



ÉTUDE SUR LA PROTECTION ACCORDÉE AUX REPRÉSENTANTS DES TRAVAILLEURS

Étude
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

Synthèse générale et pistes de réflexion (partie V de l'étude)

Synthèse générale et pistes de réflexion

A. Introduction

1. 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.
2. 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

3. 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).

4. 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.
5. 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.
6. 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.

7. 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

8. 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.
9. 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.).

10. 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.

11. 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.

12. 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.

13. 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.
14. 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

15. 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.
16. 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 pratique 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.
17. 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 executing*. 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

18. 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.).
19. 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.

20. 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).
21. 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.
22. 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.

23. 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.
24. 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 représentants 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).
25. 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 1^{er} 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 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.

26. 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).

27. 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 maximum 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.
28. 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

29. 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 1^{er} octobre 2010¹ : 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.

¹

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. Dans son avant-projet de révision partielle du CO de 2010 (sanction en cas de congé abusif ou injustifié), le Conseil fédéral a proposé d'augmenter l'indemnité maximale à douze mois de salaire pour tous les travailleurs. 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