intentée par une employé licenciée. Toutefois, jusqu'ici, les

---

793 http://www.leg.ch/jurisprudence/arret/vd_10.12.2008 (consulté le 15. 12. 2014).

794 AUBERT G., Commentaire, p. 231.

795 OG/ZU du 30 septembre 2011, cause LA 100034. Pour un commentaire de cet arrêt, cf. GEISER, pp. 440 s.

796 WYLER/HEINZER, p. 674.

797 Cf. Rapport de synthèse de la Communauté de travail relatif à l'évaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité, avril 2005.

tribunaux saisis ont généralement considéré que les conditions d'application de cette disposition légale n'étaient pas réunies[798]. C'est ainsi, qu'à notre connaissance, il n'existe pas à ce jour de décision de réintégration fondée sur l'article 10 LEg. Dans une contribution parue en 2011, GABRIEL AUBERT partageait le même sentiment en relevant que « du moins dans les petites ou moyennes entreprises, la mauvaise qualité des rapports de travail entre les parties rend souvent la collaboration excessivement difficile »[799]. En pratique, il apparaît que les victimes de licenciement discriminatoire à raison du sexe souhaitent rarement réintégrer leur poste de travail. Dans la plupart des cas, elles préfèrent renoncer à cette possibilité en cours de procès et demander une indemnité pour licenciement abusif en lieu et place de l'annulation du congé (art. 10 al. 4 LEg)[800].

384. S'agissant de l'effet dissuasif de l'annulabilité du congé, il est intéressant de constater que, plusieurs années après l'entrée en vigueur de la LEg, la Conseillère nationale Vreni Hubmann a déposé une motion[801] visant à interdire les licenciements prononcés à titre de représailles à l'encontre des femmes faisant valoir leurs droits. Le texte déposé avait pour but de charger le Conseil fédéral de modifier l'art. 10 LEg, afin de rendre les licenciements prononcés à titre de représailles nuls, et non plus annulables. Selon la Conseillère nationale, l'annulabilité du congé ne conférerait pas une protection suffisante, car les craintes qui animaient les femmes avant l'entrée en vigueur de la LEg demeureraient d'actualité, de telle sorte que seule la nullité du congé permettrait aux femmes de faire valoir pleinement leurs droits, sans craindre d'être licenciées.

385. La motion susmentionnée a donné lieu à l'établissement d'un rapport relatif à l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité en exécution de la motion VRENI HUBMANN 02.3142, transmise par le Conseil national sous forme de postulat le 21 juin 2002.

Il apparaît à la lecture du rapport de la Communauté de travail relatif à l'évaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité[802] qu'il existe un grand flou en pratique car les dispositions de la LEg sont mal connues et, partant, peu appliquées devant les tribunaux. En effet, il semblerait que le congé discriminatoire soit très souvent confondu avec le congé-représailles. Par conséquent, ces deux licenciements sont rarement reconnus, de sorte que les dispositions générales du CO concernant le licenciement abusif se substituent généralement au régime spécifique de la LEg. Or, les bases légales, ainsi que la composition des autorités sont différentes, et les exigences de preuve du CO sont plus strictes[803]. En 2005, la Communauté de travail relevait qu'en raison de la méconnaissance des règles de la LEg, la protection spéciale contre le congé prévue à l'art. 10 LEg, avec la possibilité d'un réengagement provisoire, n'avait encore jamais pu être efficace[804].

---

798 Cf., par exemple, TF 4A_178/2010 du 14 mai 2010, c. 3.

799 AUBERT G., Commentaire, pp. 232 s.

800 LEMPEN, Le point, pp. 277-278. Voir aussi AUBERT G., Commentaire, p. 233.

801 Motion 02.3142 HUBMANN VRENI : Interdire les licenciements prononcés à titre de représailles à l'encontre des femmes faisant valoir leurs droits.

802 Rapport de synthèse de la Communauté de travail relatif à l'évaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité, avril 2005.

803 *Ibid.*, p. 38.

804 Rapport de synthèse de la Communauté de travail relatif à l'évaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité, avril 2005, p. 38.

Selon le rapport susmentionné, pour que la protection conférée par la LEg soit optimale, deux conditions devraient être réunies : tout d'abord, l'indemnisation prévue par la loi devrait être telle qu'elle dissuaderait l'employeur de licencier les travailleuses et travailleurs puis, ces derniers devraient pouvoir tabler sur une indemnisation si importante qu'elle contrebalancerait la crainte de la perte d'emploi[805]. Cela étant, à elle seule, une prolongation de la période de protection contre le congé ne suffirait pas à encourager les travailleuses et travailleurs à intenter une action sur la base de l'art. 10 LEg.

386. Eu égard à ce qui précède, l'expérience démontre que l'art. 10 LEg n'est guère appliqué en pratique et que l'annulabilité du congé n'a pas suffi à inciter les victimes de discriminations à les dénoncer en cours d'emploi, la crainte d'un congé-représailles demeurant prépondérante. L'annulabilité du congé, avec une réintégration, comporte en outre un certain nombre d'inconvénients : tout d'abord, l'annulabilité implique une action en justice qui peut s'avérer longue et incertaine. Ensuite, en raison de la rupture du lien de confiance entre les partenaires contractuels, et l'animosité qu'engendre souvent une telle procédure, la réintégration au même poste ou à un autre poste ailleurs dans l'entreprise n'est souvent pas souhaitée par les partenaires contractuels. Il en résulte que les travailleuses et travailleurs concernés préfèrent renoncer à la poursuite des rapports de travail au profit du versement d'une indemnité sur la base de l'art. 10 al. 4 LEg.

c) La réintégration dans la loi sur le personnel de la Confédération

i. Remarques liminaires

387. Le droit de la fonction publique ne fait partie de l'objet de cette étude. Contrairement au régime légal de droit privé qui est unifié dans le Code des obligations, il n'existe d'ailleurs pas un droit de la fonction publique, mais une multitude de régimes (au niveau national, cantonal et communal). Comme on le sait, les divers régimes de droit public comprennent souvent la possibilité d'annuler ou déclarer nul le congé et d'imposer la réintégration de l'employé concerné. Il nous paraît dès lors intéressant d'évoquer dans ce contexte les solutions retenues dans la loi régissant les rapports de travail entre la Confédération, l'un des plus grands employeurs publics du pays, et ses employés, tout en précisant qu'une importante modification législative est intervenue en 2013.

ii. Situation avant la modification de la LPers (entrée en vigueur le 1er juillet 2013)

388. Dans le cadre de la révision partielle de la loi sur le personnel de la Confédération (LPers), entrée en vigueur le 1er juillet 2013, le Conseil fédéral a souhaité rapprocher les rapports de travail de la fonction publique de ceux régis par le Code des obligations[806].

Avant la révision susmentionnée, la réintégration de l'employé licencié pour violation des dispositions sur la résiliation constituait le principe (art. 14 et 19 aLPers)[807]. Cela étant, lorsque la réintégration s'avérait impossible, insensée ou inappropriée, une indemnisation pouvait néanmoins intervenir. Tel était également le cas dans les situations visées à l'art. 19 al. 2 à 5 aLPers.

---

805 *Ibid.*, p. 129.

806 Message concernant une modification de la loi sur le personnel, du 31 août 2011, FF 2011 6171-6200.

807 NGUYEN, p. 196.

389. L'art. 14 al. 1 aLPers prévoyait que l'employeur propose à l'employé de le réintégrer dans son emploi ou, en cas d'impossibilité, lui propose un autre travail pouvant raisonnablement être exigé de lui, lorsque l'employé, dans les 30 jours après avoir eu connaissance d'une possible cause de nullité, indiquait à l'employeur par écrit et de manière plausible que la résiliation en question était nulle[808] en raison de l'un des motifs énumérés à l'art. 14 al. 1 let. a-d aLPers (vice de forme majeur, résiliation infondée en vertu de l'art. 12 al. 6 et 7 ou résiliation en temps inopportun en vertu de l'art. 336c CO, en cas de dénonciation de bonne foi d'une infraction ou du signalement d'une irrégularité au sens de l'art. 22a ou en cas de déposition en qualité de témoin). Cette disposition conférait une protection provisoire contre le licenciement[809], ce qui rapprochait son but de celui de l'art. 10 al. 3 LEg[810].

Au sens de l'art. 14 al. 2 aLPers, si, dans les 30 jours à compter de la réception de la lettre de l'employé faisant valoir la nullité de la résiliation, l'employeur ne demandait pas à l'autorité de recours de vérifier la validité de la résiliation, celle-ci était nulle et l'employé était alors réintégré ou, en cas d'impossibilité, il lui était proposé un autre travail pouvant être raisonnablement exigé de lui. A ce stade, la protection perdait son caractère provisoire pour devenir définitive[811].

L'art. 14 al. 3 aLPers prévoyait de surcroît la réintégration ou la proposition d'un nouveau travail pouvant raisonnablement être exigé de l'employé en cas d'annulation de la résiliation parce que celle-ci était abusive au sens de l'art. 336 CO (art. 14 al. 3 let. a aLPers), ou discriminatoire en vertu des articles 3 et 4 LEg (art. 14 al. 3 let. b LPers).

390. Aux termes de l'art. 14 al. 5 aLPers, l'indemnité visée à l'art. 19 était réservée. En effet, lorsque la prolongation des rapports de travail était impossible ou qu'un autre poste de travail convenable ne pouvait être trouvé, une indemnisation intervenait à titre subsidiaire[812].

A cet égard, l'art. 19 al. 3 aLPers disposait qu'en cas de nullité confirmée de la résiliation au sens de l'art. 14 al. 1 ou d'annulation du congé au sens de l'art. 14 al. 3 let. a, l'employé avait droit à une indemnité lorsqu'aucun emploi ne pouvait lui être assuré auprès de l'un des employeurs visés à l'art. 3 et que cette impossibilité ne lui était pas imputable.

Selon l'art. 19 al. 4 aLPers, lorsque la résiliation était annulée en vertu de l'art. 14 al. 3 let. b, l'employé recevait une indemnité si l'employeur ne pouvait le réintégrer dans l'emploi qu'il occupait jusqu'alors.

L'art. 19 al. 1 aLPers indiquait en outre qu'avant de résilier le contrat de travail sans qu'il y ait faute de l'employé, l'employeur devait prendre toutes les mesures qui pouvaient raisonnablement être exigées de lui pour garder l'employé à son service. Aux termes de l'alinéa 2 de cette même disposition, l'employeur qui résiliait le contrat sans faute de l'employé devait verser à ce dernier une indemnité s'il travaillait dans une profession où la demande était faible ou inexistante (let. a) ou s'il était employé de longue date ou qu'il avait déjà un certain âge (let. b).

---

808 NGUYEN relève qu'il s'agit en réalité d'un cas d'annulabilité et non d'un cas de nullité au sens strict. Voir NGUYEN, p. 197.

809 NÖTZLI, N 4 *ad* art. 14 aLPers, p. 219 et références citées.

810 NÖTZLI, N 19 *ad* art. 14 aLPers, p. 226.

811 NÖTZLI, N 4 *ad* art. 14 aLPers, p. 220 et références citées.

812 NGUYEN, p. 200.

Enfin, il convient de relever que l'art. 14 al. 6 aLPers mentionnait que l'art. 10 LEg était applicable.

iii. Situation après l'entrée en vigueur de la modification de la LPers (entrée en vigueur le 1er juillet 2013)

391. Dans son message concernant une modification de la loi sur le personnel de la Confédération du 31 août 2011, le Conseil fédéral indique ce qui suit:

> « La réintégration au poste de travail n'est possible qu'en cas de suppression d'une résiliation des rapports de travail qui enfreint gravement le droit en vigueur (par ex. résiliation en temps inopportun ou abusive). En cas de résiliation non valable, l'employeur devra verser une indemnité correspondant au minimum à six mois de salaire et au maximum à un salaire annuel »[813].

Le Gouvernement n'a donc pas souhaité supprimer la réintégration en tant que telle, mais a prévu de renoncer au fait qu'une telle réintégration doive par principe être ordonnée[814].

Le nouvel art. 34c LPers, entré en vigueur le 1er juillet 2013, a la teneur suivante:

> « [1]L'employeur propose à l'employé de le réintégrer dans l'emploi qu'il occupait ou, si cela est impossible, lui propose un autre travail pouvant raisonnablement être exigé de lui lorsque l'instance de recours a admis le recours contre une décision de résiliation des rapports de travail parce que la résiliation :
>
> a. était motivée par le fait que l'employé avait, de bonne foi, dénoncé une infraction en vertu de l'art. 22a, al. 1, ou signalé une irrégularité en vertu de l'art. 22a, al. 4, ou qu'il avait déposé comme témoin ;
>
> b. était abusive en vertu de l'art. 336 CO ;
>
> c. avait été prononcée pendant une des périodes visées à l'art. 336c, al. 1, CO ;
>
> d. était discriminatoire en vertu des art. 3 ou 4 de la loi du 24 mars 1995 sur l'égalité.
>
> [2]Si le recours est admis et que l'employé en fait la demande, l'instance de recours lui accorde une indemnité correspondant en règle générale à six mois de salaire au moins et à un salaire annuel au plus en lieu et place de la réintégration visée à l'al. 1 ».

392. Il découle de ce qui précède que la réintégration n'intervient que lorsque l'instance de recours a admis le recours contre une décision de résiliation parce que le congé enfreint gravement le droit en vigueur. C'est pour cette raison qu'il est justifié, en cas d'admission d'un recours contre un tel licenciement, d'accorder une protection particulière à l'employé, laquelle s'écarte de celle de l'art. 34b LPers[815].

L'art. 34c al. 2 LPers prévoit que si les conditions de l'art. 34c al. 1 LPers sont réunies et que l'employé en fait la demande, l'instance de recours lui accorde une indemnité correspondant en règle générale à six mois de salaire au moins et à un salaire annuel au plus (art. 34b al. 2 LPers) en lieu et place de la réintégration[816].

Le Conseil fédéral a souhaité permettre aux employés de choisir entre la réintégration, la proposition d'un autre travail pouvant raisonnablement être exigé d'eux et

---

813 Message concernant une modification de la loi sur le personnel de la Confédération du 31 août 2011, FF 2011 6173.

814 NGUYEN, p. 200.

815 Message concernant une modification de la loi sur le personnel de la Confédération du 31 août 2011, FF 2011 6192.

816 *Ibid.*, FF 2011 6192.

l'indemnisation[817]. Dans cette optique, l'art. 34c al. 2 LPers se rapproche de l'art. 10 al. 4 LEg. Le montant de l'indemnité au sens de l'art. 34c al. 2 LPers doit être fixé par l'instance de recours en tenant compte de toutes les circonstances (par exemple : l'âge de l'employé, sa situation professionnelle et personnelle, ainsi que la durée de l'engagement)[818].

Par ailleurs, le nouvel art. 19 al. 2 LPers reprend l'obligation de soutien qui figurait aux articles 14 et 19 aLPers. Toutefois, il remplace l'obligation de réintégration par une obligation d'aide à la transition professionnelle.

393. En synthèse, nous pouvons constater que la réintégration fait toujours partie intégrante de la LPers. Cette sanction s'inscrit dans un contexte juridique de droit public, en ce sens que le principe de la liberté contractuelle ne s'applique pas. Cependant, force est de constater que la révision entendait restreindre les cas de réintégration, afin d'envisager des sanctions plus flexibles tant pour l'employeur que pour l'employé, en se rapprochant ainsi du système prévalant en droit privé du travail. A cet égard, l'on observe qu'à l'instar de la solution prescrite à l'art. 10 al. 4 LEg, la LPers permet à l'employé de privilégier le versement d'une indemnité en lieu et place de la réintégration. Or, on l'a vu, en droit privé (art. 10 al. 4 LEg), la réintégration n'est que très rarement, voire jamais mise en œuvre, les travailleuses et travailleurs privilégiant vraisemblablement l'indemnisation. L'avenir nous dira si, compte tenu de la récente entrée en vigueur de la nouvelle LPers, le droit de la fonction publique s'oriente vers cette même tendance.

d) Consécration du système de la réintégration dans le régime du Code des obligations

394. La plainte de l'USS porte principalement sur la sanction du licenciement abusif[819]. L'USS considère que les articles 336 et ss CO ne confèrent pas une protection idoine contre les congés antisyndicaux. Ainsi, à l'instar des arguments avancés par le Conseil fédéral dans le message relatif à la LEg, l'USS soutient que l'indemnisation n'est pas dissuasive, puisque le congé demeure valable[820]. Selon elle, seule l'annulation des licenciements antisyndicaux et la réintégration permettraient d'assurer une protection optimale, comme le prévoit l'art. 10 LEg.

JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB précise que tant le principe de l'égalité de traitement entre femmes et hommes que celui de la liberté syndicale sont des principes constitutionnels garantis par le droit international[821]. Tous deux ont été retranscrits dans la loi, de sorte qu'une sanction identique devrait être envisagée, sachant que dans l'un et l'autre cas, le licenciement intervient en représailles[822]. Selon cet auteur, la protection contre le licenciement antisyndical vise le même but que l'art. 10 LEg, à savoir :

> « permettre aux travailleurs d'exercer leurs droits fondamentaux (liberté syndicale) sur leur lieu de travail et non pas uniquement une fois les rapports de travail achevés »[823].

---

817 *Ibid.*, FF 2011 6192.

818 *Ibid.*, FF 2011 6192.

819 ZEIN, p. 43

820 SCHWAAB, Licenciement, p. 39.

821 SCHWAAB, Protection, p. 157.

822 SCHWAAB, Protection, p. 157.

823 SCHWAAB, Protection, p. 157.

De lege ferenda, aucun principe juridique ne nous semble s'opposer à ce que le législateur consacre dans le Code des obligations la possibilité d'annuler le congé notifié à un représentant des travailleurs et à ordonner la réintégration de celui-ci. Il n'existe toutefois pas de volonté politique en ce sens. En effet, bien que le Conseil fédéral se soit montré enclin à réexaminer la sanction actuellement en vigueur en matière de licenciement antisyndical, il refuse cependant de renoncer au principe de l'indemnisation et, partant, d'admettre la nullité ou l'annulabilité du congé antisyndical, considérant que la liberté contractuelle constitue le principe cardinal du droit privé du travail, et l'annulabilité du congé l'exception[824].

Le rapport explicatif du Conseil fédéral relatif à l'avant-projet de révision partielle du Code des obligations (protection en cas de signalement de faits répréhensibles par le travailleur)[825] précise que l'annulation du congé constitue un cas exceptionnel en droit du travail, en sorte que son introduction dans le droit privé doit répondre à des raisons impérieuses. Or, ledit rapport mentionne que la sanction (indemnité) prévue dans le droit en vigueur serait adéquate en raison de sa double fonction punitive et réparatrice. L'art. 10 LEg découlerait quant à lui de la volonté législative claire de faire appliquer le principe constitutionnel de l'égalité entre femmes et hommes dans la relation de travail.

De lege ferenda, encore, rien ne semble empêcher le législateur d'élargir le pouvoir des partenaires sociaux en leur permettant de prévoir conventionnellement la possibilité pour le juge d'annuler le congé dans certaines circonstances et d'ordonner la réintégration.Une telle solution impliquerait une modification de l'article 361 CO, plus précisément, de renoncer au caractère absolument impératif des articles 336 al. 1 CO et 336a CO.

Une autre question est de déterminer s'il est possible, *de lege lata*, de consacrer conventionnellement la nullité/annulation du congé et la réintégration.

Quelques auteurs, minoritaires, estiment que, s'agissant des cas prévus à l'art. 336 al. 2 CO (disposition relativement impérative), il est possible de prévoir la nullité du licenciement. Ces auteurs relèvent cependant que les « parties ne sauraient […] exclure de manière générale et sans fondement la possibilité de licencier ni renoncer à l'avance à la protection contre les licenciements abusifs »[826]. CHRISTIAN BRUCHEZ a récemment repris cette idée en estimant qu'il était possible de prévoir conventionnellement l'annulation des licenciements abusifs[827]. Ces auteurs ont pu trouver un appui de marque auprès du Tribunal fédéral. Nous l'avons vu, l'arrêt récent portant sur la Convention collective cadre genevoise du commerce de détail paraît ouvrir des perspectives en ce sens puisque notre Haute juridiction a laissé entendre, *a contrario*, que les parties auraient pu prévoir une « sanction spéciale »[828].

Il nous semble cependant que la réintégration est un mécanisme qui s'intègre ou s'intégrerait assez difficilement aux principes qui régissent le droit privé suisse du travail. D'ailleurs, l'art. 10 LEg, bien qu'entré en vigueur depuis le 1er juillet 1996, n'a

---

824 ZEIN, pp. 43-44.

825 Conseil fédéral, Révision partielle du code des obligations (protection en cas de signalement de faits répréhensibles par le travailleur) – Rapport explicatif relatif à l'avant-projet, 2009, p. 18, disponible sur le site : https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/whistleblowing.html (consulté le 15.12.2014).

826 BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 13 *ad* art. 336 CO, p. 257.

827 BRUCHEZ, Commentaire, N 12 *ad* art. 358 CO, pp. 1235s.

828 TF 4A_316/2012, du 1er novembre 2012, c. 2.2.

pratiquement jamais donné lieu à une réintégration effective[829]. Il conviendrait certes d'étudier les raisons d'un tel constat. On peut en effet se demander si l'absence d'effets réels de la réintégration prévue par la LEg tient au fait que cette institution est jugée inefficace par les intéressés eux-mêmes ou si, au contraire, le simple fait qu'elle existe suffit à lui conférer un effet préventif, en ce sens qu'il n'y a pas ou peu de congé-représailles.

Selon la conception du droit suisse, les dispositions sur le congé abusif ne remettent pas en cause le principe de la liberté fondamentale pour chacune des parties de mettre fin unilatéralement au contrat de travail[830]. Le congé, même abusif, reste valable. Comme le relevait récemment le Conseil fédéral, le « choix de l'indemnité comme sanction d'un congé abusif ou injustifié répond à une décision de principe du législateur. Celle-ci consiste à respecter la volonté de la partie qui résilie le contrat dans tous les cas. Le caractère personnel de la relation de travail et la difficulté de maintenir les rapports de travail lorsque cette relation devient conflictuelle parlent en faveur de ce choix »[831].

Une clause dérogatoire qui remplacerait l'indemnité prévue à l'art. 336a CO par une annulation du congé et la réintégration dans l'entreprise serait ainsi en contradiction avec le principe de la liberté de résilier, garanti à l'art. 335 CO. De surcroît, elle n'entrerait pas dans les clauses permettant de déroger valablement à une disposition absolument impérative puisqu'elle serait favorable aux travailleurs, mais non aux employeurs dans la même mesure. En conclusion, même s'il s'agit d'une question d'appréciation, il nous semble que seul le législateur ou le constituant pourrait valablement initier une telle réforme, soit par une modification du droit de fond (possibilité conférée au juge d'annuler le congé), soit par une modification du régime légal sur les dispositions absolument impératives (en autorisant les partenaires sociaux à prévoir des solutions qui dérogent aux articles 336 ss CO)[832].

6. Conclusions intermédiaires

395. En droit privé, les représentants des travailleurs (au sens large) sont généralement soumis aux mêmes règles légales et bénéficient des mêmes protections que l'ensemble des travailleurs. Le législateur a toutefois traité de manière spécifique les représentants des travailleurs dans deux cas que l'on trouve à l'article 12 LParticipation et à l'article 336 CO et qui visent à assurer une certaine protection contre les licenciements jugés abusifs. Le droit suisse privilégie cependant la liberté de licencier dans le sens qu'un congé abusif est considéré comme valable et ne donne lieu qu'à une condamnation pécuniaire de l'employeur.

396. L'article 12 LParticipation entend protéger les représentants des travailleurs, pendant ou après leur mandat, en raison de leur activité, étant entendu que cette protection est étendue aux personnes se portant candidates à l'élection dans une représentation des travailleurs. En pratique, seul le congé abusif de ces personnes est sanctionné, selon les modalités prévues dans le Code des obligations à l'article 336a CO.

---

829 Conseil fédéral, Révision partielle du code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié) – Rapport explicatif relatif à l'avant-projet, septembre 2010, pp. 14 s.

830 ATF 132 III 115, c. 2.1, JdT 2006 I 152.

831 Conseil fédéral, Révision partielle du code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié) – Rapport explicatif relatif à l'avant-projet, septembre 2010, p. 14.

832 Voir aussi AUBERT G., Droit collectif, p. 160 ; DORMANN, pp. 1078 s. ; SCHWAAB, Protection, pp. 158 s.

397. L'article 336 alinéa 2 CO prévoit deux cas de figure qui visent à protéger les représentants des travailleurs au sens large. Il sanctionne en effet les congés notifiés à un travailleur en raison de son appartenance ou de sa non-appartenance à une organisation syndicale ou en raison de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale (lettre a), ainsi qu'à un travailleur, représentant élu des travailleurs (lettre b). Dans ce dernier cas, la protection est plus étendue, car l'abus est présumé. Il revient ainsi à l'employeur de prouver qu'il avait un motif justifié de résiliation. Ces protections sont toutefois limitées. S'agissant de l'activité syndicale, elle n'est protégée que si son exercice est conforme au droit, ce qui n'est pas sans poser des problèmes de sécurité juridique puisque les limites d'une activité conforme au droit sont encore mal définies. Par ailleurs, la présomption d'abus qui bénéficie aux reprédentants élus peut être facilement renversée par l'employeur, qui est habilité, à teneur de la jurisprudence, à invoquer des motifs purement économiques. Enfin, comme déjà relevé à plusieurs reprises, la sanction d'un congé abusif est limitée à la condamnation de l'employeur à payer une indemnité dont le montant ne peut excéder six mois du salaire du travailleur licencié. Il faut encore noter que si les représentants des travailleurs peuvent se prévaloir des dispositions spécifiques (art. 336 al. 2 let. a et b CO), la procédure à suivre (art. 336b CO) et la sanction (art. 336a CO) sont exactement les mêmes que pour tous les autres cas de congés abusifs dont peuvent se prévaloir l'ensemble des travailleurs.

398. D'un point de vue théorique, la possibilité de sanctionner un congé abusif par la constatation de sa nullité et la condamnation de l'employeur d'accepter la réintégration de l'employé constituerait à l'évidence une meilleure protection des représentants des travailleurs. Il nous semble cependant que la réintégration est un mécanisme qui s'intègre ou s'intégrerait assez difficilement aux principes qui régissent le droit privé suisse du travail. D'ailleurs, l'art. 10 LEg, bien qu'entré en vigueur depuis le 1er juillet 1996, n'a pratiquement jamais donné lieu à une réintégration effective. Rien n'empêche toutefois le législateur de prévoir une telle protection pour les représentants élus des travailleurs.

D. Synthèse et conclusions intermédiaires sur le droit national de la protection des représentants des travailleurs

399. Les représentants des travailleurs (au sens large) peuvent se prévaloir, comme tous les travailleurs, de la liberté syndicale garantie par l'article 28 Cst. La liberté syndicale se présente comme un cas particulier de la liberté d'association garantie par l'art. 23 Cst. Elle offre des garanties en ce qui concerne les relations collectives de travail. Comme tout droit fondamental, la liberté syndicale suppose en premier lieu un droit pour l'Etat de s'abstenir, même si une partie croissante de la doctrine et certaines jurisprudences récentes admettent l'existence d'une obligation positive, pour l'Etat, de donner effet aux droits fondamentaux, y compris dans les relations entre particuliers. Sous son intitulé « Liberté syndicale », l'art. 28 Cst. traite aussi bien de la liberté syndicale individuelle que de la liberté syndicale collective.

400. En vertu de l'alinéa 1 de l'art. 28 Cst., la liberté syndicale individuelle protège le droit des travailleurs et des employeurs de créer librement des organisations défendant leurs intérêts et d'adhérer librement à de telles organisations. Est protégée également la participation aux activités des organisations de travailleurs et d'employeurs. Ces aspects reflètent la liberté syndicale positive. La liberté syndicale négative protège le droit de ne pas adhérer à une telle organisation ou d'en sortir.

401. La liberté syndicale collective garantit à toute organisation de travailleurs et d'employeurs le droit « d'exister et d'agir en tant que tel, c'est-à-dire de défendre les intérêts de ses membres ». Le but que ces organisations peuvent poursuivre est défini de manière très large, en ce sens que l'art. 28 al. 1 Cst. parle simplement de « défense des intérêts ». La liberté syndicale collective implique que les organisations de travailleurs et d'employeurs ont le droit d'exercer librement leurs activités et de se fédérer. Elle implique également le droit pour les syndicats de participer à des négociations collectives et de conclure des conventions collectives.

402. La protection de la liberté syndicale est toutefois doublement limitée. Premièrement, Il est aujourd'hui généralement admis que les droits fondamentaux n'ont en principe – et sauf exception – pas d'effet horizontal direct. Ils ne peuvent donc pas être invoqués directement entre les particuliers, c'est-à-dire par un particulier à l'encontre d'un autre particulier. Deuxièmement, la liberté syndicale des travailleurs ou de leurs associations entre en concurrence avec d'autres libertés dont peut se prévaloir l'employeur, en particulier la liberté économique, protégée par l'article 27 de la Constitution. Il existe par voie de conséquence un « conflit de droits fondamentaux » qui doit être tranché par le juge de cas en cas par une pesée des intérêts en présence et l'application de la loi. Le législateur a en effet la possibilité de concrétiser les libertés définies dans la Constitution et de trancher lui-même, dans la loi, les conflits de droits fondamentaux, en procédant à la pesée des intérêts et à la recherche ou à l'établissement du juste équilibre nécessaire. C'est ce que le législateur suisse a notamment fait aux articles 12 LParticipation et 336 CO.

403. Le législateur a en effet adopté quelques règles spécifiques qui concernent les représentants des travailleurs et qui visent en particulier à assurer la sanction d'un licenciement abusif dont ceux-ci seraient les victimes (art. 12 LParticipation et 336 CO). La procédure à suivre (art. 336b CO) et la sanction du congé abusif (art. 336a) sont toutefois les mêmes que dans tous les autres cas de congé abusif, c'es-à-dire une indemnité maximale de six mois de salaire. La seule protection supplémentaire se trouve à l'article 336 al. 2 let. b CO : le licenciement d'un représentant élu des travailleurs, pendant son mandat, est présumé abusif, à moins que l'employeur ne prouve qu'il avait un motif justifié de résiliation. En pratique, la preuve de l'existence d'un motif justifié est assez facile à apporter puisque, à teneur de la jurisprudence, l'employeur peut se prévaloir autant de motifs inhérents à la personne du travailleur que de motifs d'ordre économique.

V. Synthèse générale et pistes de réflexion

A. Introduction

404. Conformément au mandat qui nous a été confié, nous avons approfondi dans cette étude la question principale qui nous était posée : situer la protection des représentants des travailleurs dans le contexte de la liberté syndicale et du partenariat social en Suisse ou, plus précisément, déterminer quelle est la protection accordée aux représentants des travailleurs en Suisse et quelle évaluation peut-on en faire au vu de l'interaction entre les trois domaines suivants : droits fondamentaux, rapports collectifs de travail et rapports individuels de travail.

405. A titre de synthèse générale, nous souhaitons apporter ici une réponse succincte aux cinq sous-questions développant la question principale qui nous ont été posées. Il s'agira notamment de reprendre les synthèses intermédiaires effectuées dans l'étude (lettre B). Enfin, comme cela est suggéré dans le mandat à la fin de la sous-question n° 5, nous terminerons en évoquant quelques pistes de réflexion possibles pour la discussion (lettre C).

B. Réponses aux cinq questions développant la question générale

1. Question 1

Quelles garanties offrent le droit international et le droit constitutionnel suisse quant à l'organisation collective des rapports de travail? Quels mécanismes et moyens d'action collectifs sont garantis (organisation collective des travailleurs, négociation collective, droit de grève et moyens de combat)? Quelle protection est demandée pour que ces mécanismes et moyens d'action collectifs puissent fonctionner?

En droit international, l'accent sera mis sur les conventions 87 et 98 de l'OIT. Une étude générale de tous les textes internationaux (Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), Pactes de l'ONU, Charte sociale européenne notamment) n'est pas demandée. Un apport particulier de ces textes pourra par contre être relevé.

Garanties offertes par le droit international

406. S'agissant, tout d'abord, des garanties offertes par le droit international, l'on peut de façon très générale relever que selon les Conventions OIT n^{os} 87 et 98 et la pratique du Comité de la liberté syndicale, la liberté syndicale, le droit de négociation collective et le droit de grève sont essentiels au bon fonctionnement du système des relations collectives de travail. En d'autres termes, ces droits se trouvent au cœur du droit international du travail. L'on doit noter également que la CEDH (art. 53) ainsi que les Pactes I et II de l'ONU (art. 5 ch. 2) n'ont de signification autonome que dans la mesure où l'étendue des protections qu'ils offrent dépasse celle de l'ordre juridique national, en l'occurrence suisse. Dans ce sens, les garanties minimales en matière de liberté syndicale de l'art. 11 CEDH et de l'art. 22 du Pacte II n'ont pas eu, jusqu'ici, une influence significative sur le droit suisse. Par contre, les garanties, plus larges, détaillées et précises, découlant des Conventions OIT n^{os} 87 et 98 et de l'art. 8 du Pacte I ont influencé et influencent toujours le droit suisse.

Il est possible aussi de constater que l'influence du droit international sur le droit suisse s'exerce ainsi principalement – ce qui peut paraître paradoxal – par l'intermédiaire de dispositions internationales – conventions OIT et normes du Pacte I – qui ne sont pour l'essentiel pas directement applicables, ou dont le caractère *self executing* est généralement nié ou pour le moins contesté ou controversé dans notre pays, et qui n'ont pas nécessairement force contraignante, comme c'est le cas de la pratique du Comité de la liberté syndicale de l'OIT, qu'un avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 8 mars 2006 a qualifiée de non contraignante. A l'inverse, les sources internationales directement applicables et contraignantes – comme l'art. 22 du Pacte II et l'art. 11 CEDH – n'ont pas eu, du moins jusqu'ici, une incidence concrète très importante sur le droit suisse (mais cela pourrait changer selon l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne, devant laquelle un cas est pendant qui pourrait avoir une incidence sur la situation en Suisse ; cf. plus bas).

407. La Convention n° 87 concernant la liberté syndicale et la protection syndicale garantit l'organisation collective des travailleurs en engageant les Etats signataires à protéger le droit syndical et à prendre toutes les mesures nécessaires et appropriées en vue d'assurer aux travailleurs et employeurs le libre exercice de ce droit, que ce soit par le droit à la création d'organisations et le droit à l'adhésion à des organisations existantes (art. 2), ainsi que par le droit de déterminer leur fonctionnement, de tenir des élections libres en vue d'élire leurs représentants ou d'organiser librement leur propre gestion et de définir librement leur activité et la formulation de leur programme (art. 3 ch. 1). La Convention n° 98, quant à elle, protège également la liberté syndicale collective contre les agissements de l'employeur. Ces deux conventions, qui ont fait l'objet d'une abondante jurisprudence de la part du Comité de la liberté syndicale, ne sont toutefois le plus souvent pas considérées comme directement applicables, et doivent être concrétisées par le législateur dans le droit interne. La liberté syndicale, dans le sens du droit de former des syndicats et de s'affilier à celui de son choix, est également protégée par les articles 8 ch. 1 du Pacte I, l'art. 22 ch. 1 du Pacte II et l'art. 11 CEDH, dispositions qui, elles, sont d'application directe, mais qui ne définissent pas de manière détaillée le contenu précis, les contours et les limites de ce droit.

408. L'art. 4 de la Convention n° 98 garantit et promeut la négociation collective dans le respect de l'autonomie des parties. Le droit à la négociation collective a été concrétisé par la pratique (conclusions et recommandations) du Comité de la liberté syndicale. Là encore, la Convention n'étant pas jugée directement applicable et les recommandations du Comité n'ayant pas force contraignante, il appartient au droit interne de reprendre et concrétiser ce droit. L'art. 11 CEDH, qui n'en traite pas explicitement, protège le droit à la négociation collective par le biais de la jurisprudence de la Cour, qui le considère comme l'un des moyens par lesquels les syndicats peuvent être en mesure de protéger les intérêts de leurs membres.

409. Ni la Convention n° 87 ni la Convention n° 98 ne mentionnent explicitement le droit de grève. Néanmoins, le Comité de la liberté syndicale considère depuis longtemps qu'un droit de grève découle de la Convention n° 87. Il a reconnu ce droit, ainsi que le souligne la doctrine, « comme un aspect essentiel de la liberté d'activité des syndicats et comme un instrument légitime de protection des intérêts économiques et sociaux des travailleurs », estimant que la Convention n° 87 « exige qu'au minimum, le droit de grève soit garanti au titre de droit collectif des syndicats ». L'étendue de la garantie du droit de grève accordé par la Convention n° 87 est vaste, en raison notamment de la formulation très large de l'art. 10, qui vise la promotion et la défense des intérêts des travailleurs. La pratique du Comité admet toutefois que le droit interne puisse soumettre l'exercice du droit de grève à certaines conditions, telles que l'obligation de

recourir à des négociations ou des procédures de conciliation préalables. Bien que la CEDH ne garantisse pas explicitement le droit de grève en tant que tel, la Cour européenne l'a reconnu dans sa jurisprudence, indirectement et dans des circonstances spécifiques. Par ailleurs, il ressort de la jurisprudence du Comité de la liberté syndicale que le recours aux moyens de combat est garanti dans certaines limites. Sont exclus par exemple, les actions violentes ou les entraves à la liberté du travail par contrainte. La Cour européenne des droits de l'homme a quant à elle reconnu, dans sa jurisprudence, la possibilité d'autres mesures d'action collectives que le droit de grève.

410. Enfin, l'on peut retenir que la protection contre le licenciement antisyndical en tant que tel est garantie, mais par des dispositions qui ne sont généralement pas jugées directement applicables ou qui n'ont pas nécessairement force contraignante, comme c'est le cas de la pratique du Comité de la liberté syndicale de l'OIT. En effet, comme on l'a dit, la jurisprudence du Comité a été considérée comme non contraignante dans un avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 8 mars 2006. Toutefois, comme on l'a dit aussi, la situation pourrait changer suivant l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'art. 11 CEDH, jurisprudence qui tend – ainsi que le souligne la doctrine – à intégrer dans son examen d'autres normes internationales que la seule Convention européenne des droits de l'homme, même non ratifiées par les Etats parties à la Convention, ainsi que la pratique des organes de contrôle de ces normes. Même si la jurisprudence la plus récente de la Cour – notamment son arrêt *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. The United Kingdom*, du 8 avril 2014 – semble nuancer quelque peu ce propos, en reconnaissant aux Etats une certaine marge d'appréciation, dans la mesure en tous les cas où les ingérences ou les atteintes considérées n'affectent pas le cœur ou les éléments essentiels de la liberté d'association syndicale, il s'agira à cet égard de prêter une attention toute particulière aux exigences que la Cour développera dans l'affaire *Predescu c. Roumanie*, affaire actuellement pendante devant elle, et aux conséquences que le futur arrêt de la Cour pourrait avoir en droit suisse.

Garanties offertes par le droit constitutionnel

411. La Constitution fédérale garantit, au rang de droits fondamentaux, aussi bien la liberté syndicale (art. 28), avec les droits et éléments que celle-ci protège, que la liberté économique (art. 27), dans ses différentes composantes, notamment de la liberté contractuelle. L'analyse de ces deux libertés fondamentales, de leur contenu, de leur étendue et de leur portée, montre qu'elles peuvent parfois être antagonistes ou antinomiques, notamment en ce qui concerne les questions qui intéressent la présente étude.

412. Même si elle est garantie tant pour les travailleurs que pour les employeurs, ainsi que pour leurs organisations respectives, la liberté syndicale sert en général principalement à défendre les droits et intérêts des travailleurs (et de leurs syndicats), lesquels sont considérés comme la partie faible dans les rapports (individuels et collectifs) de travail. Au-delà des garanties prévues par la liberté syndicale, les droits et intérêts des employeurs sont, quant à eux, protégés surtout par la liberté économique (art. 27 Cst.) et, dans une certaine mesure aussi, par la garantie de la propriété (art. 26 Cst.). Du point de vue du droit constitutionnel, on peut ainsi affirmer que l'opposition ou la tension entre travailleurs et employeurs, et entre leurs organisations respectives, se reflète dans l'opposition ou la tension entre la liberté syndicale des travailleurs et des syndicats (art. 28 Cst.) et la liberté économique des employeurs (art. 27 Cst.).

413. Dans un tel cas de « conflit de droits fondamentaux », potentiellement antagonistes ou antinomiques, il s'agit d'appliquer les méthodes habituelles de résolution de ce type de conflit développées par la doctrine et la jurisprudence. Il convient ainsi de déterminer, en premier lieu, comme le dit le Tribunal fédéral, si le constituant ou le législateur n'ont pas « préalablement ou entièrement désamorcé » le conflit, « à travers une harmonisation normative des intérêts antagonistes ou par une hiérarchisation légale des valeurs dans un contexte déterminé ». En l'occurrence, la Constitution elle-même n'établit pas de hiérarchie entre les différents droits fondamentaux qu'elle garantit ; il est généralement admis en effet que les règles constitutionnelles sont coordonnées et non subordonnées entre elles. C'est dès lors au législateur (fédéral, en l'espèce) qu'il appartient de tenir compte de la liberté syndicale des travailleurs et des syndicats d'une part, et de la liberté économique des employeurs, d'autre part, et de procéder à la pesée des intérêts entre ces deux droits fondamentaux potentiellement antagonistes.

Si tel n'est pas le cas, il incombera alors, dans un second temps, à l'interprète – en principe c'est le rôle du juge – de chercher ou d'établir, toujours pour reprendre les termes du Tribunal fédéral, le « juste équilibre entre les différents principes constitutionnels et droits fondamentaux en jeu », c'est-à-dire de procéder lui-même à la pesée des intérêts, en se laissant « en règle générale guider par les principes ancrés à l'art. 36 Cst., en les adaptant le cas échéant aux besoins spécifiques qui découlent des conflits entre plusieurs libertés ou intérêts collectifs fondamentaux, et tout en faisant preuve d'une certaine retenue face à la pesée qu'aurait déjà opérée l'instance précédente ».

2. Question 2

Comment se présentent les rapports collectifs de travail en Suisse (partenariat social, modes d'action et de négociation collective) ? Quels mécanismes sont prévus dans la loi suisse et dans les conventions collectives de travail (CCT) et quels domaines couvrent-ils ? Des mécanismes ayant une importance significative sur le plan national ou régional existent-ils dans la pratique en dehors d'une base légale ou conventionnelle ? Quels sont les modes de représentation des travailleurs (représentation dans les commissions du personnel et dans d'autres instances dotées d'une représentation des travailleurs, représentation syndicale) prévus par la loi, par les CCT ou, le cas échéant, existant dans la pratique ? Quelle fonction ont ces différents modes de représentation du personnel dans les rapports collectifs de travail, quelle est leur place respective et comment s'articulent-ils les uns par rapport aux autres ? Le droit de grève et les autres moyens de combat pourront être abordés dans la mesure où ils permettent de mieux comprendre le rôle et la place donnée en Suisse à la représentation des travailleurs et aux mécanismes collectifs de dialogue, de participation et de négociation collective.

414. La notion de partenariat social représente de manière générale la discussion qui a lieu entre le monde patronal et le monde ouvrier s'agissant des conditions de travail. Elle donne une certaine liberté aux partenaires sociaux dans l'aménagement de leurs rapports collectifs et individuels et permet ainsi une autorégulation des conditions de travail par les acteurs économiques concernés. Elle permet d'éviter une réglementation étatique rigide, tout en limitant le déséquilibre économique existant dans les rapports entre l'employeur et le travailleur pris individuellement. La liberté contractuelle est sauvegardée, mais est transférée, pour les travailleurs du moins, à un niveau collectif.

La loi suisse prévoit différents mécanismes organisant le partenariat social. Il y a lieu de distinguer deux canaux principaux par lesquels les travailleurs peuvent faire valoir collectivement leurs intérêts : l'action syndicale et la participation des travailleurs.

La représentation syndicale se décline pour sa part en différentes sortes d'intervention des syndicats : les principales sont la négociation collective et l'implication des syndicats dans la surveillance du respect des normes protectrices des travailleurs.

415. La négociation collective repose essentiellement sur la conclusion de conventions collectives, que les organisations syndicales sont les seules à pouvoir conclure du côté des travailleurs.

Lorsque le syndicat remplit les conditions de représentativité et de loyauté, il peut revendiquer un certain droit à la négociation. Si l'employeur refuse d'entrer dans la négociation ou rejette les revendications syndicales, le syndicat est habilité à demander une conciliation, voire un arbitrage si celui-ci est prévu dans une convention collective de travail. En cas d'échec d'une telle procédure, il peut mettre en œuvre des moyens de combat collectif, en particulier une grève.

La loi ne définit pas la manière dont doivent se passer les négociations, chaque partenariat social peut donc avoir sa pratique. En revanche, le contenu d'une CCT est limité par la loi. La marge de négociation entre les partenaires sociaux est assez large et la loi interdit uniquement les clauses qui seraient contraires au droit. La CCT doit en particulier respecter la liberté syndicale négative des employeurs et travailleurs qui ne sont pas affiliés aux associations signataires (art. 356a CO). En outre, les clauses de la CCT ne peuvent être contraires au droit impératif (art. 358 CO).

La CCT peut régler certains aspects du partenariat social, dont par exemple la participation des travailleurs, l'accès des syndicats à l'entreprise ou la participation des travailleurs à des activités syndicales. Certaines CCT contiennent des règles sur la protection contre les congés, notamment contre les congés donnés aux représentants élus des travailleurs ou aux membres des syndicats.

416. La loi prévoit également un droit d'action ou de recours pour les syndicats s'agissant de procédures judiciaires ou administratives dans lesquelles il est utile de faire valoir les droits collectifs des travailleurs.

417. La participation des travailleurs a quant à elle pour but d'impliquer les travailleurs dans certaines décisions de l'entreprise pour lesquelles ils sont directement concernés. Les domaines visés par la loi sont notamment la protection de la santé et la prévention des accidents, l'aménagement des horaires de travail, les transferts et restructurations d'entreprise, les licenciements collectifs et la prévoyance professionnelle. Le principe veut que dans les entreprises comptant plus de 50 personnes, les travailleurs puissent exiger la mise en place d'une représentation, qui aura pour mandat de défendre leurs intérêts dans les procédures de participation. Selon les domaines, la participation est plus ou moins étendue. Il existe trois degrés de participation : l'information, la consultation et la codécision. L'information des travailleurs consiste à mettre les travailleurs au courant des décisions de l'employeur. La consultation implique que l'employeur recueille l'avis des travailleurs avant de prendre lui-même sa décision, parfois avec une obligation de motiver ses raisons de ne pas tenir compte des propositions des travailleurs. Dans les cas où un droit de codécision est octroyé aux travailleurs, ceux-ci participent à la prise de décision de l'employeur, soit en disposant d'un droit de veto, soit en ayant la faculté de faire trancher le désaccord par un tiers neutre, notamment un arbitre.

3. Question 3

Comment les garanties du droit international et constitutionnel et les mécanismes institutionnels régissant les rapports collectifs de travail s'inscrivent dans le droit du contrat individuel de travail et dans le régime général du droit des contrats ? Quel rôle joue la liberté économique de ce point de vue ? Quels sont les conflits ou contradictions et comment sont-ils résolus ?

Garanties de droit international

418. L'impact de la pratique du Comité de la liberté syndicale et de ses recommandations dans l'ordre juridique suisse est relatif, dans la mesure où les autorités fédérales – le Conseil fédéral –, ainsi que la doctrine, pour autant qu'elle se prononce, ne reconnaissent à cette pratique et à ces recommandations qu'une valeur de « simples » recommandations, adressées aux autorités nationales, mais dépourvues de force juridique contraignante. A cela s'ajoute le fait que les autorités fédérales, tant le Conseil fédéral que le Tribunal fédéral, sont plutôt réticentes à reconnaître – malgré certaines critiques en doctrine – un caractère directement applicable aux Conventions de l'OIT, que ce soit de manière générale ou pour certaines dispositions spécifiques en particulier. Il en résulte qu'il n'est aujourd'hui pratiquement pas possible pour les particuliers de saisir les juridictions suisses en se fondant sur ces conventions et d'invoquer la pratique du Comité de la liberté syndicale.

419. La Suisse a ratifié les Pactes I et II de l'ONU, mais n'a pas ratifié les protocoles facultatifs accompagnant chacun de ces Pactes et instituant des mécanismes de contrôle permettant aux particuliers d'introduire une requête individuelle concernant la violation d'un droit garanti par ces Pactes. Ainsi, la Suisse n'est soumise qu'à un contrôle par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, pour le Pacte I, et par le Comité des droits de l'homme, pour le Pacte II, qui passe par les rapports étatiques périodiques et les recommandations de ces comités. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels s'est prononcé en novembre 2010, suite au rapport périodique de 2008 présenté par la Suisse. Il a noté avec préoccupation que les syndicalistes licenciés en raison de leurs activités syndicales n'étaient pas suffisamment protégés en droit suisse. La procédure de contrôle des Pactes I et II n'a toutefois ni nature contentieuse, ni portée juridique contraignante ; son respect ne dépend que de l'engagement solennel des Etats à respecter les traités en cause. De plus, comme pour les Conventions de l'OIT, les autorités fédérales (Conseil fédéral et Tribunal fédéral) sont plutôt réticentes – avec les mêmes critiques de la doctrine et contrairement à la partique du Comité – à reconnaître un caractère directement applicable aux dispositions du Pacte I, à l'exception peut-être de l'art. 8 ch. 1 si l'on se réfère à la position du Tribunal fédéral et de la doctrine. En revanche, le Tribunal fédéral reconnaît pleinement, et de manière générale, le caractère directement applicable des dispositions du Pacte II et des droits que celui-ci protège, avis partagé par la doctrine, ce qui permet déjà d'affirmer que la liberté d'association de l'art. 22 Pacte II, qui comprend la liberté syndicale, est directement applicable devant les juridictions suisses.

420. La Convention européenne des droits de l'homme est certainement un instrument très important dans le cadre de la présente étude, dans la mesure où ses dispositions sont directement applicables en Suisse et où, à la différence des autres instruments internationaux examinés, les droits qu'elle garantit sont doublement protégés, tant au niveau interne, par les tribunaux nationaux, qu'au niveau international, par la possibilité de saisine individuelle d'une instance juridictionnelle internationale dont la

jurisprudence a force obligatoire, la Cour européenne des droits de l'homme. Par ce biais, et compte tenu de la jurisprudence dynamique et évolutive de la Cour, notamment en ce qui concerne l'art. 11 CEDH, qui garantit la liberté syndicale en tant qu'élément de la liberté plus générale d'association, il apparaît que la Convention permet une forme d'« intégration » des diverses sources du droit international, dans la mesure où la Cour ne se limite pas à une interprétation stricte des articles de la seule Convention, mais qu'elle se réfère également à d'autres normes découlant des autres instruments internationaux ratifiés par les Etats parties au litige, sans se limiter uniquement aux conventions ratifiées par tous les Etats parties à la Convention. De ce fait, par le biais de l'effet indirect des arrêts de la Cour européenne, tous les Etats parties à la Convention pourraient se voir appliquer la jurisprudence en question, intégrant des sources internationales qu'ils n'auraient pas eux-mêmes ratifiées. Il en découle selon la doctrine une sorte de « constitutionalisation » des droits sociaux qui a pour effet de maintenir les Etats parties à la Convention à un même niveau d'exigence. Cela signifie pour la Suisse qu'elle pourrait se voir condamner pour violation de la CEDH sur la base d'une jurisprudence évolutive et basée sur des conventions, protocoles ou recommandations que le législateur national et/ou les juridictions internes n'ont pas intégré dans l'ordre juridique interne, soit parce que le Parlement n'a pas ratifié ces instruments, soit parce que la jurisprudence ne leur a pas reconnu un caractère *self excuting*. Comme déjà indiqué plus haut, la jurisprudence la plus récente de la Cour – notamment son arrêt *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. The United Kingdom*, du 8 avril 2014 – incite à nuancer quelque peu ce propos, dans la mesure où elle reconnaît aux Etats une certaine marge d'appréciation, au moins lorsque les ingérences ou les atteintes considérées n'affectent pas le cœur ou les éléments essentiels de la liberté syndicale. Il conviendra cependant de prêter une attention particulière aux exigences que la Cour développera dans l'affaire *Predescu c. Roumanie*, affaire actuellement pendante devant elle, et qui pourrait avoir certaines conséquences en droit suisse.

Garanties du droit constitutionnel

421. Il appartient au législateur (fédéral, en l'occurrence) de tenir compte de la liberté syndicale des travailleurs et des syndicats d'une part, et de la liberté économique des employeurs, d'autre part, et de procéder à la pesée des intérêts entre ces deux droits fondamentaux potentiellement antagonistes. La Constitution donne au législateur fédéral le mandat, notamment par les articles 35, 110 et 122, de concrétiser et trancher cette tension de droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers par la voie de la législation ordinaire. Cette concrétisation et cette pesée des intérêts doivent bien évidemment tenir compte des droits fondamentaux en cause (art. 27 et 28 Cst.), mais également des obligations internationales qui découlent de la ratification par la Suisse des instruments internationaux examinés, notamment des Conventions n^{os} 87 et 98 de l'OIT, des Pactes I et II de l'ONU et de la Convention européenne des droits de l'homme, traités internationaux qui, qu'ils soient ou non directement applicables, lient aussi bien le législateur que le juge et les autres autorités d'application (art. 190 Cst.).

422. Il découle donc de l'effet horizontal indirect des droits fondamentaux concernés en l'espèce (liberté syndicale et liberté économique) qu'il appartient en priorité et principalement au législateur de trancher les conflits entre ces droits fondamentaux dans les relations entre les particuliers, en l'occurrence entre les travailleurs et les employeurs, ainsi qu'entre leurs organisations respectives. Or, la concrétisation de la pesée des intérêts entre la liberté syndicale et la liberté économique par la voie de la législation ordinaire se retrouve aujourd'hui principalement dans les dispositions pertinentes du Code des obligations. C'est précisément cette « résolution de conflit »

entre deux droits fondamentaux qui influence plus spécifiquement la portée du droit du contrat individuel de travail et qui explique le statut spécial de ce droit dans le régime général du droit des contrats. En d'autres termes, l'on pourrait affirmer que la protection accordée aux travailleurs syndiqués et aux représentants élus des travailleurs par le Code des obligations (art. 336 al. 2 let. a et b CO) constitue déjà, en soi, un compromis instauré par le législateur fédéral, fondé sur l'effet horizontal indirect à la fois de la liberté syndicale et de la liberté économique.

4. Question 4

Comment est-ce que la protection des représentants des travailleurs telle que prévue dans le droit suisse et dans les CCT permet-elle de concilier les points d'opposition entre droit du contrat individuel de travail, rapports collectifs de travail et garanties du droit international et constitutionnel ?

La protection prise en compte peut comprendre, outre la protection contre le congé, la protection contre des conséquences ou mesures négatives découlant de l'exercice de la fonction de représentant des travailleurs. La plainte de l'USS porte sur la sanction du licenciement antisyndical. Même s'il s'agit du point de départ de l'étude, les conditions auxquelles le licenciement d'un représentant des travailleurs est illicite seront également abordées. Concernant la protection contre les congés, la nullité respectivement l'annulabilité du congé et leurs conséquences possibles seront abordées, en particulier la possibilité de réintégrer le travailleur à son poste ou à un autre poste de travail. L'accent sera mis à cet égard sur la portée pratique et l'effectivité d'une telle protection. L'application de l'art. 10 LEg sera en particulier à considérer dans ce contexte : état actuel (en particulier, fréquence à laquelle la disposition est invoquée, prononcé et mise en œuvre de la réintégration), difficultés d'application, causes établies ou possibles de telles difficultés.

423. Le droit privé suisse du travail peut être considéré, en comparaison internationale, comme un droit libéral. Il repose notamment sur le principe de la liberté contractuelle, et en particulier la liberté de résilier le contrat de travail. En droit suisse, la liberté de résilier prévaut, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier. Le droit de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est toutefois limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO).

424. En droit privé, les représentants des travailleurs (au sens large) sont généralement soumis aux mêmes règles légales et bénéficient des mêmes protections que l'ensemble des travailleurs. Le législateur a toutefois traité de manière spécifique les représentants des travailleurs dans deux cas que l'on trouve à l'article 12 LParticipation et à l'article 336 CO et qui visent à assurer une certaine protection contre les licenciements jugés abusifs. Le droit suisse privilégie cependant la liberté de licencier dans le sens qu'un congé abusif est considéré comme valable et ne donne lieu qu'à une condamnation pécuniaire de l'employeur.

425. L'article 12 LParticipation entend protéger les représentants des travailleurs, pendant ou après leur mandat, en raison de leur activité, étant entendu que cette protection est étendue aux personnes se portant candidates à l'élection dans une représentation des travailleurs. En pratique, seul le congé abusif de ces personnes est sanctionné, selon les modalités prévues dans le Code des obligations à l'article 336a CO.

426. L'article 336 alinéa 2 CO prévoit deux cas de figure qui visent à protéger les représentants des travailleurs au sens large. Il sanctionne en effet les congés notifiés à un travailleur en raison de son appartenance ou de sa non-appartenance à une organisation syndicale ou en raison de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale (lettre a), ainsi qu'à un travailleur, représentant élu des travailleurs (lettre b). Dans ce dernier cas, la protection est plus étendue, car l'abus est présumé. Il revient ainsi à l'employeur de prouver qu'il avait un motif justifié de résiliation. Ces protections sont toutefois limitées. S'agissant de l'activité syndicale, elle n'est protégée que si son exercice est conforme au droit, ce qui n'est pas sans poser des problèmes de sécurité juridique puisque les limites d'une activité conforme au droit sont encore mal définies. Par ailleurs, la présomption d'abus qui bénéficie aux représentants élus peut être facilement renversée par l'employeur, qui est habilité, à teneur de la jurisprudence, à invoquer des motifs purement économiques. Enfin, la sanction d'un congé abusif est limitée à la condamnation de l'employeur à payer une indemnité dont le montant ne peut excéder six mois du salaire du travailleur licencié. Il faut encore noter que si les représentants des travailleurs peuvent se prévaloir des dispositions spécifiques (art. 336 al. 2 let. a et let b CO), la procédure à suivre (art. 336b CO) et la sanction (art. 336a CO) sont exactement les mêmes que pour tous les autres cas de congés abusifs dont peuvent se prévaloir l'ensemble des travailleurs.

427. En pratique, les conventions collectives de travail contiennent souvent des règles sur la protection contre les congés qui dérogent au régime légal, soit pour l'ensemble des travailleurs soumis à leur champ d'application, soit uniquement pour les représentants du personnel ou pour les représentations syndicaux. Le régime juridique et la licéité de telles solutions conventionnelles semble toutefois problématique au vu du caractère absolument impératif (cf. art. 361 CO) de certaines règles relatives à la protection contre le licenciement abusif (art. 336 al. 1 et 336a CO).

428. D'un point de vue théorique, la possibilité de sanctionner un congé abusif par la constatation de sa nullité et la condamnation de l'employeur d'accepter la réintégration de l'employé constituerait à l'évidence une meilleure protection des représentants des travailleurs. Il nous semble cependant que la réintégration est un mécanisme qui s'intègre ou s'intégrerait assez difficilement aux principes qui régissent le droit privé suisse du travail. D'ailleurs, l'art. 10 LEg, bien qu'entré en vigueur depuis le 1er juillet 1996, n'a pratiquement jamais donné lieu à une réintégration effective. Rien n'empêche toutefois le législateur de prévoir une telle protection pour les représentants élus des travailleurs.

5. Question 5

Comment peut-on évaluer la protection des représentants du personnel sur la base des résultats du chiffre 4 ? Quels équilibres ont été trouvés et comment peut-on les caractériser ? Conformément au but de l'étude décrit ci-dessus et comme mentionné au niveau de la question principale, un regard critique sur l'état actuel du droit suisse est demandé, afin d'avoir une base de discussion qui serve à trouver une solution acceptable par les partenaires sociaux. Un constat de lacunes, une évaluation d'un éventuel besoin de légiférer ou des propositions de modifications législatives ne sont pas requises.

429. Il résulte de ce qui précède que le droit suisse accorde une protection *ad minima* contre le congé (abusif) à l'ensemble des employés et aux représentants des travailleurs en particulier. Cette conclusion paraît évidente lorsque l'on compare le droit suisse aux droits de différents pays européens. L'étude parallèle réalisée par l'Institut suisse de droit comparé sur sept pays européens (Allemagne, Autriche, France, Italie,

Royaume-Uni, Slovaquie et Suède) contient de précieuses indications à ce sujet (cf. avis de droit de l'ISDC du 31 octobre 2014).

430. Le degré de protection des représentants des travailleurs varie évidemment en fonction des pays considérés. Il ne s'agit pas ici de reprendre les développements contenus dans l'avis de droit de l'ISDC mais plutôt de mentionner quelques principes-clés généralement adoptés par les pays susmentionnés pour protéger les représentants des travailleurs contre les licenciements. Tout, d'abord, presque tous les pays connaissent le principe de l'autorisation préalable du licenciement qui doit impérativement être accordée par une autorité étatique ou non (tribunal, inspecteur du travail, représentation des travailleurs) pour que le licenciement entre en force. S'agissant du licenciement lui-même, il doit, dans la plupart des pays, être fondé sur un motif spécifique (faute grave, par exemple), sous peine de nullité. En effet, la sanction d'un congé abusif consiste dans la plupart des pays dans la nullité ou l'annulabilité du congé avec possibilité de réintégration. Le travailleur peut toutefois opter en lieu et place de la réintégration pour une ou plusieurs indemnité(s) suivant les cas, dont le maxumim peut s'élever suivant les pays à neuf, douze ou dix-huit mois de salaire. De plus, certains pays prévoient des sanctions pénales contre l'employeur qui n'a pas respecté les règles impératives du droit du travail.

431. Dans l'ordre juridique de notre pays, certaines des solutions existant dans les droits des Etats susmentionnés ont été concrétisées dans quelques secteurs ou branches par le biais des conventions collectives de travail (par exemple, obligation d'annonce préalable au licenciement). En revanche, aucune règle similaire n'existe dans la législation helvétique. Le législateur suisse a opté pour un régime libéral, qui peut aussi comporter certains avantages dans la régulation du marché du travail, et qu'il ne nous appartient pas de commenter ici. Le problème semble plutôt résider dans le fait que le régime de protection existant en droit suisse paraît ne pas être conforme aux engagements internationaux de notre pays (notamment, Convention de l'OIT n° 98). Comme nous l'avons vu, le Comité de la liberté syndicale, organe de l'OIT, a adressé des recommandations au Gouvernement suisse le priant notamment de prévoir la possibilité de réintégrer les représentants syndicaux victimes d'un licenciement antisyndical, à l'instar de la solution prévue dans la LEg. De même, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a aussi recommandé à la Suisse de modifier ses textes législatifs pour permettre la réintégration des syndicalistes licenciés arbitrairement. Enfin, la jurisprudence dynamique et évolutive de la Cour européenne des droits de l'homme, qui intègre les différentes sources du droit international, notamment dans le cadre de l'interprétation de l'art. 11 CEDH, lequel garantit la liberté syndicale en tant qu'élément de la liberté plus générale d'association, risque d'aboutir à moyen terme à une condamnation de la Suisse. Même si les divers instruments internationaux ne présentent pas toujours, si l'on excepte la CEDH, une grande effectivité ou force contraignante, ou du moins que leur justiciabilité dans l'ordre juridique suisse est sujette à controverse, il est probable qu'une forte pression sera exercée sur la Suisse de manière plus ou moins directe ces prochaines années afin qu'elle adapte son droit en matière de protection des représentants des travailleurs. C'est dans ce sens que nous terminerons notre étude par quelques pistes de réflexion pour la discussion.

C. Quelques pistes de réflexion

432. Des instances internationales qui considèrent que la Suisse ne respecte pas ses engagements internationaux en matière de protection des délégués syndicaux invitent

notre pays à intégrer dans son ordre juridique la possibilité d'annuler les licenciements antisyndicaux et d'ordonner la réintégration des travailleurs licenciés de manière illicite. Il s'agit d'une option à prendre en considération. Il est possible cependant – compte tenu de l'absence de consensus politique sur ce point – d'explorer d'autres pistes qui permettraient au droit suisse d'offrir une protection susceptible d'être considérée comme équivalente, tout en étant conforme aux grands principes sur lesquels se fonde le droit privé suisse du travail, et notamment le principe de la liberté de résilier. Nous évoquerons brièvement trois pistes qui rejoignent en grande partie les propositions qui étaient celles du Conseil fédéral dans son avant-projet de révision partielle du Code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié), mis en consultation le 1er octobre 2010[833] : l'uniformisation de la protection, le renforcement de la protection contre les licenciements et l'élargissement des pouvoirs des partenaires sociaux. Vu le contexte politique et la nature des débats intervenus ces dernières années au sein de la Commission tripartite pour les affaires de l'OIT, nous renonçons sciemment à suggérer des solutions plus novatrices qui ont été consacrées dans d'autres ordres juridiques (cf. étude de l'ISDC).

1. Uniformisation de la protection

Nous avons vu que dans la pratique, la notion de représentants des travailleurs était multiforme. Le Code des obligations distingue pourtant les représentants syndicaux (art. 336 al. 2 let. a CO) et les représentants élus des travailleurs (art. 336 al. 2 let. b CO).

La protection n'est cependant pas la même puisque seuls les représentants élus bénéficient de l'inversion du fardeau de la preuve. A défaut de justification fondée, il convient d'assimiler les deux catégories et de leur conférer les mêmes protections. Le renversement du fardeau de la preuve pourrait donc être étendu aux représentants syndicaux par une modification de l'article 336 al. 2 let. a CO.

2. Renforcement de la protection contre les licenciements

Dans tous les Etats étudiés par l'ISDC, la protection contre le licenciement en général et contre le licenciement des représentants des travailleurs en particulier est bien plus étendue qu'en droit suisse. Seuls des motifs spécifiques ou qualifiés peuvent être invoqués à l'appui du licenciement. Il existe par ailleurs souvent une procédure préalable de licenciement, la possibilité d'annuler le congé et de réintégrer le travailleur licencié ou encore de condamner l'employeur à payer une indemnité dont le montant est dans la plupart des cas égal ou supérieur à douze mois de salaire du travailleur.

En droit suisse, à teneur de l'article 336 al. 2 let. b CO, l'employeur est tenu de fonder le licenciement d'un représentant élu des travailleurs par un motif justifié. Le Tribunal fédéral a jugé que des motifs économiques peuvent être invoqués par l'employeur au titre de motif justifié pour licencier un représentant élu. Il en résulte un affaiblissement sensible de la protection légale. Dans l'un de ses projets, le Conseil fédéral avait prévu que seuls des motifs inhérents à la personne puissent être valablement invoqués pour licencier un représentant élu. Une telle solution, qui pourrait être consacrée pour tous les représentants des travailleurs au sens large, c'est-à-dire les représentants syndicaux et les représentants élus du personnel, serait de nature à améliorer la protection légale spécifique résultant de la présomption que le congé est abusif.

---

833 Conseil fédéral, Révision partielle du code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié) – Rapport explicatif relatif à l'avant-projet, septembre 2010, disponible sur le site : http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/whistleblowing.html (consulté le 15.12.2014).

L'un des reproches formulés à l'encontre du droit suisse consiste à affirmer que l'indemnité maximale de six mois de salaire en cas de congé abusif (cf. art. 336a CO) n'est pas suffisamment dissuasive. Le Conseil fédéral a proposé dans divers projets de la porter à douze mois de salaire, soit pour tous les travailleurs, soit pour les déclencheurs d'alerte (*whistleblower*). Un tel montant maximal, fixé par le juge selon son appréciation de l'ensemble des circonstances, permettrait certainement d'augmenter la fonction dissuasive de l'indemnité et par voie de conséquence d'améliorer la protection contre le licenciement. Le droit suisse serait alors susceptible d'être considéré comme conforme au droit international liant notre pays puisqu'il proposerait une alternative crédible, sous la forme d'une indemnisation adéquate, à la réintégration du travailleur licencié de manière abusive. Il nous paraît ainsi que cette question pourrait être à nouveau étudiée soit pour le régime commun applicable à l'ensemble des travailleurs, soit uniquement pour les représentants des travailleurs (représentants syndicaux et représentants élus). Il est aussi envisageable de prévoir un régime ou des solutions ponctuelles qui ne serai(en)t applicable(s) qu'à certaines catégories d'entreprises, par exemple celles qui emploient un nombre important de travailleurs ou qui atteignent un certain chiffre d'affaire annuel.

3. Elargissement des pouvoirs des partenaires sociaux

Le partenariat social et le droit collectif, en particulier le droit de négociation collective, constituent des fondements essentiels du droit suisse et du droit international du travail. A l'heure actuelle, le droit suisse encadre et limite toutefois fortement le droit de négociation en interdisant de déroger de manière conventionnelle, que ce soit en faveur de l'employeur ou en faveur du travailleur, aux dispositions considérées comme absolument impératives (cf. art. 358 et 361 CO). Certes, la pratique a pris quelque liberté, mais il existe aujourd'hui une grande insécurité juridique sur la question de savoir quelle est la marge d'autonomie des partenaires sociaux pour modifier le régime légal lorsqu'il s'agit de dispositions absolument impératives (cf. art. 361 CO). Il nous semble qu'il faudrait pallier ces incertitudes et examiner la possibilité de renforcer le partenariat social. Une des solutions, s'agissant de la protection contre le licenciement, consisterait à renoncer au caractère absolument impératif des articles 336 alinéa 1 et 336a CO.

Neuchâtel, le 14 août 2015

Jean-Philippe Dunand Pascal Mahon

Table des abréviations

a	ancien(ne), précise qu'il s'agit d'une version d'un texte de loi qui n'est plus en vigueur ou d'un article qui n'est plus en vigueur
ad	à
AG	Argovie
AI	Appenzell Rhodes-Intérieures
AIPT	Association intercantonale pour la protection des travailleurs
AJP	Aktuelle Juristische Praxis, Saint-Gall (= PJA)
al.	alinéa
ALCP	Accord entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, du 21 juin 1999 (RS 0.142.112.681)
AP	Avant-projet
ArbG	Arbeitsgericht (trad. Tribunal des prud'hommes)
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht, Berne
art.	article(s)
ASA	Association Suisse d'Assurances
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral (= BGE)
BK	Berner Kommentar
BL	Bâle-Campagne
c.	considérant(s)
CAJ-N	Commission des affaires juridiques du Conseil national
CAPH	Cour d'appel du Tribunal de Prud'hommes
CC	Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (RS 210)
CCT	Convention collective de travail
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
CEDS	Comité européen des droits sociaux
CE	Conseil des Etats
CF	Conseil fédéral
cf.	*conferre*
ch.	chiffre
CIJ	Cour internationale de Justice
CLS	Comité de la liberté syndicale
CN	Conseil national
CO	Code fédéral des obligations, du 30 mars 1911 (RS 220)

comp.	comparer
contra	d'un avis contraire
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CDSD	Comité des droits économiques, sociaux et culturels
CDH	Comité des droits de l'homme
CPC	Code de procédure civile, du 19 décembre 2008 (RS 272)
CSE	Charte sociale européenne
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (RS 101)
CTT	Contrat-type de travail
DEFR	Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche
DFJP	Département fédéral de justice et police
DTA	Droit du travail et assurance-chômage : bulletin de l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail, SECO (= ARV)
ECS	Revue de l'expert comptable suisse
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
FAO	Feuille d'avis officiel
FER	Fédération des Entreprises Romandes
FF	Feuille fédérale
FR	Fribourg
GE	Genève
GR	Grisons
i.f.	*in fine*
infra	plus bas
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération, Berne
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts, Berne
JdT	Journal des tribunaux, Lausanne
JDS	Juristes Démocrates de Suisse
JU	Jura
JU-TRAV	Recueil de jugements du droit du travail
KG	Kantonsgericht
LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents, du 20 mars 1981 (RS 832.20)
LCo	Loi fédérale sur la procédure de consultation, du 18 mars 2005 (RS 172.061)
LDét	Loi fédérale sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures

	d'accompagnement, du 8 octobre 1999 (Loi sur les travailleurs détachés ; RS 823.20)
LECCT	Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail, du 28 septembre 1956 (RS 221.215.311)
LEg	Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, du 24 mars 1995 (RS 151.1)
let.	lettre
LF	Loi fédérale
LFab	Loi fédérale sur le travail dans les fabriques, du 18 juin 1914 (RS 821.41)
LFus	Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, du 3 octobre 2003 (Loi sur la fusion ; RS 221.301)
LParticipation	Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises, du 17 décembre 1993 (Loi sur la participation ; RS 822.14)
LPD	Loi fédérale sur la protection des données, du 19 juin 1992 (RS 235.1)
LPers	Loi fédérale sur le personnel de la Confédération, du 24 mars 2000 (RS 172.220.1)
LPP	Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 25 juin 1982 (RS 831.40)
LSE	Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, du 6 octobre 1989 (RS 823.11)
LTN	Loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir, du 17 juin 2005 (Loi sur le travail au noir ; RS 822.41)
LTr	Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail) du 13 mars 1964 (RS 822.11)
LTrF	Loi fédérale concernant le travail dans les fabriques, du 23 mars 1877 (RS 821.41)
LU	Lucerne
n^o ou n^{os}	numéro ou numéro marginal (numéros marginaux) (s'agissant de la présente étude)
N	Note(s) marginale(s) (s'agissant de la littérature citée)
NE	Neuchâtel
NW	Nidwald
OCo	Ordonnance sur la procédure de consultation, du 17 août 2005 (RS 172.061.1)
Odét	Ordonnance sur les travailleurs détachés en Suisse, du 21 mai 2003 (RS 823.201)
OIT	Organisation internationale du travail
OLT 1	Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail, du 10 mai 2000 (RS 822.111)

OLT 2	Ordonnance 2 relative à la loi sur le travail, du 10 mai 2000 (RS 822.112)
OLT 3	Ordonnance 3 relative à la loi sur le travail, du 18 août 1993 (Hygiène ; RS 822.113)
OLT 4	Ordonnance 4 relative à la loi sur le travail, du 18 août 1993 (RS 822.114)
OLT 5	Ordonnance 5 relative à la loi sur le travail, du 28 septembre 2007 (RS 822.115)
ONU	Organisation des Nations Unies
OPA	Ordonnance sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles, du 19 décembre 1983 (ordonnance sur la prévention des accidents ; RS 832.30)
p.	page
P	projet
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative, du 20 décembre 1968 (RS 172.021)
PCS	Parti chrétien-social suisse
PDC	Parti démocrate-chrétien suisse
p. ex.	par exemple(s)
PJA	Pratique juridique actuelle (= AJP)
PLR	Parti libéral-radical suisse
PME	Petites et moyennes entreprises
pp.	pages
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal, Lausanne
RDS	Revue de droit suisse, Berne
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence, Fribourg
RJN	Revue neuchâteloise de jurisprudence, Peseux
RS	Recueil systématique des lois fédérales ou cantonales
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie
sec Suisse	Société des employés de commerce suisse
SJ	La Semaine Judiciaire, Genève
SO	Soleure
s. ou ss	et suivant(e)s
SSP-VPOD	Syndicat du service publique
supra	plus haut
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
TF [n° et date]	Arrêt non publié du Tribunal fédéral

TG	Thurgovie
TPH	Tribunal des prud'hommes
UPS	Union patronale suisse
USAM	Union suisse des arts et métiers
USP	Union suisse des paysans
USS	Union syndicale suisse
VS	Valais
ZK	Zürcher Kommentar
ZG	Zoug
ZH	Zurich
zhaw	Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften

Bibliographie

ACHERMANN ALBERTO/CARONI MARTINA/KÄLIN WALTER, Die Bedeutung des Uno-Paktes über bürgerliche und politische Rechte für das schweizerische Recht, *in* KÄLIN WALTER/GIORGIO MALINVERNI/MANFRED NOWAK, *Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte / La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme*, 2e éd., Bâle/Bruxelles 1997, pp. 155-232.

ANDERMATT ARTHUR, La liberté syndicale, *in* ANDERMATT ARTHUR et al., *Droit collectif du travail*, Berne 2010, pp. 1-52.

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Un droit social encadré, *in RDS* 1991 pp. 157-172.

AUBERT GABRIEL, Le droit de négocier et d'adhérer à une convention collective, *in Mélanges Robert Patry*, Lausanne 1988, pp. 21-39 (cité *Droit de négocier*).

AUBERT GABRIEL, Droit collectif et protection contre le licenciement, *in* DUC JEAN-LOUIS, *Nouvelles dispositions du Code des obligations en matière de résiliation du contrat de travail, la révision de la loi sur le travail*, Travaux de la Journée d'étude de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne du 6 avril 1989, Lausanne 1990, réédité *in Etudes de droit du travail*, Zurich 1995, pp. 141-161 (cité *Droit collectif*, la numérotation se référant à la réédition).

AUBERT GABRIEL, Commentaire de l'art. 10 LEg, *in* AUBERT/LEMPEN, *Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité*, Genève 2011 (cité *Commentaire*).

AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Licenciement abusif et jurisprudence récente, *in SJ* 2007 II 51-74 (cité *Licenciement abusif*).

AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Commentaire de l'art. 336c CO, *in* DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013 (cité *Commentaire*).

AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II : Les droits fondamentaux, 3e éd., Berne 2013.

AVYÜZEN DERYA, Die zwingenden Bestimmungen im Arbeitsvertragsrecht, *in ArbR* 2013, pp. 117.

BANK ISABELLE, Der besondere Kündigungsschutz in Gesamtarbeitsverträgen, Mémoire de Master de l'Université de Berne, sous la direction du prof. Roland Müller, Berne 2013.

BARONE ANNE-MARIE, Commentaire de l'art. 10 LEg, *in* BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH/KAUFMANN CLAUDIA, *Commentaire de la loi sur l'égalité*, Lausanne 2000.

BETTEX CHRISTIAN, Le whistleblowing, *in L'expert-comptable suisse*, ECS 6-7/2014, p. 492.

BIANCHI DORIS, L'art. 356a CO, *in* ANDERMATT ARTHUR et al., *Droit collectif du travail*, Berne 2010, pp. 199-263.

BOHNET FRANÇOIS/DIETSCHY PATRICIA, Commentaire des articles 361 et 362 CO, *in* DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013.

BOILLAT VALÉRIE et al., *La valeur du travail, Histoire et histoires des syndicats suisses*, Lausanne 2006.

BRONSTEIN ARTURO, *International and comparative labour law – Current challenges*, Palgrave Macmillan 2009.

BRUCHEZ CHRISTIAN, L'art. 356 CO, *in* ANDERMATT ARTHUR et al., *Droit collectif du travail*, Berne 2010, pp. 157-197 (cité *Article 356*).

BRUCHEZ CHRISTIAN, Commentaire des articles 335d, 335e, 335g, 356, 356a, 356c 356b, 357, 357b et 358 CO, *in* DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013 (cité *Commentaire*).

BRUCHEZ CHRISTIAN/DONATIELLO GIUSEPPE, Commentaire des articles 335f et 357a CO, *in* DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013.

BRUNNER CHRISTIANE/BÜHLER JEAN-MICHEL/ WAEBER JEAN-BERNARD et BRUCHEZ CHRISTIAN, *Commentaire du contrat de travail*, 3e éd. mise à jour et complétée (réimpression de l'éd. 2004), Lausanne 2010.

BRÜHWILER JÜRG, *Einzelarbeitsvertrag : Kommentar zu den Art. 319-343 OR*, Bâle 2014.

CARRUZZO PHILIPPE, *Le contrat individuel de travail – Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations*, Zurich/Bâle/Genève 2009.

CHATTON GREGOR T., Aspects de la justiciabilité des droits sociaux de l'Homme, Cinq variations autour d'un thème méconnu, Berne 2012 (cité *Justiciabilité*).

CHATTON GREGOR T., Vers une pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels, Genève, 2013 (cité *Reconnaissance*).

CHATTON GREGOR T., La Charte sociale européenne, *in* HERTIG RANDALL MAYA/HOTTELIER MICHEL (édit.), *Introduction aux droits de l'homme*, Zurich 2014, pp. 440-461 (cité *Charte sociale*).

CHENAUX JEAN-LUC/MARTIN FRANÇOISE, Commentaire des articles 333-333a CO, *in* DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013.

COMITÉ DE LA LIBERTÉ SYNDICALE, *La liberté syndicale – Recueil de décisions et de principes*, 5e édition, Genève 2006.

COMITÉ DE LA LIBERTÉ SYNDICALE, Rapport intérimaire, plainte contre le gouvernement de la Suisse présentée par l'Union syndicale suisse (USS), *in* Bureau international du travail, Rapport du comité de la liberté syndicale no 322, Bulletin officiel vol. LXXXVII, 2004, série B no 3, N 1260-1356, p. 399-421.

COMITÉ DE LA LIBERTÉ SYNDICALE, Rapport intérimaire, plainte contre le gouvernement de la Suisse présentée par l'Union syndicale suisse (USS), *in* Bureau international du

travail, Rapport du comité de la liberté syndicale n° 343, Bulletin officiel vol. LXXXIX, 2006, série B n° 3, N 1065-1148, pp. 295-318.

CRAVEN MATTHEW, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, A Perspective on its Development*, Oxford, 1995.

DAXELHOFFER HANS, *Untersuchungen zu den zweiseitig zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts (Art. 361 OR)*, Berne 1980.

DECAUX EMMANUEL, Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, *in* HERTIG RANDALL MAYA/HOTTELIER MICHEL (édit.), *Introduction aux droits de l'homme*, Zurich 2014, pp. 257-266.

DEGEN BERNARD, Les premiers pas du mouvement ouvrier, *in* BOILLAT VALÉRIE et al., *La valeur du travail*, Lausanne 2006, pp. 35-59.

DE VRIES REILINGH JEANINE, *L'application des Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme de 1966*, par les Cours constitutionnelles ou par les Cours suprêmes en Suisse, en Allemagne et au Canada, présentation des systèmes et comparaison, Bâle/Bruxelles 1998.

DIETSCHY PATRICIA, *Les conflits de travail en procédure civile suisse*, Bâle/Neuchâtel 2011.

DORMANN AGNES, Die Zulässigkeit und die Rechtsfolgen einer Kündigung bei einem Verstoss gegen Kündigungsbeschränkung, *in PJA* 2011, pp. 1047-1056.

DUNAND JEAN-PHILIPPE, Une indemnité d'un an de salaire vaut-elle mieux que réintégrer l'employé licencié abusivement ?, *in Plaidoyer* 2/2010, p. 34 (cité *Indemnité*).

DUNAND JEAN-PHILIPPE, Commentaire des articles 319, 321-321e, 328-328b, 336-336b CO, *in* DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013 (cité *Commentaire*).

DUNAND JEAN-PHILIPPE/DREYER KIM, Protection des travailleurs, *in* HERTIG RANDALL MAYA/HOTTELIER MICHEL (édit.), *Introduction aux droits de l'homme*, Zurich 2014, pp. 202-223.

DUNAND JEAN-PHILIPPE/TORNARE SANDRINE, « Personne de confiance » et prévention des conflits au travail – Perspectives ouvertes par l'arrêt du TF 2C_462/2011, *in Festschrift – Zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli*, Zurich/Saint-Gall 2014, pp. 151-176.

EGLI HANS-PETER, Der zeitliche Kündigungsschutz, *in ArbR* 1998, pp. 115-151.

EHRENZELLER BERNHARD/FURER HANS/GEISER THOMAS (édit.), *Die Mitwirkung in den Betrieben, Gerichtpraxis, Erfahrung und Sicht der Sozialpartner*, St-Gall 2009.

EWING K. D./HENDY JOHN, The Dramatic Implications of Demir and Baykara, March 2010, Vol. 39(1) Industrial Law Journal 1, pp. 2-51.

FAVRE CHRISTIAN/MUNOZ CHARLES/TOBLER ROLF A., *Le contrat de travail – code annoté*, 2e éd., Lausanne 2010.

FRITZ MAX, *Die neuen Kündigungsbestimmungen des Arbeitsvertragsrechtes*, Zurich 1988.

FROWEIN JOCHEN/PEUKERT WOLFGANG, *Europäische MenschenRechtsKonvention, EMRK-Kommentar*, 3e éd.,Kehl am Rhein 2009.

FRITZ MAX/SCHULER CARLA, *Die Mitwirkung im Arbeitsverhältnis*, 2e éd., Zurich 2013.

GABATHULER THOMAS, La participation des travailleurs, *in* ANDERMATT ARTHUR et al., *Droit collectif du travail*, Berne 2010, pp. 123-154.

GARRONE PIERRE, La liberté syndicale, *in* THÜRER/AUBERT/MÜLLER, *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, pp. 795-807.

GEISER THOMAS, Aktuelle Gesetzgebung, Gerichtspraxis und internationaler Kontext, *in* GEISER THOMAS/EHRENZELLER BERNHARD/FURER HANS (édit.), *Die Mitwirkung in den Betrieben – Gerichtspraxis, Erfahrungen und Sicht der Sozialpartner*, Referate der Tagung vom 20. April 2009 in Luzern, Band 69 der Schriftenreihe des IRP-HSG, St-Gall 2010, pp. 15-60.

GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 2e éd., Berne 2012.

GEISER THOMAS, Rechtsprechung zum Arbeitsrecht 2012, *in* PJA 2013, pp. 437 ss.

GLOOR WERNER, Commentaire des articles 337-337c CO, *in* DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013.

HERTIG RANDALL MAYA, Typologie des droits de l'homme, *in* HERTIG RANDALL MAYA/HOTTELIER MICHEL (édit.), *Introduction aux droits de l'homme*, Zurich 2014, pp. 39-54 (cité *Typologie*).

HERTIG RANDALL MAYA/HOTTELIER MICHEL (édit.), *Introduction aux droits de l'homme*, Zurich 2014.

HOTTELIER MICHEL, Droits fondamentaux, violation de domicile (art. 186 CP), droit de propriété et liberté syndicale : Tribunal fédéral, Cour de droit pénal, 24.9.2012 (6B_758/2011), V., W. et consorts c. Ministère public du canton de Genève, A.A. et B.A., *in PJA* 2013, pp. 450-457 (cité *PJA 2013*).

ILG VALO C., *Kommentar über das Bundesgesetz über die Information der Arbeitnehmer in den Betrieben*, Zurich 1999.

JAÏCO CARRANZA CARLOS/SÉBASTIEN MICOTTI, *Whistleblowing – Perspectives en droit suisse*, Genève 2014.

KÄLIN WALTER/GIORGIO MALINVERNI/MANFRED NOWAK, *Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte / La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme*, 2e éd., Bâle/Bruxelles 1997.

KÄLIN WALTER/JÖRG KÜNZLI, *Universeller Menschenrechtsschutz, Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene*, 3e éd., Bâle 2013 (cité *Universeller Menschenrechtsschutz*).

KÜNZLI JÖRG, *Zwischen Rigidität und Fexibilität : Der Verpflichtungsgrad internationaler Menschenrechte*, Berlin 2001.

KÜNZLI JÖRG/EUGSTER ANJA/SPRING ALEXANDER, *Die Anerkennung justiziabler Rechte im Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte durch das Bundes- und das kantonale Recht*, Berne 2012.

KÜNZLI JÖRG/KÄLIN WALTER, Die Bedeutung des Uno-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte für das schweizerische Recht, *in* KÄLIN WALTER/GIORGIO MALINVERNI/MANFRED NOWAK, *Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte / La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme*, 2e éd., Bâle/Bruxelles 1997, pp. 105-154.

KUSTER SUSANNE, Streik und Aussperrung aus verfassungs- und völkerrechtlicher Sicht, Art. 28 Abs. 2–4 BV als Teilgehalt des Rechts auf Streik und Aussperrung, *in Jusletter* du 7 mars 2005.

KUSTER ZÜRCHER SUSANNE, La liberté syndicale dans le contexte international, *in* ANDERMATT ARTHUR et al., *Droit collectif du travail*, Berne 2010, pp. 53-80.

LAMBERT ABDELGAWAD ELISABETH, La Convention européenne des droits de l'homme, Exécution des arrêts de la Cour européenne, *in* HERTIG RANDALL MAYA/HOTTELIER MICHEL (édit.), *Introduction aux droits de l'homme*, Zurich 2014, pp. 397-426.

LEMPEN KARINE, Commentaire de l'art. 3 LEg, *in* AUBERT/LEMPEN, *Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité*, Genève 2011 (cité *Commentaire*).

LEMPEN KARINE, Le point sur la loi fédérale sur l'égalité, *in RFJ* 2013, pp. 261 ss (cité *Le point*).

MAHON PASCAL, *Droit constitutionnel, Volume I : Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure*, Abrégés, 3e éd., Bâle/Neuchâtel 2014 (cité *Abrégé I*).

MAHON PASCAL, *Droit constitutionnel, Volume II : Droits fondamentaux*, Abrégés, 3e éd., Bâle/Neuchâtel 2015 (cité *Abrégé II*).

MAHON PASCAL, Commentaire des articles 8, 26, 27, 28, 35, 36, 110 Cst., *in* AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich 2003 (cité *Petit commentaire*).

MAHON PASCAL – JEANNERAT ELOI, Commentaire des articles. 359 à 360f CO, *in* DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013.

MALINVERNI GIORGIO, Les Pactes dans l'ordre juridique interne, *in* KÄLIN WALTER/GIORGIO MALINVERNI/MANFRED NOWAK, *Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte / La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme*, 2e éd., Bâle/Bruxelles 1997, pp. 71-104 (cité *Les Pactes*).

MALINVERNI GIORGIO, La Convention européenne des droits de l'homme, Droits garantis et mécanisme de mise en œuvre, *in* HERTIG RANDALL MAYA/HOTTELIER MICHEL (édit.), *Introduction aux droits de l'homme*, Zurich 2014, pp. 397-426 (cité *La Convention*).

MARTIN CÉLINE, *Grundrechtskollisionen*, Bâle, 2007.

MOESCH PASCAL, La protection internationale contre les mesures antisyndicales prises par l'employeur, *in* WYLER REMY (édit.), *Panorama en droit du travail*, Berne 2009, pp. 539-555.

MOLO ROMOLO, La Convention 98 de l'OIT et la liberté syndicale en Suisse, *in* ANDERMATT ARTHUR et al., *Droit collectif du travail*, Berne 2010, pp. 81-96.

MÜLLER ROLAND A., *Die Arbeitnehmervertretung*, Berne 1999.

NGUYEN MINH SON, Sanctions et licenciements : conditions matérielles et exigences procédurales, *in* TANQUEREL THIERRY/BELLANGER FRANÇOIS (édit.), *Les réformes de la fonction publique*, Genève/Zurich/Bâle 2012, pp. 194 ss.

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/MADER STEFAN, Hausverbote und gewerkschaftliche Tätigkeit, *in PJA* 2014, pp. 1463 ss.

NORDMANN PHILIPPE, Die missbräuchliche Kündigung im Schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, Bâle 1998.

NÖTZLI HARRY, Commentaire de l'art. 14 LPers, *in* PORTMANN WOLGANG/UHLMANN FELIX (édit.), *Bundespersonalgesetz*, Berne 2013.

NOVITZ TONIA, *International and European protection of the right to strike : a comparative study of standards set by the International Labour Organization, the Council of Europe and the European Union*, Oxford 2003.

NOWAK MANFRED, Inhalt, Bedeutung und Durchsetzungsmechanismen der beiden UNO-Menschenrechtspakte, *in* KÄLIN WALTER/GIORGIO MALINVERNI/MANFRED NOWAK, *Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte / La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme*, 2e éd., Bâle/Bruxelles 1997, pp. 3-40 (cité *Inhalt*).

NOWAK MANFRED, *U.N Covenant on Civil and Political Rights*, art. 22 CCPR, 2e éd. 2005, pp. 495-512 (cité *Covenant*).

OST FRANÇOIS, Droits et devoirs de l'homme, *in* HERTIG RANDALL MAYA/HOTTELIER MICHEL (édit.), *Introduction aux droits de l'homme*, Zurich 2014, pp. 55-72.

PÄRLI KURT, Die Bedeutung von Art. 11 EMRK für die Gewerkschaftrechte, *in* BÄNI/OBRIST, *Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli*, Zurich 2014, pp. 435-463 (cité *Art. 11 EMRK*).

PÄRLI KURT, Betriebliche Zutrittsrechte der Gewerkschaften aus Arbeitsrecht und Gesamtarbeitsvertrag, *in PJA* 2014, pp. 1464-1562 (cité *Zutrittsrechte*).

PAPPA CHRISTOPH, *Das Individualbeschwerdeverfahren des Fakultativprotokolls zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte*, Berne 1996.

PORTMANN WOLFGANG, Das Streikrecht – Recht des Individuums oder des Verbandes, Eine Betrachtung des wilden Streiks nach schweizerischem Recht im Lichte des Uno-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, *in* ZÄCH ROGER et al. (édit), *Individuum und Verband, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006*, Zurich/Bâle/Genève 2006, pp. 209-234.

PORTMANN WOLFGANG/STÖCKLI JEAN-FRITZ, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 3e éd., Zurich 2013.

RIEDER STEFAN, Schutz für Whistleblower – Kommentar zum Gesetzesentwurf, *in Jusletter* du 20 avril 2009 (cité *Jusletter 2009*).

RIEDER STEFAN, Der Umgang mit Whistleblowing aus arbeitsrechtlicher Sicht, *in Jusletter* du 22 décembre 2014 (cité *Jusletter 2014*).

RIEGER ANDREAS, Développement et importance des CCT en Suisse, *in* ANDERMATT ARTHUR et al., *Droit collectif du travail*, Berne 2010, pp. 97-121.

RENUCCI JEAN-FRANÇOIS, *Droit européen des droits de l'homme*, 5e éd, Paris 2013.

REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Der Arbeitsvertrag, Art. 331-335 und Art. 361-362 OR, *Berner Kommentar, Das Obligationenrecht*, Berne 2014.

REID KAREN, *A practitioner's guide to the European convention on human rights*, 4e éd., Londres 2012.

SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, La protection contre le licenciement abusif, *in DTA* 3/2010, p. 153 (cité *Protection*).

SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, Le licenciement en cas d'exercice de la liberté syndicale, *in Plaidoyer* 2011, pp. 38-47 (cité *Licenciement*).

SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, Les règles de l'OIT sur la protection contre le licenciement, *in Jusletter* du 20 juin 2011 (cité *Jusletter 2011*).

SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, Les nouvelles règles sur les plans sociaux obligatoires (art. 335h-k CO), *in DTA* 2013, pp. 281-292 (cité *DTA 2013*).

SCHWEINGRUBER EDWIN/BIGLER WALTER, *Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag*, Berne 1985.

SCHWEIZER RAINER J., Commentaire de l'art. 35 Cst., *in* EHRENZELLER BERNHARD et al. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3e éd., St-Gall 2014 (cité *Commentaire SG*).

SERVAIS JEAN-MICHEL, *International labour law*, Wolters Kluwer 2011.

STÖCKLI JEAN-FRITZ, *Der Inhalt des Gesamtarbeitsvertrages*, thèse Berne 1990 (cité *Inhalt*).

STÖCKLI JEAN-FRITZ, Gesamtarbeitsvertrag und Normalarbeitsvertrag Art. 356-360 OR, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar)*, VI/2/2/3, Berne 1999 (cité *BK-STÖCKLI*).

STÖCKLI JEAN-FRITZ, Schutzgedanken im Arbeitsrecht : Neue Legitimation der Gewerkschaften durch ein Wahlmandat, *in ArbR* 2013, pp. 141-161 (cité *Schutzgedanken*).

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, *Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, Zurich 2012.

STUDER PETER, Wenig Schutz für Gewerkschafter, *in Plädoyer* 2012, pp. 23-24.

SUBILIA OLIVIER/DUC JEAN-LOUIS, *Droit du travail – Eléments de droit suisse*, Lausanne 2010.

SZYMCZAK DAVID, Droits de l'homme et droit national, *in* HERTIG RANDALL MAYA/HOTTELIER MICHEL (édit.), *Introduction aux droits de l'homme*, Zurich 2014, pp. 124-138.

TERCIER PIERRE, Le droit des obligations, 5e éd., Genève 2012.

THEVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), Commentaire Romand, Code des Obligations, Vol I, Bâle 2012 (cité *CoRo Obligations I*).

VALLENDER KLAUS A./HETTICH PETER Commentaire de l'art. 28 Cst., *in* EHRENZELLER BERNHARD et al. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3e éd., St-Gall 2014 (cité *Commentaire SG*).

VALTICOS NICOLAS, Article 11, *in* PETTITI LOUIS-EDMOND/DECAUX EMMANUEL/IMBERT PIERRE-HENRI (édit.), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, 2e éd., Paris 1999, pp. 418-430.

VISCHER FRANK, Commentaire des articles 37-39 et 47-48 LTr, *in* GEISER THOMAS/VON KAENEL ADRIAN/WYLER REMY (édit.), *Loi sur le travail*, Berne 2005.

VISCHER FRANK/ALBRECHT ANDREAS, Kündigung und kollektives Arbeitsrecht, *in* METZ MARKUS/MÜNCH PETER (édit.), *Stellenwechsel und Entlassung*, Bâle 2012, pp. 117-133 (cité VISCHER/ALBRECHT 2012).

VISCHER FRANK/ALBRECHT ANDREAS, Der Arbeitsvertrag – Art. 356-360f OR, *Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar)*, V/2c, Zurich 2006 (cité ZK-VISCHER/ALBRECHT).

VISCHER FRANK/MÜLLER ROLAND, *Der Arbeitsvertrag*, 4e éd., Bâle 2014.

VON KAENEL ADRIAN, Begriff und Voraussetzungen der Kündigungsanfechtung nach Art. 10 Gleichstellungsgesetz, *in ArbR* 2008, p. 51.

WILDHABER ISABELLE, *Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen*, thèse, Zurich 2011 (cité *Arbeitsrecht*).

WILDHABER ISABELLE, Kündigung von Arbeitnehmervertretern aus wirtschaftlichen Gründen, *in Jusletter* du 2 juillet 2012 (cité *Jusletter 2012*).

WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, *Droit du travail*, 3e éd., Berne 2014.

WILSON BARBARA, L'applicabilité des droits économiques, sociaux et culturels, *in PJA* 2010, pp. 1503-1515 (cité *L'applicabilité*).

WILSON BARBARA, Mécanismes de protection, *in* HERTIG RANDALL MAYA/HOTTELIER MICHEL (édit.), *Introduction aux droits de l'homme*, Zurich 2014, pp. 73-89, pp. 241-256 (cité *Mécanismes de protection*).

WILSON BARBARA, Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, *in* HERTIG RANDALL MAYA/HOTTELIER MICHEL (édit.), *Introduction aux droits de l'homme*, Zurich 2014, pp. 73-89, pp. 241-256 (cité *Pacte I*).

ZEIN BASSEM, La révision des dispositions de la protection contre le congé contenues dans le CO, *in Plaidoyer* 2011, pp. 42-47, actualisé le 6 octobre 2013.

ZOSS MARIE-GISELE, La résiliation abusive du contrat de travail – Etude des articles 336 à 336b CO, Lausanne 1977.