



ETUDE SUR LA PROTECTION EN CAS DE GRÈVE LICITE

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),

du 11 avril 2016

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	6
1. Les procédures de plainte contre la Suisse devant l'OIT.....	6
2. Les autres affaires récentes.....	10
3. Les tentatives récentes ou en cours de révision du droit du contrat de travail.....	11
C. LA DÉMARCHE DE LA PRÉSENTE ÉTUDE	15
1. Les questions posées.....	15
2. Démarche et plan de l'étude.....	15
II. DROIT DE GRÈVE : DESCRIPTION ET MODALITÉS D'EXERCICE	17
A. REMARQUES LIMINAIRES ET PLAN DE LA DEUXIÈME PARTIE	17
B. SOURCES	17
1. Les sources du droit de grève en droit international.....	18
2. Les sources du droit de grève en droit national.....	40
C. CONTENU ET CONDITIONS DE LICÉITÉ DE LA GRÈVE.....	47
1. Distinctions, définitions et présentation des diverses conditions de licéité.....	47
2. La grève doit se rapporter aux relations de travail (au sens large).....	49
3. La grève doit respecter une obligation existante de préserver la paix du travail.....	51
4. La grève doit n'intervenir que lorsque les moyens de négociation et de médiation ont été épuisés (règle de l'ultima ratio ou de la proportionnalité)	57
5. La grève doit être soutenue par une organisation de travailleurs (titularité du droit de grève).....	58
6. La licéité des autres moyens de combat et de leurs modalités.....	64
D. RESTRICTIONS À L'EXERCICE DU DROIT DE GRÈVE	67
E. QUESTIONS PARTICULIÈRES	69
1. Remarques liminaires	69
2. La situation des tiers qui ne font pas partie de l'entreprise, qui participent à la grève et qui n'ont pas de revendications à faire valoir	69
3. La question d'un éventuel devoir d'informer les travailleurs sur les conditions légales ou contractuelles du droit de grève.....	75
F. SYNTHÈSE ET CONCLUSIONS INTERMÉDIAIRES SUR LE DROIT DE GRÈVE	78
III. PROTECTION DU TRAVAILLEUR QUI PARTICIPE À UNE GRÈVE LICITE EN DROIT PRIVÉ DU TRAVAIL	82
A. REMARQUES LIMINAIRES ET PLAN DE LA TROISIÈME PARTIE	82
B. CONSÉQUENCES PRINCIPALES D'UNE GRÈVE ILLICITE OU LICITE.....	82
1. Conséquences d'une grève illicite.....	82
2. Conséquences d'une grève licite.....	84
C. PRESCRIPTIONS DU DROIT INTERNATIONAL.....	85
1. Remarques liminaires	85
2. Prescriptions en lien avec la protection contre le licenciement.....	85
3. Prescriptions en lien avec la protection contre les autres discriminations syndicales.....	87
D. PROTECTION CONTRE LE LICENCIEMENT DES TRAVAILLEURS AYANT PARTICIPÉ À UNE GRÈVE LICITE (ART. 336 SS CO).....	87
1. Remarques liminaires	87
2. La résiliation abusive (art. 336 à 336b CO).....	87
3. La résiliation en temps inopportun (art. 336c CO)	93
4. La résiliation immédiate injustifiée (art. 337 et 337c CO).....	94
5. Courte synthèse.....	95
E. PROTECTION CONTRE LES DISCRIMINATIONS ANTISYNDICALES	96
1. Sanctions prises par l'employeur en cours d'emploi à l'encontre de grévistes	96

2. <i>Interdiction des discriminations au sens de l'article 328 CO</i>	96
F. POSSIBILITÉ D'AMÉLIORER LES PROTECTIONS LÉGALES PAR LE BIAIS DES CONVENTIONS COLLECTIVES DE TRAVAIL.....	97
1. <i>Congé abusif</i>	98
2. <i>Congé donné en temps inopportun</i>	103
G. SYNTHÈSE ET CONCLUSIONS INTERMÉDIAIRES SUR LA PROTECTION DU TRAVAILLEUR QUI PARTICIPE À UNE GRÈVE LICITE.....	105
IV. RÉPONSES AUX QUESTIONS ET SYNTHÈSE GÉNÉRALE	107
A. INTRODUCTION.....	107
B. RÉPONSES AUX CINQ QUESTIONS DÉVELOPPANT LA QUESTION GÉNÉRALE	107
1. <i>Question 1</i>	107
2. <i>Question 2</i>	113
3. <i>Question 3</i>	115
4. <i>Question 4</i>	117
5. <i>Question 5</i>	119
C. QUELQUES PISTES DE RÉFLEXION.....	119
1. <i>Renforcement de la protection contre les licenciements</i>	120
2. <i>Elargissement des pouvoirs des partenaires sociaux</i>	120
3. <i>Autres mesures possibles</i>	121
TABLE DES ABRÉVIATIONS	125
BIBLIOGRAPHIE	130

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 le 5 mai 2014 par l'Office fédéral de la justice (en la personne de M. Bassem Zein) en vue de l'attribution d'un mandat portant sur une « étude sur la protection en cas d'exercice licite du droit de grève », 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 30 juin 2014, 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 24 juillet 2014, 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 4). En date du 28 octobre 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 en cas d'exercice licite du droit de grève ». Le document a été présenté et discuté de manière approfondie lors d'une séance de la Commission fédérale tripartite pour les affaires de l'OIT qui s'est tenue à Berne en date du 25 novembre 2015. A l'issue de la séance, les soussignés ont reçu à Neuchâtel MM. Elmiger et Egger (SECO), Rüetschi et Zein (OFJ) pour discuter des modalités et des délais de remise de la version définitive de l'étude, finalement datée du 11 avril 2016 et intitulée « Etude sur la protection en cas de grève licite ». Notons qu'en parallèle, en date du 31 août 2015, l'Institut suisse de droit comparé a livré une étude comparative intitulée « Legal opinion on the protection of workers and the right to strike ».
2. Le présent mandat fait suite à un premier mandat destiné à étudier la protection accordée aux représentants des travailleurs. Cette première étude a été remise en date du 28 janvier 2015 par les soussignés. Le document a été présenté et discuté de manière approfondie lors d'une séance de la Commission fédérale tripartite 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'étude. 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'étude. La version revue de l'étude a été délivrée en date du 15 juin 2015. Soumise par l'Office fédéral de la justice aux partenaires sociaux membres de la Commission tripartite, qui ont pu faire part de leurs dernières observations, cette version a encore fait l'objet de quelques modifications

mineures. La version définitive de l'étude a ainsi été remise au Secrétariat d'Etat à l'économie et à l'Office fédéral de la justice en date du 14 août 2015.

3. Les deux études portent, en partie au moins, sur des thématiques très proches, sinon identiques. C'est pourquoi il a été décidé, suite à un échange de courriel avec l'OFJ, que la seconde étude pouvait parfois renvoyer à la première lorsque cela ne compromettrait pas la bonne compréhension de la seconde étude. Il a toutefois également été admis que certaines parties de l'étude portant sur la protection des représentants des travailleurs pourraient le cas échéant être reprises intégralement dans le présent avis pour en faciliter la lecture.

2. Les questions posées

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

« Question principale

L'étude s'attachera à étudier les questions soulevées par la plainte du syndicat SSP, au vu du cas de l'hôpital La Providence et des deux autres cas mentionnés par le Conseil fédéral (SPAR, Gate Gourmet).

[...]

Quelle est la protection accordée en droit suisse aux travailleurs qui font grève de manière conforme au droit ? Cette protection garantit-elle l'exercice effectif du droit de grève, étant considéré que ce droit a valeur constitutionnelle et qu'il se rattache à la liberté syndicale et peut donc être appréhendé sous l'angle des rapports collectifs de travail ?

Développement

1. *a. Description du droit de grève tel que garanti par l'art. 28 Cst. : notion de grève, titulaires, conditions et conséquences juridiques.*

Les deux questions particulières suivantes sont d'intérêt dans ce cadre et seront abordées sans devoir toutefois faire l'objet de développements particulièrement détaillés en rapport avec l'ensemble : tiers qui ne font pas partie de l'entreprise, qui participent à la grève et qui n'ont pas de revendications à faire valoir et éventuel devoir d'informer les travailleurs sur les conditions légales ou contractuelles du droit de grève.

b. Garanties découlant de la Convention européenne des droits de l'homme au vu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

c. Eléments d'interprétation des conventions C 87 et C 98 en rapport avec le droit de grève.
2. *Place, fonction et limites du droit de grève dans les rapports collectifs de travail, notamment par l'étude des CCT et au vu des droits et obligations prévus à l'art. 28, al. 2 et 3, Cst.*
3. *Que faut-il pour un exercice effectif du droit de grève ?*
a. Protection contre le licenciement.
b. Autres.
4. *Les solutions conventionnelles plus favorables sont-elles possibles ou une modification de la loi est-elle nécessaire pour améliorer la protection ?*
5. *Quel est le rôle du droit de grève dans les branches ou professions sans organisations d'employeurs ou de travailleurs, y a-t-il dans ces branches ou professions une place pour des solutions conventionnelles plus favorables et existe-t-il des alternatives dans le cadre du régime actuel des rapports collectifs de travail ? »*

B. Le contexte de la présente étude

5. La présente étude s'inscrit dans un contexte de contentieux et est destinée à examiner les questions soulevées dans le cadre de la plainte déposée par le syndicat SSP-VPOD auprès de l'Organisation internationale du travail (OIT), suite notamment à la grève qui a eu lieu à l'Hôpital de la Providence à Neuchâtel. Il convient donc, dans la présente étude, de vérifier le contenu du droit de grève, tant au niveau interne qu'au niveau international, et la protection accordée à ses titulaires.
6. 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

7. Trois 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 deuxième, 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). Enfin, la troisième, encore plus récente, date de 2014 et a été déposée par le Syndicat Autonome des Postiers (cas n° 3109). Dans le cadre de la présente étude, seules les deux premières plaintes sont pertinentes.

a) Cas n° 2265¹ Suisse – Union syndicale suisse (USS), plainte du 14 mai 2003

8. 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 résiliation² et ne respecterait donc pas l'art. 1^{er} de la Convention n° 98 de l'Organisation internationale du travail sur le droit d'organisation et de négociation collective.

L'USS prétend notamment 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.

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 N° 335, novembre 2004, N 1263. Cf. également MOLO, p. 92, N 17.

9. 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. Selon lui, 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 abusif³.
10. Dans son rapport intermédiaire du mois de novembre 2004, le Comité de la liberté syndicale, sans prendre de conclusions définitives quant au cas d'espèce, 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 »⁴.
11. Des discussions tripartites ont eu lieu sans qu'aucun accord n'ait pu être trouvé⁵. Dans son rapport du 16 juin 2006, le Conseil fédéral concluait que les arguments de l'USS n'étaient pas fondés et proposait ainsi que la plainte de l'USS soit classée sans suite⁶.
12. 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 2006⁷. 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 »⁸.
13. Le Comité de la liberté syndicale a estimé ainsi que l'ordre juridique suisse ne protégeait pas suffisamment les représentants syndicaux victimes de licenciements antisyndicaux⁹. 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 subsidiaire¹⁰. Le Comité a retenu notamment que la 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

³ COMITÉ DE LA LIBERTÉ SYNDICALE, Rapport intérimaire – Rapport N° 335, novembre 2004, N 1282 ss, notamment N 1286, 1291 et 1333.

⁴ *Ibid.*, N 1356.

⁵ COMITÉ DE LA LIBERTÉ SYNDICALE, Rapport intérimaire – Rapport No. 343, novembre 2006, N 1076 ss.

⁶ *Ibid.*, N 1129.

⁷ *Ibid.*, Cf. également SCHWAAB, Jusletter 2011, N 13.

⁸ COMITÉ DE LA LIBERTÉ SYNDICALE, Rapport intérimaire – Rapport No. 343, novembre 2006, N 1141.

⁹ *Ibid.*, N 1143.

¹⁰ *Ibid.*, N 1143.

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 »¹¹.

14. 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)¹². Cet avant-projet est décrit ci-après (n^{os} 26 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.
15. 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 2006¹³.
16. 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 licenciements¹⁴.

C'est cette étude approfondie qui, confiée aux soussignés, a été finalisée en date du 14 août 2015.

b) Cas n° 3023¹⁵ Suisse – Syndicat des services publics (SSP-VPOD), plainte du 10 avril 2013

17. Le 10 avril 2013, le Syndicat des services publics (SSP-VPOD), membre de l'Union syndicale suisse (USS), a déposé une plainte contre la Suisse devant le Comité de la liberté syndicale pour violation des Conventions n^{os} 87 et 98.
18. La plainte se fonde sur les événements qui se sont déroulés à l'Hôpital de la Providence à Neuchâtel entre juin 2012 et début 2013. Cet établissement hospitalier avait dénoncé, en juin 2012, la convention collective de travail (CCT santé 21), condition *sine qua non* à la reprise de son exploitation par le groupe de cliniques privées Genolier Swiss Medical Network (GSMN), qui voulait appliquer ses propres conditions générales de travail. Les négociations entre les salariés, représentés par le syndicat SSP-VPOD, et l'Hôpital de la Providence, sous les auspices du Conseil d'Etat, puis devant l'Office de conciliation en matière de conflits collectifs de travail, n'avaient alors pas abouti¹⁶.

Le 26 novembre 2012, 22 employés sont entrés en grève, soutenus par les syndicats SSP-VPOD et SYNA. Ils ont ainsi dressé une tente pour le piquet de grève, sur le

¹¹ *Ibid.*, N 1146 et 1148.

¹² CONSEIL FÉDÉRAL, Révision partielle du code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié) – Rapport explicatif et avant-projet, septembre 2010.

¹³ UNION SYNDICALE SUISSE, Courrier du 19 septembre 2012 à l'OIT, pp. 10-11.

¹⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, Communiqué de presse du 21 novembre 2012.

¹⁵ http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:50001:0::NO:50001:P50001_COMPLAINT_FILE_ID:3114368 (consulté le 15.12.2014).

¹⁶ SYNDICAT SUISSE DES SERVICES PUBLICS, Plainte pour violation des droits syndicaux par la Suisse, N 7 ss. Document disponible sur le site : www.sspta.ch/documents/plainte-oit-2014-04-10-pour-presse.pdf (consulté le 12.10.2015).

parking, à l'entrée de l'hôpital. Suite à une plainte de l'Hôpital de la Providence, le ministère public a ordonné l'évacuation du piquet de grève, fin décembre 2012. Entre-temps, le personnel de la Providence avait soutenu, par un vote, à 76 %, la reprise de l'exploitation par GSMN.

Fin janvier 2013, l'Hôpital de la Providence a informé les grévistes qu'il considérait la grève comme illicite et que, s'ils ne reprenaient pas le travail, il envisageait de procéder à la résiliation avec effet immédiat de leur contrat de travail¹⁷. Les grévistes ont alors saisi le Tribunal régional du Littoral et du Val-de-Travers d'une demande provisionnelle tendant à faire interdire à l'employeur de mettre ses menaces à exécution. Cette demande a été rejetée « dans la mesure où le droit privé suisse du travail ne permettait pas de contraindre un employeur à réintégrer un salarié qu'il aurait injustement congédié »¹⁸.

Suite à leur refus de réintégrer leur poste de travail, les 22 grévistes ont été licenciés le 4 février 2013¹⁹. Depuis le 1^{er} mars 2013, l'Hôpital de la Providence est passé en mains du groupe Genolier (GSMN).

Les grévistes ont saisi la Chambre de conciliation du Tribunal régional du Littoral et du Val-de-Travers d'une requête tendant à l'octroi d'une indemnité pour licenciement abusif. La conciliation ayant échoué, les grévistes ont interjeté une action devant le Tribunal civil du Tribunal régional du Littoral et du Val-de-Travers en date du 16 août 2013²⁰. A ce jour, aucun jugement ne semble encore avoir été rendu.

S'agissant du volet pénal, l'Hôpital de la Providence a porté plainte contre quatre personnes pour violation de domicile et contre cinq personnes pour diffamation. Le ministère public a renvoyé cette affaire devant le Tribunal de police²¹. La conciliation tentée lors de l'audience du 3 mars 2014 a échoué²².

19. Dans sa plainte du 10 avril 2013, le syndicat SSP-VPOP dénonce une insuffisance de la législation suisse en matière de protection des travailleurs contre les congés donnés en cas d'exercice licite du droit de grève. Plus précisément, il estime que le régime juridique suisse est contraire aux principes régissant la liberté syndicale du fait qu'il ne prévoit pas la possibilité de contraindre l'employeur à réintégrer le gréviste licencié, quand bien même la grève serait licite et le licenciement déclaré abusif. En d'autres termes, le travailleur bénéficiant de son droit de grève ne peut l'exercer, *in concreto*, sans courir le risque d'être licencié par son employeur et sans possibilité aucune d'exiger la réintégration²³.

Le syndicat SSP-VPOD conclut donc à ce que, d'une part, l'OIT constate que l'ordre juridique suisse n'est pas en conformité avec les normes de l'OIT, en particulier avec les conventions n^{os} 87 et 98 que la Suisse a ratifiées et, d'autre part, qu'elle invite la Suisse à mettre sa législation en conformité avec lesdites conventions en prévoyant la

¹⁷ *Ibid.*, N 19.

¹⁸ *Ibid.*, N 22.

¹⁹ *Ibid.*, N 24.

²⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, Observations du gouvernement de la Suisse, mars 2014, p. 3.

²¹ *Ibid.*, p. 3.

²² LE MATIN, 3 mars 2014, <http://www.lematin.ch/suisse/conciliation-conflit-hopital-providence/story/23471215?track> (consulté le 13.10.2015).

²³ SYNDICAT SUISSE DES SERVICES PUBLICS, Plainte pour violation des droits syndicaux par la Suisse, let. G ss. Document disponible sur le site : www.sspta.ch/documents/plainte-oit-2014-04-10-pour-presse.pdf (consulté le 12.10.2015).

possibilité de contraindre l'employeur à réintégrer le travailleur injustement licencié, sur le modèle de ce que prévoit la loi fédérale sur l'égalité entre hommes et femmes (LEg).

20. 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 connaissait pas encore l'issue, ce qui est encore le cas aujourd'hui. 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 plainte²⁴.

C'est cette étude approfondie qui est l'objet du présent travail.

2. Les autres affaires récentes

21. Comme indiqué, les syndicats ont porté à la connaissance du Conseil fédéral d'autres cas récents (2013-2014) qui concernaient des grèves lancées pour appuyer le maintien de la convention collective de travail (Gate Gourmet) ou pour faire aboutir la revendication de meilleures conditions de travail (shop de la station-service SPAR à Dättwil). En 2011, la grève d'une partie du personnel des Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG) avait également défrayé la chronique.

a) Gate Gourmet

22. Ce conflit a débuté dans le courant du mois de juin 2013 et a pour origine la dénonciation de la CCT par la direction de Gate Gourmet. Cette société a par la suite conclu avec les employés des contrats individuels, par le biais de congés-modifications, se fondant sur la convention collective nationale pour l'hôtellerie et la restauration étendue par le Conseil fédéral au catering aérien, laquelle était jugée moins favorable par les employés. En septembre 2013, une vingtaine d'employés de Gate Gourmet ont alors entamé une grève en réponse à la dénonciation de la CCT ainsi qu'aux congés-modifications signifiés par la société de catering²⁵.

Six grévistes ont par la suite été licenciés, dont certains du fait de leur participation à une manifestation, laquelle aurait dégénéré, le 28 septembre 2013. Gate Gourmet a alors déposé des plaintes pénales, notamment pour violation de domicile et émeute. Par ordonnance du 3 février 2014, le ministère public a refusé d'entrer en matière, constatant – s'agissant de la violation de domicile – que l'éventuelle culpabilité des personnes impliquées, de même que les conséquences de leurs actes, étaient peu importantes. La Chambre pénale de la Cour de justice a par la suite rejeté le recours interjeté par Gate Gourmet. Enfin, le Tribunal fédéral a, par arrêt du 16 février 2015, déclaré irrecevable le recours de Gate Gourmet²⁶.

²⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, Observations du gouvernement de la Suisse, mars 2014, p. 5.

²⁵ Pour un compte-rendu de cette affaire, voir le rapport P 1184-A de la Commission des pétitions chargées d'étudier la pétition contre le dumping salarial à l'aéroport (« On est tous des Gate Gourmet ») disponible sur le site : <http://ge.ch/grandconseil/memorial/seances/010104/21/11/> (consulté le 13.10.2015) ; voir également le dossier du Syndicat des services publics, disponible sur le site : http://www.sspta.ch/dossiers/greve_a_gate_gourmet_geneve_2013_2014.php (consulté le 13.10.2015).

²⁶ TF 6B_609/2014, du 16 février 2015 ; TRIBUNE DE GENÈVE, 25 février 2015 : <http://www.tdg.ch/geneve/actu-genevoise/gate-gourmet-perd-tribunal-federal/story/31098891> (consulté le 13.10.2015).

23. La grève a pris fin le 30 mai 2014 avec la signature d'un accord tripartite engageant le Département de la sécurité et de l'économie de la République et Canton de Genève (DSE), la direction de Gate Gourmet et le syndicat SSP-VPOD. Des conventions de fin des rapports de travail, confidentielles, ont également été signées individuellement avec sept des grévistes.

L'accord tripartite prévoyait, entre autres, que les conditions octroyées par les contrats de travail entrés en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2014 persisteraient au moins jusqu'au 31 décembre 2015. En outre, Gate Gourmet s'engageait à ouvrir des négociations en vue de la création d'une convention collective de branche auxquelles seraient associées les autres entités au bénéfice d'une concession de l'aéroport international de Genève et actives dans le domaine du catering²⁷.

b) SPAR

24. En juin 2013, le personnel du supermarché de la station-service SPAR à Dättwil (AG) est entré en grève suite au refus de la direction d'entamer des négociations. Les grévistes revendiquaient davantage de personnel et des salaires plus élevés²⁸. Dix employés en grève ont, par la suite, été licenciés avec effet immédiat. Ils ont saisi, avec l'aide du syndicat UNIA, la justice de paix afin de faire constater le caractère injustifié de leur licenciement²⁹.

c) HUG

25. En automne 2011, tour à tour, les transporteurs de patients, les aides-soignants, les nettoyeurs et les laborantins des Hôpitaux universitaires de Genève (HUG) se sont mis en grève. Ils revendiquaient notamment une revalorisation de leur fonction et une augmentation de salaire.

Durant le mouvement de grève, les syndicats ont déploré des pressions sur les grévistes de la part des HUG, notamment des menaces de licenciement, des dépôts de plaintes pénales et des interdictions d'accès aux locaux (par la désactivation des badges des employés)³⁰.

Différents accords ont ensuite été trouvés entre les parties mettant fin aux diverses grèves.

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

a) Contexte de la révision partielle du Code des obligations

26. Pour compléter ces éléments de contextualisation qui expliquent les raisons qui ont conduit les autorités à solliciter la présente étude, on mentionnera encore, brièvement,

²⁷ DÉPARTEMENT DE LA SÉCURITÉ ET DE L'ÉCONOMIE DE LA RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE, communiqué de presse du 2 janvier 2014, disponible sur le site : <https://www.ge.ch/dse/presse/welcome.asp?rubrique=communiqués&nId=534> (consulté le 12.10.2015).

²⁸ UNIA, communiqué du 3 juin 2013, disponible sur le site : <http://www.unia.ch/de/medien/medienmitteilungen/mitteilung/a/8821/> (consulté le 12.10.2015) :

²⁹ UNIA, communiqué du 11 septembre 2013, disponible sur le site : <http://www.unia.ch/de/medien/medienmitteilungen/mitteilung/a/9052/> (consulté le 12.10.2015).

³⁰ SYNDICAT SUISSE DES SERVICES PUBLICS, communiqué du 21 novembre 2011, disponible sur le site : <http://www.sspge.ch/spip.php?article105> (consulté le 12.10.2015).

les deux procédures récentes de révision du droit du contrat de travail qui ont été mises en place et qui avaient pour objectif de proposer des améliorations de la protection contre le licenciement dans certains cas de figure. Tout d'abord, différentes affaires largement médiatisées concernant des donneurs d'alerte ont conduit au constat que le Code des obligations ne contient pas de disposition permettant de protéger le travailleur contre d'éventuelles représailles faisant suite à des dénonciations d'irrégularité (*whistleblowing*)³¹. Une révision partielle du Code des obligations a donc été proposée dans ce sens³².

27. La procédure de consultation s'est achevée en 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 abusifs³³.

Eu égard à ces résultats contrastés, et en lien avec les recommandations du Comité de la liberté syndicale faisant suite à la première 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 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.

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

28. Ainsi, dans le prolongement de la consultation relative à cette première tentative de révision partielle du Code des obligations (protection en cas de signalement d'irrégularités par le travailleur), ainsi qu'en égard aux recommandations du Comité de la liberté syndicale³⁴, le Conseil fédéral a mis en consultation, le 1^{er} octobre 2010, le deuxième avant-projet de révision partielle du Code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié)³⁵.

Dans les grandes lignes, le Conseil fédéral a émis les propositions suivantes³⁶ :

- 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 1984³⁷) ;

³¹ BETTEX, p. 492.

³² 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 15.12.2014).

³³ 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).

³⁴ COMITÉ DE LA LIBERTÉ SYNDICALE, Rapport intérimaire – Rapport No. 343, novembre 2006, N 1148.

³⁵ 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).

³⁶ 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.

- 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 soulignait 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 abusif³⁷. 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 de la consultation ont démontré une absence évidente de consensus.

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 protection contre le licenciement, alors qu'une autre partie (seize cantons, le PCS, Les Verts, le PS et les syndicats) a 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 fédéral³⁸.

30. Ainsi qu'on l'a déjà vu dans la précédente étude, les principales remarques formulées à l'encontre desdites propositions ont été les suivantes³⁹.

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 message⁴⁰ d'introduire une indemnité pouvant aller jusqu'à 12 mois de salaire, avec un cumul

³⁷ 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.

³⁸ 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.

³⁹ 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).

⁴⁰ 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.

⁴¹ 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.

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 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 suit⁴².

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 (punitif 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

⁴²

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.

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 2012⁴³ 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 licenciement⁴⁴, question qui a fait l'objet du premier mandat confié au CERT (cf. étude du 14 août 2015).

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 « quelle est la protection accordée en droit suisse aux travailleurs qui font grève de manière conforme au droit » et si cette protection garantit « l'exercice effectif du droit de grève, étant considéré que ce droit a valeur constitutionnelle et qu'il se rattache à la liberté syndicale et peut donc être appréhendé sous l'angle des rapports collectifs de travail ».

La question principale, comme le montrent les questions posées et les précisions apportées par le mandat, se décline sous diverses facettes et en plusieurs nuances. Il convient toutefois d'apporter d'emblée une précision. La possibilité d'analyser et de vérifier si une mesure ou norme légale a un caractère effectif échappe en grande partie aux compétences du juriste. Elle dépend en effet largement d'autres disciplines, telles la sociologie, la psychologie ou encore l'économie. Pour évaluer si la protection des grévistes est effective, il faudrait par exemple déterminer si les travailleurs de notre pays se considèrent comme suffisamment protégés pour décider librement d'engager une grève licite. Cela impliquerait des enquêtes de terrain qui dépassent évidemment le cadre du mandat conféré aux soussignés. L'étude se concentrera donc sur la description des protections accordées dans l'ordre juridique suisse aux travailleurs qui font grève de manière licite et sur la question de savoir si ces protections sont suffisamment dissuasives au sens des instruments juridiques internationaux.

2. Démarche et plan de l'étude

34. Pour tenter de répondre aux questions posées, la présente étude commencera par rappeler les éléments de base du droit de grève, en décrivant ce droit et ses modalités et conditions d'exercice (partie II). Il s'agira d'abord de présenter les différentes

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.

⁴⁴ JAÏCO CARRANZA/MICOTTI, p. 190.

sources du droit de grève, tant sur le plan international (Convention européenne des droits de l'homme, Charte sociale européenne, instruments de l'Organisation internationale du travail et Pactes des Nations Unies I et II) que sur le plan national (II, lettre B). On entrera ensuite plus concrètement dans le contenu du droit de grève, pour donner quelques définitions et proposer quelques distinctions, mais surtout pour examiner de façon détaillée les conditions de licéité de la grève (II, lettre C), ainsi que, dans un deuxième temps, les restrictions possibles de ce droit (II, lettre D). A l'issue de cet examen, deux questions particulières posées dans le cadre du mandat pourront être traitées. Elles portent, d'une part, sur la situation des tiers ne faisant pas partie de l'entreprise et, d'autre part, sur l'éventuel devoir d'informer sur les conditions du droit de grève (II, lettre E). Enfin, une synthèse intermédiaire viendra clore cette première partie (II, lettre F).

35. Par la suite, dans sa troisième partie, l'étude s'efforcera de présenter et de décrire la manière dont le droit privé suisse protège le travailleur ayant participé à une grève licite. Il s'agira d'abord de faire quelques brèves remarques liminaires (III, lettre A), ainsi qu'un exposé des principales conséquences, en droit privé, de la participation à une grève considérée comme illicite ou licite (III, lettre B). On résumera ensuite les prescriptions du droit international en lien avec la protection des travailleurs exerçant leur liberté syndicale (lettre C), pour exposer dans la foulée les règles applicables en matière de protection contre le licenciement (lettre D), puis rendre compte des éventuelles protections que le travailleur pourrait faire valoir à l'encontre d'autres types de mesures ou sanctions prises à son égard, telles des mesures discriminatoires (lettre E). Enfin, nous indiquerons les possibilités d'améliorer les protections légales par le biais des conventions collectives de travail (lettre F) et conclurons par une synthèse (lettre G).

Dans une dernière étape, la quatrième partie de cette étude, il sera ainsi possible, sous forme de synthèse générale, de répondre brièvement aux questions concrètes posées dans le mandat et de proposer quelques conclusions sur le droit de grève en Suisse, et sur sa compatibilité avec les standards imposés ou proposés par le droit international (IV, lettre B), avant d'esquisser quelques pistes de réflexion (IV, lettre C).

36. 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 nous l'avons déjà évoqué, une étude parallèle, de droit comparé, a été confiée à l'Institut suisse de droit comparé⁴⁵. On se limitera, le cas échéant, à renvoyer à cette étude.

⁴⁵

INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *Legal opinion on the protection of workers and the right to strike*, Lausanne 2015.

II. Droit de grève : description et modalités d'exercice

A. Remarques liminaires et plan de la deuxième partie

37. Bien que la question principale du mandat vise à déterminer quelle est la protection accordée en droit suisse aux travailleurs qui font grève de manière conforme au droit et, dans un deuxième temps, si cette protection est suffisante, il n'en demeure pas moins que cette question soulève déjà une autre question – préliminaire – qui consiste à savoir quand, ou dans quelles conditions, une grève est licite. Puisqu'une protection des travailleurs n'intervient que dans cette hypothèse de licéité, il est essentiel de délimiter les conditions qui entourent cette action collective.

Comme nous le verrons ci-dessous, la définition des conditions de licéité d'une grève n'est pas évidente. C'est un sujet difficile et délicat qui divise non seulement les partenaires sociaux, mais aussi la doctrine juridique et qui a sans doute une connotation politique. Nous nous efforcerons donc d'exposer de manière ouverte et la plus objective possible, dans le cadre de cette étude, les différentes positions relatives à cette question. Nous soulignerons toutefois également les positions et réflexions qui nous semblent particulièrement pertinentes et cohérentes.

38. Comme indiqué, cette partie commencera par rappeler les éléments de base du droit de grève. Pour ce faire, il convient d'abord de présenter les différentes sources du droit de grève, tant sur le plan international que sur le plan national (lettre B). Suivra une description approfondie, sur la base d'une analyse à la fois du droit suisse et du droit international pertinent, du droit de grève, de sa définition et de certaines délimitations, ainsi que des conditions auxquelles une grève est licite (lettre C). Nous pourrions alors étudier les restrictions possibles de ce droit (lettre D) et examiner les questions spécifiquement posées dans le cadre du mandat concernant, d'une part, la situation des tiers ne faisant pas partie de l'entreprise et, d'autre part, un éventuel devoir d'informer sur les conditions du droit de grève (lettre E). Une synthèse générale intermédiaire viendra clore cette partie (lettre F).

B. Sources

39. S'il est l'objet de controverses et de divergences d'interprétation, le droit de grève résulte aussi – et il y a peut-être un lien entre ces deux constatations – de sources juridiques multiples et diverses, au plan national, mais aussi au plan international. Il nous semble donc nécessaire, dans un premier temps, d'examiner ces différentes sources, de manière à déterminer si et dans quelle mesure elles garantissent un « droit de grève », ainsi que, pour ce qui est des sources internationales, d'analyser leur portée, c'est-à-dire leur force contraignante et leur caractère directement applicable ou non directement applicable. Ce n'est qu'ensuite, dans un deuxième temps, que l'on étudiera de manière systématique, sur la base de l'interprétation de ces sources, le contenu et les conditions de licéité et d'exercice du droit de grève (lettre C ci-après).

On commencera par l'examen des sources en droit international (chiffre 1), puis celles du droit interne (chiffre 2).

1. Les sources du droit de grève en droit international

a) *La Convention européenne des droits de l'homme*

- i. L'article 11 CEDH (liberté de réunion et d'association)
40. Bien qu'elle ne mentionne pas explicitement la grève ou le droit de grève, la Convention européenne des droits de l'homme, du 4 novembre 1950, que la Suisse a ratifiée avec effet au 28 novembre 1974 (CEDH, RS 0.101), constitue sans doute, à travers son article 11, l'une des normes internationales les plus pertinentes pour la présente étude. Pour cette raison, nous lui consacrerons ici des développements assez détaillés.
41. L'art. 11 CEDH, 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 ».
42. La CEDH garantit ainsi, explicitement – à l'instar du Pacte II de l'ONU relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (cf. n^{os} 79 ss ci-dessous) – la liberté syndicale, dans le cadre de la liberté d'association.
43. On rappellera que 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 de nature judiciaire, via la Cour européenne des droits de l'homme, à Strasbourg⁴⁶.
44. De plus, les droits garantis par la Convention sont directement applicables en Suisse, du moins pour ce qui concerne les garanties prévues aux articles 2 à 18⁴⁷. Les droits contenus dans la CEDH peuvent donc être invoqués par les particuliers devant les tribunaux suisses.

⁴⁶ Cf. Protocole additionnel n^o 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 1^{er} 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).

⁴⁷ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, p. 43, N 92.

- ii. La reconnaissance du droit de grève comme élément inhérent à la liberté syndicale
45. En ce qui concerne plus précisément le droit à la grève, la Cour a reconnu que le droit de grève est l'un des moyens d'action les plus efficaces des syndicats, tout en retenant néanmoins aussi la possibilité d'autres mesures d'action⁴⁸.
- Par la suite, la Cour a d'abord reconnu dans une certaine mesure, ou indirectement, un droit de grève dans les circonstances spécifiques de l'arrêt *Enerji Yapı-Yol Sen c. Turquie*⁴⁹. Puis, plus récemment, en 2014, elle a également reconnu que la grève est protégée dans le cadre de l'art. 11 CEDH⁵⁰, ce qu'elle a encore confirmé en 2015⁵¹.
46. La jurisprudence de la CourEDH témoigne d'un certain dynamisme⁵², en ce que la Cour entend « protéger des droits concrets et effectifs, et non théoriques et illusoires »⁵³, 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 nature⁵⁴.
47. 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. 11⁵⁵. 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 Etats⁵⁶. Les Etats ont néanmoins l'obligation d'y inclure les éléments considérés comme essentiels par la jurisprudence de la Cour⁵⁷.
48. Comme le souligne 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 Cour a clairement étendu le champ d'application matériel des droits protégés par la Convention⁵⁸, droits qui assurent, selon cet auteur, une protection similaire à celle du Pacte I⁵⁹, 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).

⁴⁸ 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 (requêtes n°s 74611/01, 26876/02 et 27628/02).

⁴⁹ 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.

⁵⁰ Arrêt *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. The United Kingdom*, du 8 avril 2014, requête n° 31045/10, par. 84.

⁵¹ Cf. *Affaire Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E.) c. Espagne*, du 21 avril 2015, devenu définitif le 14 septembre 2015 (requête n° 45892/09), par. 32 et 33.

⁵² MAHON, Abrégé II, N 22, p. 37.

⁵³ *Affaire Airey v. Ireland*, du 9 octobre 1979 (requête n° 6289/73).

⁵⁴ MAHON, Abrégé II, N 22, pp. 38-39.

⁵⁵ 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 n°s 74611/01, 26876/02 et 27628/02).

⁵⁶ RENUCCI, p. 180, N 219 ; REID, pp. 457 s., N II-392.

⁵⁷ Arrêt de la Grande Chambre *Demir et Baykara c. Turquie*, du 12 novembre 2008 (requête n° 34503/97).

⁵⁸ PÄRLI, p. 449.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 439.

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*⁶⁰ :

« (...) 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 continuous 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 [...]" ».

49. 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 sociaux⁶¹.

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 nous le verrons encore – qu'en tant que « simple » recommandation (n^{os} 70 ss et 75 ss ci-dessous) et si la Suisse n'a pas ratifié la Charte (n^{os} 52 ss ci-après)⁶². 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.

50. 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 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 syndicat⁶³.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 450.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 450 ss.

⁶² *Ibid.*, p. 463.

⁶³ Arrêt *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. The United Kingdom*, du 8 avril 2014, requête n^o 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

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 cause⁶⁴ –, 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 considéré⁶⁵.

Dans cet arrêt *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. The United Kingdom*, la Cour conclut à l'unanimité qu'il n'y a en l'occurrence pas violation de l'art. 11 CEDH. En effet, même si l'interdiction des grèves de solidarité n'est pas connue 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 européenne⁶⁶, cela ne suffit pas, aux yeux de la Cour – compte tenu du caractère non contraignant de ces interprétations⁶⁷ –, 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 CEDH⁶⁸. On peut donc se demander

(<http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=002-9496> [consulté le 26 janvier 2015] ; Notice d'information sur la jurisprudence 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 Government 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.

⁶⁴ 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 ».

⁶⁵ *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).

⁶⁶ 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.

⁶⁷ 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).

⁶⁸ *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*).

si l'arrêt *National Union of Rail*, de 2014, ne marque pas, à certains égards au moins, un léger retour en arrière par rapport à l'arrêt *Demir et Baykara c. Turquie*, et au caractère dynamique de la jurisprudence de la Cour évoqué par PÄRLI.

51. Quoi qu'il en soit, la question peut à notre sens demeurer ouverte, dans la mesure où, dans un arrêt encore plus récent, de 2015, la Cour a clairement rappelé et confirmé « que le droit de faire grève, qui permet à un syndicat de faire entendre sa voix, constitue un aspect important pour les membres d'un syndicat dans la protection de leurs intérêts », tout en précisant que « [c]e droit de grève est reconnu par les organes de contrôle de l'Organisation internationale du travail (OIT) comme le corollaire indissociable du droit d'association syndicale protégé par la Convention C 87 de l'OIT sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical. Elle [la Cour] rappelle que la Charte sociale européenne reconnaît aussi le droit de grève comme un moyen d'assurer l'exercice effectif du droit de négociation collective »⁶⁹. La Cour européenne des droits de l'homme n'a donc nullement remis en question sa jurisprudence selon laquelle le droit de grève est un élément important inhérent à la liberté syndicale, un corollaire indispensable de celle-ci qui, en tant que tel, est protégé par la Convention européenne des droits de l'homme⁷⁰.

b) La Charte sociale européenne

i. Remarque liminaire

52. Bien que le mandat ne demande pas de s'intéresser à la Charte sociale européenne et que la Suisse n'ait ratifié ni la Charte sociale européenne⁷¹ (signée le 6 mai 1976), ni la Charte sociale européenne révisée⁷², il nous paraît tout de même nécessaire de nous y arrêter brièvement, puisqu'il arrive que, comme on vient de le voir dans la subdivision qui précède, la Cour européenne des droits de l'homme la prenne en compte dans ses arrêts. Nous ne reviendrons pas en détail sur les éléments d'ordre général développés à son sujet dans la précédente étude⁷³, mais nous contenterons ici de présenter les points essentiels en lien avec le droit de grève.

ii. Le droit à des actions collectives

53. Parmi les neuf articles constituant le noyau dur de la Charte, il convient de mentionner les articles 1 et 6 qui nous intéressent particulièrement dans le cadre de cette étude⁷⁴.

⁶⁹ *Affaire Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E.) c. Espagne*, précité (note 51), par. 32.

⁷⁰ Dans ce nouvel arrêt, la Cour a rappelé aussi que le droit de grève « n'a pas de caractère absolu. Il peut être soumis à certaines conditions et faire l'objet de certaines restrictions. Ainsi, le principe de la liberté syndicale peut être compatible avec l'interdiction du droit de grève à des fonctionnaires exerçant des fonctions d'autorité au nom de l'État ». Mais elle a précisé que, « [t]outefois, si l'interdiction du droit de grève peut concerner certaines catégories de fonctionnaires [...], elle ne peut pas s'étendre aux fonctionnaires en général ou aux travailleurs publics des entreprises commerciales ou industrielles de l'État. Ainsi, les restrictions légales au droit de grève devraient définir aussi clairement et étroitement que possible les catégories de fonctionnaires concernés [...] ». *Ibid.*, par. 33.

⁷¹ *Charte sociale européenne*, conclue à Turin le 18 octobre 1961, entrée en vigueur le 26 février 1965 (STCE 035).

⁷² *Charte sociale européenne révisée*, conclue à Strasbourg le 3 mai 1996, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1999 (STCE 163).

⁷³ Voir notre étude du 14 août 2015, partie III, lettre D, chiffre 5.

⁷⁴ D'après le Conseil fédéral, le droit suisse en vigueur devrait en principe être conforme à ces deux dispositions de la Charte. Cf. *Rapport sur la Charte sociale européenne révisée – Donnant suite au*

54. 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 ».

55. En vertu de l'art. 6 de la Charte, 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 ».

S'adressant aux législateurs nationaux des Etats parties, les dispositions de la Charte ne sont en principe pas directement applicables (*non self executing*). L'art. 6 ch. 4, qui reconnaît le droit à des actions collectives, y compris le droit de grève, constitue toutefois une exception à ce principe⁷⁵.

56. Au-delà des neuf articles faisant partie du noyau dur, la Charte contient un certain nombre de « dispositions supplémentaires ». Parmi celles-ci, les articles 24, 28 et 29 ont une certaine pertinence 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 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 Charte⁷⁶.

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, spécialement 5461 et 5469.

⁷⁵ Ibid., FF 2014 5449-5505, p. 5457.

⁷⁶ Ibid., FF 2014 5449-5505, p. 5495.

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 Charte⁷⁷.

57. L'art. 29 de la Charte, enfin, 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 Charte⁷⁸.

c) Les normes de l'OIT

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

58. Comme on l'a déjà vu dans la précédente étude, les normes adoptées dans le cadre de l'OIT, l'Organisation internationale du travail, jouent un rôle de premier plan dans le contexte du droit international du travail et de ses sources, ne serait-ce que parce que c'est dans ce « creuset » d'une organisation spécialisée que les règles en la matière ont été le plus intensément étudiées et produites. On reviendra donc, ici, sur ces normes dans la mesure où elles touchent le droit de grève et la protection des travailleurs participant à une grève, afin d'examiner leur contenu, mais aussi leur force contraignante et leur caractère directement applicable ou non. Comme cette matière a déjà fait l'objet d'un examen approfondi dans notre précédente étude, on s'efforcera de ne pas tout répéter, mais au contraire de concentrer le propos sur les éléments particulièrement pertinents pour la présente étude.
59. A titre d'introduction générale, on rappellera tout d'abord brièvement que l'Organisation internationale du travail (OIT) a été créée en 1919 et qu'elle est devenue en 1946 la première institution spécialisée du système des Nations Unies. Au sens de sa Constitution, l'organisation a été créée notamment en vue d'améliorer les conditions de travail et de promouvoir la liberté syndicale au sein des Etats membres⁷⁹. Elle est chargée d'élaborer les normes internationales du travail et d'en superviser l'application⁸⁰. Ces normes internationales définissent des standards minimaux à respecter.

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

⁷⁷ *Ibid.*, FF 2014 5449-5505, p. 5495.

⁷⁸ *Ibid.*, FF 2014 5449-5505, p. 5495.

⁷⁹ 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).

⁸⁰ 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).

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 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). Par ailleurs, la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations procède périodiquement à l'examen des rapports soumis par les Etats au sujet des mesures prises pour mettre en œuvre les instruments auxquels ils sont partie. 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'Etat en cause n'a pas ratifié les conventions s'y rapportant.

60. 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 travail⁸¹. Les Conventions n^{os} 87 et 98, qui nous intéressent ici, font partie de ces conventions « fondamentales »⁸².
61. 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 »⁸³. 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 »⁸⁴.

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

⁸¹ Selon SCHWAAB, il est admis « que les 8 conventions fondamentales font partie des droits humains fondamentaux, qui doivent être respectés 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.

⁸² Pour la liste des autres conventions fondamentales, voir notamment KÄLIN/KÜNZLI, N 1271, p. 506.

⁸³ Constitution de l'Organisation internationale du travail, art. 19 ch. 5 let. d.

⁸⁴ *Ibid.*, art. 19 ch. 5 let. e.

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 »⁸⁵.

62. 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'OIT⁸⁶.

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 1^{er} juillet 1949, a été ratifiée le 17 août 1999, avec effet au 17 août 2000 (RS 0.822.719.9).

63. Comme indiqué, les deux Conventions n° 87 et 98 constituent les deux textes principalement pertinents dans le contexte de la présente étude. On examinera donc, ci-après, les dispositions topiques de chacune d'elles (chiffre ii), avant d'étudier par la suite l'interprétation qui leur est donnée (chiffre iii) et la portée de la pratique du Comité de la liberté syndicale (chiffre iv).

ii. Les Conventions n° 87 et 98 : dispositions pertinentes, titulaires et étendue de la protection

64. Les articles 2, 3, 10 et 11 de la Convention n° 87, « concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical », 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

⁸⁵ *Ibid.*, art. 19 ch. 6 let. d.

⁸⁶ 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.

appropriées en vue d'assurer aux travailleurs et aux employeurs le libre exercice du droit syndical.

65. Les articles 1, 2 et 4 de la Convention n° 98, « concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective », 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 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 uns 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 ».

66. En ce qui concerne les titulaires de la liberté syndicale, il s'agit, au sens de la Convention n° 87, des travailleurs et des employeurs (art. 2) ainsi que des organisations « de travailleurs ou d'employeurs ayant pour but de promouvoir et de défendre les intérêts des travailleurs ou des employeurs » (art. 3 et 10). Tandis que l'art. 2 garantit la *liberté syndicale individuelle*, l'art. 3 protège donc la *liberté syndicale collective*⁸⁷.

Il en va de même dans la convention n° 98. 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*⁸⁸.

67. En ce qui concerne enfin l'étendue de la protection, la Convention n° 87 concerne 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).

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

⁸⁸ MOESCH, p. 541.

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*⁸⁹. Le droit de ne pas adhérer à ces organisations n'est par contre pas mentionné explicitement. 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)⁹⁰. La Convention n° 87 n'englobe ainsi que les aspects de la liberté syndicale positive.

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 de 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 KUSTER ZÜRCHER, le « droit de libre activité entraîne aussi un libre droit d'accès des fonctionnaires syndicaux aux lieux de travail »⁹¹. 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).

68. Toujours concernant l'étendue de la protection, la Convention n° 98 régit, elle, 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 »⁹². 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 »⁹³.

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).

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 parties⁹⁴.

⁸⁹ KUSTER ZÜRCHER, p. 62, N 14.

⁹⁰ KUSTER ZÜRCHER, p. 62, N 14. Cf. toutefois COMITÉ DE LA LIBERTÉ SYNDICALE, *Recueil*, N 736, où le Comité semble avoir fait allusion indirectement à la liberté syndicale négative.

⁹¹ KUSTER ZÜRCHER, p. 63, N 15.

⁹² 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 82^{ème} et 83^{ème} 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.

⁹³ WYLER/HEINZER, p. 15.

⁹⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport précité (note 92), du 21 septembre 1998, FF 1999 475, p. 504.

69. Ainsi que cela ressort de ce qui précède, les Conventions n^{os} 87 et 98 ne traitent pas explicitement de la grève ou du droit de grève⁹⁵. C'est par l'intermédiaire de leur interprétation, en particulier à travers la pratique du Comité de la liberté syndicale, que sont garantis les mécanismes et moyens d'action collectifs spécifiques destinés à protéger la liberté syndicale et le droit syndical ainsi que le droit d'organisation et de négociation collective. Nous examinerons donc ici cette interprétation et cette pratique.
- iii. Le droit de grève : l'interprétation des Conventions n^{os} 87 et 98 par le Comité de la liberté syndicale
70. Comme nous l'avons vu, 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)⁹⁶. Ce Comité a été institué au sein du Conseil d'administration de l'OIT en 1951⁹⁷. Il est chargé d'examiner les plaintes faisant état de violations des principes de la liberté syndicale garantie par les Conventions n^{os} 87 et 98 ; et cela même si l'Etat en cause n'a pas ratifié les deux conventions.
- 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 n^{os} 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 situation⁹⁸.
71. Il paraît encore important de noter 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 interne⁹⁹. 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° 98 ni dans la convention n° 151 n'indique l'intention de limiter la portée d'application de la convention n° 87 » (N 1062).
72. 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.

⁹⁵ 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 57^e et 58^e 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.

⁹⁶ 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. Notons encore que même si c'est la Cour internationale de Justice qui est chargée de donner une interprétation authentique des normes (cf. art. 31 de la Constitution de l'Organisation internationale du travail, du 28 juin 1919, RS 0.820.1), la Cour européenne des droits de l'homme, dans ses arrêts relatifs aux questions syndicales, examine également la pratique du Comité de la liberté syndicale.

⁹⁷ Sur l'historique et le développement des compétences du Comité de la liberté syndicale, cf. OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, JAAC 70.94.

⁹⁸ SCHWAAB, Jusletter 2011, N 4 ; voir aussi, sur le mécanisme, DUNAND/DREYER, pp. 220-221.

⁹⁹ COMITÉ DE LA LIBERTÉ SYNDICALE, *Recueil*, N 22.

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).

73. Plus spécifiquement concernant le droit de grève, qui nous intéresse particulièrement ici, le Comité a rappelé et précisé sa position en le considérant 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 apparaît ainsi clairement que, selon la pratique des organes compétents de l'OIT, le droit de grève constitue un « moyen essentiel » inhérent à la liberté syndicale, un « corollaire indissociable » du droit syndical protégé par les Conventions n°s 87 et 98 de l'OIT.

Ainsi qu'on l'a déjà montré dans la précédente étude, le Comité de la liberté syndicale a en effet créé, au fil des années, une pratique très riche et détaillée, « abondante et respectée »¹⁰⁰, en ce qui concerne la portée de la liberté syndicale et le droit de grève en droit international du travail. On reviendra plus en détail plus loin sur le contenu et les différents éléments concrets qui résultent de cette pratique du Comité en ce qui concerne l'exercice du droit de grève et ses modalités (voir la lettre C ci-après), mais on peut d'ores et déjà constater que, sur le principe, le droit de grève est considéré – et est à considérer – comme garanti par les deux conventions évoquées.

74. Il y a lieu de préciser à cet égard que cette interprétation a fait l'objet, encore récemment, de vives contestations au sein même de l'OIT, et notamment d'oppositions de la part des représentants des employeurs. La question semblait avoir été tranchée suite à la réunion tripartite sur la convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical qui s'est tenue du 23 au 25 février 2015 à Genève. A cette occasion, le groupe gouvernemental a reconnu « que le droit de grève est lié à la liberté syndicale, qui est un principe et droit fondamental au travail de l'OIT » et 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 ». Il précise aussi que le droit de grève « n'est pas un droit absolu. Sa portée et les conditions de son exercice sont réglementées au niveau national ». Dans l'optique d'une discussion sur l'exercice du droit de grève, le groupe gouvernemental rappelle que « l'ensemble complexe de recommandations et d'observations formulées au cours des 65 dernières années d'application de la convention n° 87 par les différents éléments du système de contrôle de l'OIT constitue une ressource précieuse [...], au même titre que les règlements très divers que les

100

DUNAND/DREYER, p. 220.

Etats et certaines régions ont adoptés pour encadrer le droit de grève »¹⁰¹. Toutefois, et malgré le fait que ces déclarations ont été enterminées par le Conseil d'administration en mars 2015, l'Organisation internationale des employeurs (OIE) a réitéré en septembre 2015, dans le cadre d'observations formulées à l'intention de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (CEACR) du BIT, que « le champ d'application et les conditions du droit de grève sont réglementés au niveau national (uniquement) et non par la Convention 87 ».

iv. La portée de la pratique du Comité de la liberté syndicale

75. Même si la question de principe du droit de grève était résolue, il reste néanmoins à déterminer la portée de la pratique du Comité de la liberté syndicale et, en particulier, de ses « prononcés » ou de ses recommandations, notamment pour la Suisse.

Cette problématique fait appel à des réflexions de deux ordres : elle soulève, tout d'abord, la question de la portée des recommandations du Comité de la liberté syndicale en elles-mêmes, c'est-à-dire de leur force contraignante. Elle dépend aussi, indirectement, de la question du caractère directement applicable, ou au contraire non directement applicable, des conventions de l'OIT.

On examinera ces deux questions ici. Toutefois, comme la problématique a déjà été abordée de manière relativement détaillée et approfondie dans la précédente étude, on se limitera ici à l'essentiel, en renvoyant pour le surplus à ce qui a été dit dans l'étude du 14 août 2015¹⁰².

76. S'agissant, tout d'abord, de la force contraignante des interprétations du Comité de la liberté syndicale, on rappellera que la question a été analysée en détail par un avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 8 mars 2006¹⁰³, dont on indiquera ici, très brièvement, les principales conclusions.

Selon cet avis, 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. 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 »¹⁰⁴. L'avis souligne dans ce contexte que le recours à la Cour internationale de Justice n'a jusqu'à présent que très rarement été utilisé¹⁰⁵. Il en résulte selon l'Office fédéral de la justice que les interprétations juridiques développées par le Comité de la liberté syndicale (cité CLS dans l'avis de l'Office fédéral) « ne sauraient être considérées comme authentiques »¹⁰⁶ ; 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 »¹⁰⁷.

¹⁰¹ Document TMFAPROC/2015/2, Annexe II du 23 février 2015, p. 6, par. 4, 5 et 6.

¹⁰² Voir à ce sujet notre étude du 14 août 2015, partie III, lettre B, chiffre 3.d) et partie III, lettre B, chiffre 4.

¹⁰³ 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.

¹⁰⁴ Office fédéral de la justice, JAAC 70.94, p. 1594.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 1590.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 1590.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 1591.

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 »¹⁰⁸. 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 directement dans le but de prendre des engagements concrets afin de remplir leurs obligations internationales. Aucune sanction n'est prévue en cas de manquement »¹⁰⁹. « 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 »¹¹⁰. L'avis conclut que « (s)'adressant exclusivement aux gouvernements, les recommandations ne sauraient s'imposer à l'égard d'un législateur national ou d'une autorité judiciaire »¹¹¹.

Comme on l'a vu également, pour peu qu'elle se prononce à ce sujet, la doctrine partage cette conception. Ainsi, 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 »¹¹².

77. S'agissant de la seconde question, celle des rapports entre droit international et droit interne et du caractère directement applicable (*self executing*) ou non directement applicable (*non self executing*) des normes de l'OIT, on rappellera que, d'une manière générale – et même si cette conception dominante est parfois remise en question et critiquée en doctrine –, les autorités fédérales, tant le Conseil fédéral que le Tribunal fédéral, sont 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 directement sur ces conventions et d'invoquer la pratique du Comité de la liberté syndicale¹¹³.

78. En revanche, compte tenu de ce qui a été dit plus haut de la jurisprudence dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme, il ne paraît pas exclu qu'un particulier puisse tirer argument et profit des conventions de l'OIT et de la pratique du Comité de la liberté syndicale devant cette Cour.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 1591. Comme on l'a vu, c'est aussi ce qui ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (voir le n° 50, spécialement la note 67, ci-dessus).

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 1591.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 1592.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 1594.

¹¹² 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 ».

¹¹³ Pour un examen détaillé de la question, voir notre étude du 14 août 2015, partie III, lettre B, chiffre 4.

d) Les Pactes des Nations Unies

i. Remarque liminaire et généralités

79. Bien que le mandat ne demande pas de s'intéresser à ces deux Pactes des Nations Unies¹¹⁴, il nous paraît tout de même nécessaire de nous y arrêter brièvement, puisque la Suisse les a tous deux ratifiés et qu'ils ont donc des effets sur le droit suisse – l'un mentionnant même explicitement le droit de grève –, d'une part, et, d'autre part, qu'il arrive que la Cour européenne des droits de l'homme les prenne en compte dans ses arrêts. Nous ne reviendrons pas en détail sur les éléments d'ordre très général qui ont déjà été développés au sujet de ces deux Pactes dans la précédente étude¹¹⁵, mais nous contenterons ici de présenter les points essentiels en lien avec le droit de grève. Nous examinerons donc, pour chacun des deux Pactes successivement, les dispositions matérielles qui garantissent un éventuel droit de grève, ainsi que la portée de ces dispositions, problématique qui questionne à la fois le mécanisme de contrôle du Pacte et le caractère directement applicable ou, au contraire, non directement applicable des dispositions matérielles en cause.
80. Auparavant, on rappellera que la Suisse a ratifié, le 18 juin 1992, avec effet au 18 septembre 1992, les deux Pactes, 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.

ii. Le Pacte I : droit de grève, caractère directement applicable et mécanisme de contrôle

81. 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.

Le Pacte est particulièrement pertinent pour la présente étude en ce que, parmi les droits syndicaux, 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.

¹¹⁴ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* et *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, tous deux conclus à New York le 16 décembre 1966.

¹¹⁵ Voir notre étude du 14 août 2015, partie III, lettre D, chiffre 5.

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 chiffre 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.

Le Pacte I reconnaît donc explicitement le droit de grève et a des effets sur le droit suisse, puisque notre pays, en ratifiant le Pacte, s'est engagé à « assurer » ce droit, « exercé conformément aux lois » du pays. Le Tribunal fédéral l'a du reste admis, puisque, dans son arrêt du 28 juin 1999, où il a reconnu l'existence d'un droit de grève en Suisse, il s'est fondé à la fois sur l'art. 8 ch. 1 let. d du Pacte et sur le nouvel article 28 de la Constitution fédérale (qui n'était alors pas encore en vigueur)¹¹⁶.

82. La portée concrète de ces effets est cependant plus difficile à déterminer dans la mesure où la question du caractère directement applicable – ou non – de l'article 8 du Pacte est discutée.

Il s'agit de rappeler tout d'abord, à ce sujet, que, en se fondant sur l'art. 2 du Pacte, aux termes duquel les Etats contractants s'engagent à agir « en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus », la conception traditionnelle, en Suisse, considère souvent que les dispositions du Pacte I ne sont, en règle générale, pas directement applicables^{117,118}. 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 applicables¹¹⁹. 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 culturels¹²⁰.

¹¹⁶ ATF 125 III 277, 279-283, c. 2 (l'arrêt est traduit en français au JdT 2000 I 240).

¹¹⁷ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, p. 680, N 1528.

¹¹⁸ Sur le caractère *self executing* ou *non self executing* des normes du droit international en général, c'est-à-dire sur le sens, la portée et les critères de cette distinction, voir notre étude du 14 août 2015, partie III, lettre B, chiffre 4 (n^{os} 188-200).

¹¹⁹ 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.

¹²⁰ 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° 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 Etats 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

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 garantirait selon lui un droit subjectif et justiciable¹²¹. 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 »¹²². Le Tribunal fédéral a d'ailleurs confirmé cette jurisprudence dans des arrêts ultérieurs¹²³. La doctrine partage l'avis du Tribunal fédéral. Selon 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 I¹²⁴. AUER, MALINVERNI et HOTTELIER sont du même avis, tout comme KÜNZLI et KÄLIN, ainsi que WILSON et d'autres¹²⁵.

83. 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*¹²⁶. GARRONE considère lui aussi cette disposition comme directement applicable¹²⁷. 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 grève¹²⁸. 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

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, pp. 52-53, ainsi que KÄLIN/KÜNZLI, 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, notamment pp. 119 ss, et KÜNZLI/EUGSTER/SPRING, *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.

¹²¹ 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.

¹²² ATF 121 V 246, 250, c. 2e. Cf. également ATF 121 V 229, c. 3a ; ATF 121 V 229, c. 2c et 2e.

¹²³ ATF 126 I 240 p. 243 ; ATF 125 III 277, c. 2d ; ATF 123 II 472, c. 4d.

¹²⁴ KUSTER ZÜRCHER, pp. 67 s., N 26 s.

¹²⁵ 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.

¹²⁶ 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.

¹²⁷ GARRONE, p. 803, N 22.

¹²⁸ PORTMANN, p. 227.

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 »¹²⁹.

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 »¹³⁰.

84. La question de l'applicabilité directe des normes du Pacte I – et de l'art. 8 ch. 1 let. d – est donc, on le voit, discutée, pour ne pas dire controversée. On ne saurait néanmoins affirmer que tous ces droits sont, de manière générale, non justiciables.

Tout d'abord, il faut relever que l'application du Pacte I suit le principe de la réalisation progressive des droits consacrés¹³¹, 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 Pacte¹³².

De plus, certains droits garantis par le Pacte I ont été jugés susceptibles d'être directement applicables et invocables en justice par les organes de contrôle des traités, en particulier en l'occurrence par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (ci-après : CDESC ou Comité). C'est le cas, justement, de l'art. 8, concernant la liberté syndicale et le droit de grève, comme le Tribunal fédéral l'a d'ailleurs lui-même indiqué¹³³.

85. Selon la doctrine, qui se fonde sur la pratique des organes des traités, en l'occurrence du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 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 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*).

¹²⁹ *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 ».

¹³⁰ 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.

¹³¹ WILSON, Pacte I, pp. 242 s.

¹³² *Ibid.*, p. 244.

¹³³ ATF 125 III 277, 281, c. 2d, qui se réfère à l'Observation générale n° 3 du Comité (ch. V).

Aux termes de la première de ces obligations, les Etats doivent s'abstenir d'entraver de manière directe ou indirecte l'exercice de ces droits¹³⁴. En vertu de la deuxième obligation, qui se rapproche de l'idée d'effet horizontal des droits garantis, les Etats doivent protéger les individus contre les agissements d'autrui¹³⁵. 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 garantis¹³⁶.

Dans l'ensemble, les Etats ont donc l'obligation « d'assurer, au moins, la satisfaction de l'essentiel de chacun des droits »¹³⁷ que garantit le Pacte I.

86. 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 Etats¹³⁸.
87. 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 2008¹³⁹ et est entré en vigueur le 5 mai 2013¹⁴⁰. 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, 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

¹³⁴ WILSON, Pacte I, p. 249.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 250.

¹³⁶ *Ibid.*, pp. 250-201.

¹³⁷ CDESC, Observation générale n° 12, § 15.

¹³⁸ WILSON, Mécanismes de protection, p. 74 ; sur ce mécanisme, cf. aussi CRAVEN, pp. 30-102.

¹³⁹ Résolution A/RES/63/117, de l'Assemblée générale des Nations Unies, adoptée le 10 décembre 2008.

¹⁴⁰ Conformément à son art. 18, ce Protocole facultatif est entré en vigueur trois mois après sa ratification par 10 Etats parties au Pacte. Au 1^{er} octobre 2015, 21 Etats l'avaient ratifié et 45 signé.

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 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 l'avons vu, 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 »¹⁴¹.

88. 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.

iii. Le Pacte II : droit de grève, caractère directement applicable et mécanisme de contrôle

89. 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.).

90. L'art. 22 du Pacte II, qui garantit la liberté d'association, est la disposition pertinente du Pacte pour cette étude. La disposition 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

141

HERTIG RANDALL, p. 53.

mesures législatives portant atteinte – ou d'appliquer la loi de façon à porter atteinte – aux garanties prévues dans ladite convention ».

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 claires¹⁴². 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 syndicales¹⁴³, tout en niant dans un cas ultérieur une garantie spécifique du droit de grève¹⁴⁴.

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 »¹⁴⁵. Il se montre critique à l'égard de la position du Comité¹⁴⁶ : « 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 »¹⁴⁷.

KUSTER ZÜRCHER critique également l'absence de reconnaissance de la liberté syndicale collective et de protection des syndicats dans leurs activités visant à défendre les intérêts de leurs membres¹⁴⁸. AUER, MALINVERNI et 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 »¹⁴⁹. 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 grève¹⁵⁰.

91. En ce qui concerne la portée de ses dispositions, le Pacte II est, selon DECAUX, la traduction de la nécessité d'un système quasi-juridictionnel au sein des Nations Unies¹⁵¹. 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 Suisse¹⁵² comme ailleurs.

Le Tribunal fédéral reconnaît en effet de manière générale un caractère directement applicable aux dispositions du Pacte II¹⁵³, conception qui est partagée par la doctrine.

¹⁴² NOWAK, *Covenant*, pp. 502 ss, N 15 ss ; ACHERMANN/CARONI/KÄLIN, p. 219.

¹⁴³ Communication n° 52/1979, *Saldías de Lopez v. Uruguay*, in *Yearbook of the Human Rights Committee* 1981-1982, vol. II, p. 324, 326.

¹⁴⁴ 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.

¹⁴⁵ NOWAK, *Covenant*, p. 503, N 18.

¹⁴⁶ *Ibid.*, pp. 503 s., N 17 s.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 504, N 19.

¹⁴⁸ KUSTER ZÜRCHER, pp. 74 s., N 44 ss.

¹⁴⁹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, p. 355, N 742.

¹⁵⁰ ATF 125 III 277, c. 2e.

¹⁵¹ DECAUX, p. 257.

¹⁵² Voir par exemple ATF 119 Ib 311, 318.

¹⁵³ ATF 121 V 246, 249.

Selon KUSTER ZÜRCHER, par exemple, les dispositions du Pacte II, dont notamment l'art. 22, sont directement applicables en droit interne¹⁵⁴. De même, pour AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, les droits garantis par le Pacte II « sont conçus et rédigés pour pouvoir être invoqués directement par les particuliers »¹⁵⁵.

92. 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*, à ce qui a été dit à propos de ce mécanisme pour le Pacte I (n° 86 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 juridiction d'un Etat partie de porter plainte devant le Comité des droits de l'homme. Celui-ci rend des décisions, qui sont en réalité des « constatations » sans portée juridiquement contraignante pour l'Etat et le particulier concernés, qui sont motivées au regard des obligations juridiques de l'Etat¹⁵⁶. 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 correspondantes¹⁵⁷, et par le fait que les constatations du Comité sont rendues publiques.

2. Les sources du droit de grève en droit national

93. En Suisse, le droit de grève a d'abord été admis par la doctrine au cours du XX^e siècle¹⁵⁸. Comme nous le verrons ci-dessous, ce n'est qu'en juin 1999 que le Tribunal fédéral a reconnu qu'il existait, dans notre pays, un droit de grève¹⁵⁹. Cet arrêt, rendu le 28 juin 1999, c'est-à-dire peu après l'adoption de la « nouvelle » Constitution, mais avant son entrée en vigueur, s'est précisément appuyé sur l'art. 28 de la (nouvelle) Constitution consacrant la liberté syndicale, en plus de l'art. 8 du Pacte I de l'ONU et de la doctrine.

On fera donc ici une brève analyse de cet article comme principale source du droit de grève en droit interne, tout en réservant l'examen du contenu matériel de la disposition

¹⁵⁴ KUSTER ZÜRCHER, p. 73, N 40.

¹⁵⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, p. 46, N 101.

¹⁵⁶ WILSON, Mécanismes de protection, p. 79. Plus généralement, sur ce mécanisme de contrôle, voir la thèse de CHRISTOPH PAPPAS, *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).

¹⁵⁷ CDH, *Denzil Roberts c. Barbade*, n° 504/1992, du 19 juillet 1994, § 6.3.

¹⁵⁸ ATF 125 III 277, consid. 2c.

¹⁵⁹ ATF 125 III 277.

à la partie consacrée au contenu du droit de grève et à ses conditions de licéité (lettre C ci-après). On fera en revanche une digression sur la question de la portée des droits fondamentaux en général – et de la liberté d'association en particulier – dans les rapports entre particuliers (question dite de « l'effet horizontal » des droits fondamentaux).

a) L'art. 28 de la Constitution : la garantie de la liberté syndicale

94. La liberté syndicale est garantie par l'art. 28 de la Constitution fédérale, en ces termes :

« ¹Les 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.

²Les conflits sont, autant que possible, réglés par la négociation ou la médiation.

³La 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.

⁴La 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).

b) Les divers aspects de la liberté syndicale : liberté individuelle et liberté collective

95. La liberté syndicale se présente comme un cas particulier de la liberté d'association garantie par l'art. 23 Cst.¹⁶⁰. Elle offre des garanties en ce qui concerne les relations collectives de travail¹⁶¹. 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.

96. 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.
97. 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.

¹⁶⁰ VALLENDER/HETTICH, Commentaire SG, *ad* art. 28 Cst., p. 563, N 1.

¹⁶¹ Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1, p. 180.

c) Excursus : effet horizontal des droits fondamentaux et de la liberté syndicale

i. En général

98. Comme on l'a déjà souligné dans la précédente étude, 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 positives¹⁶².

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 particuliers¹⁶³.

99. 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 direct¹⁶⁴. 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 fondamentaux¹⁶⁵.

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 »¹⁶⁶. Nous reviendrons sur ce point plus loin.

100. 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.)¹⁶⁷. 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

¹⁶² Pour plus de détails, cf. MAHON, Petit commentaire, N 4 ad art. 28 Cst., pp. 312 s.

¹⁶³ 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.

¹⁶⁴ SCHWEIZER, Commentaire SG, ad art. 35 Cst., N 38, p. 724.

¹⁶⁵ 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.

¹⁶⁶ MAHON, Petit commentaire, ad art. 35 Cst., p. 315, note de bas de page 18.

¹⁶⁷ ATF 130 III 353, 355.

(*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 »¹⁶⁸.

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 cause¹⁶⁹. 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 particuliers¹⁷⁰. Cette mise en œuvre des droits fondamentaux (en ce qui concerne les rapports entre les particuliers) par la voie de la législation ordinaire est un des aspects de ce qu'on appelle l'effet horizontal *indirect* des droits fondamentaux¹⁷¹. 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 garantit¹⁷².

ii. En ce qui concerne la liberté syndicale en particulier

101. 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 »¹⁷³. 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.)¹⁷⁴.

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 »¹⁷⁵. Cet effet horizontal indirect se manifeste en plusieurs occasions dans notre ordre juridique.

¹⁶⁸ MAHON, Petit commentaire, N 13 *ad* art. 35 Cst., pp. 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). Pour un examen approfondi d'un potentiel conflit entre la liberté syndicale et la liberté économique, voir notre précédente étude, sur la protection accordée aux représentants des travailleurs, chiffre IV.B, n° 264 ss.

¹⁶⁹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, p. 60, N 129 ; ATF 138 I 475, c. 3.3.

¹⁷⁰ MAHON, Petit commentaire, N 12 *ad* art. 35 Cst., p. 316 ; SCHWEIZER, Commentaire SG, *ad* art. 35 Cst., p. 723, N 36.

¹⁷¹ 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.

¹⁷² 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.

¹⁷³ MAHON, Petit commentaire, N 7 *ad* art. 28 Cst., p. 255.

¹⁷⁴ VALLENDER/HETTICH, Commentaire SG, N 13 *ad* art. 28 Cst., p. 567.

¹⁷⁵ ATF 132 III 122, c. 4.4.1. Cf. également TF 6B_758/2011, du 24 septembre 2012, c. 1.3.

102. 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 obligations¹⁷⁶ 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)¹⁷⁷.

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)¹⁷⁸. Les représentants élus des travailleurs bénéficient ainsi d'une protection spécifique de leur liberté syndicale¹⁷⁹.

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 constitutionnel¹⁸⁰, ainsi que l'art. 336a CO, qui concerne la sanction imposée à l'employeur en cas de congé abusif¹⁸¹.

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.

103. 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 »¹⁸².

¹⁷⁶ 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).

¹⁷⁷ 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, p. 674 ss ; ANDERMATT, p. 15, N 23.

¹⁷⁸ GARRONE, p. 799, N 12 ; DUNAND, Commentaire, N 60 ss ad art. 336 CO, pp. 676 ss.

¹⁷⁹ GARRONE, p. 799, N 12 ; ANDERMATT, p. 16, N 24.

¹⁸⁰ GARRONE, p. 799, N 12 ; ANDERMATT, p. 15, N 22.

¹⁸¹ DUNAND, Commentaire, N 1 ss ad art. 336a CO, pp. 688 ss ; ANDERMATT, p. 17, N 25.

¹⁸² ATF 132 III 122, 133.

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 travail¹⁸³. Les autorités ne doivent dès lors pas intervenir pour empêcher le déroulement d'une grève, sauf en cas de trouble de l'ordre public. 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 »¹⁸⁴.

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 »¹⁸⁵. En effet, comme le notent AUER, MALINVERNI et 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 »¹⁸⁶. Dès lors, du fait de cet effet horizontal de l'art. 28 al. 3 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)¹⁸⁷. C'est la théorie qu'on appelle la théorie de la suspension, développée par la doctrine et reprise par la jurisprudence¹⁸⁸.

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 indirect¹⁸⁹. Certains auteurs, notamment SCHWEIZER, admettent en revanche un effet horizontal direct du droit de grève au sens de l'art. 28 al. 3 Cst.¹⁹⁰.

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 CO)¹⁹¹. 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 obligations¹⁹².

¹⁸³ ANDERMATT, p. 46, N 106.

¹⁸⁴ GARRONE, p. 804, N 31.

¹⁸⁵ MAHON, Petit commentaire, N 15 *ad* art. 28 Cst., p. 259.

¹⁸⁶ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, p. 59, N 126.

¹⁸⁷ ANDERMATT, p. 29, N 57.

¹⁸⁸ 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, ainsi que, plus généralement, sur les conséquences de la participation du travailleur à une grève licite, ci-dessous, partie III, lettre B, chiffre 2.

¹⁸⁹ ATF 132 III 122, c. 4.4.1.

¹⁹⁰ SCHWEIZER, Commentaire SG, N 39 *ad* art. 35 Cst., p. 725.

¹⁹¹ ATF 125 III 277, 284-285.

¹⁹² ATF 132 III 122, c. 4.4.1.

104. 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 morales¹⁹³. Le Tribunal fédéral a admis dans un arrêt du 12 juillet 2010¹⁹⁴ 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 [...] »

« 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 touché¹⁹⁵.

¹⁹³ Cf. art. 89 du Code de procédure civile (CPC), du 19 décembre 2008 qui élargit le droit d'action des organisations, même dans les cas où les membres ne sont pas touchés. Pour la jurisprudence antérieure à l'art. 89 CPC, voir l'ATF 108 II 241, JdT 1996 I 52.

¹⁹⁴ TF 4A_248/2010, du 12 juillet 2010, c. 4.1 et 4.2 (pour toutes les citations qui suivent, dans le texte).

¹⁹⁵ Cf. aussi TF 4A_316/2012, SJ 2013 I 193, 198.

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 »¹⁹⁶. L'obligation d'adhérer à un syndicat porterait en outre atteinte à l'art. 11 CEDH¹⁹⁷.

C. Contenu et conditions de licéité de la grève

105. Après avoir examiné les différentes sources, tant en droit international qu'en droit interne, portant sur la question du principe de la reconnaissance du droit de grève, il s'agit maintenant de revenir plus en détail sur le contenu de ce droit, pour analyser de manière approfondie, en droit positif, les conditions de licéité de son exercice, c'est-à-dire les conditions de licéité de la grève.

On commencera par définir quelques notions et rappeler les distinctions faites par la doctrine, ainsi que présenter de manière générale les diverses conditions de licéité (chiffre 1). On reprendra ensuite dans le détail l'analyse de chacune de ces conditions (chiffres 2 à 5), pour terminer avec quelques considérations sur la licéité des autres moyens de combat que la grève (chiffre 6).

1. Distinctions, définitions et présentation des diverses conditions de licéité

106. Il existe différents types ou différentes formes de grève¹⁹⁸ : grève « classique » qui consiste à « simplement » cesser de travailler, grève du zèle, perlée, tournante, des crayons, des factures, des notes, grève de solidarité, grève sauvage, grève politique, etc. Si toutes ces formes de grève consistent en une « désorganisation collective et concertée du travail par les salariés »¹⁹⁹, toutes ne sont pas pour autant toujours protégées par le droit. En Suisse, et comme nous le verrons encore par la suite, pour qu'une grève soit protégée, il faut qu'elle soit licite.

Le Comité de la liberté syndicale de l'OIT est, de prime abord, plus conciliant : « 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 justifiaient que si la grève perdait son caractère pacifique » (N 545).

107. Du point de vue de la nature de la grève, on distingue aussi, parfois, la grève défensive, qui tend à maintenir des acquis, de la grève offensive, qui vise à obtenir

¹⁹⁶ 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.

¹⁹⁷ Arrêt *Gustafsson v. Sweden*, du 25 avril 1996 (requête n° 15573/89), par. 52.

¹⁹⁸ Pour un panorama détaillé de la typologie des grèves, voir VANNES, pp. 379 ss et SUBILIA/DUC, p. 936-937. Pour une liste concise, voir WAEBER, p. 68.

¹⁹⁹ WAEBER, p. 68 qui cite BOIS, p. 17.

quelque chose (une augmentation salariale, un abaissement de l'âge de la retraite, etc.). Aujourd'hui, la plupart des grèves sont des grèves défensives²⁰⁰.

108. La grève et le lock-out peuvent être définis de la manière suivante : la grève consiste en une « 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 »²⁰¹.

AUER, MALINVERNI et 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 »²⁰².

Le Tribunal fédéral a longtemps laissé ouverte la question de principe concernant l'existence d'un droit constitutionnel à la grève en droit suisse²⁰³. Dans l'ATF 125 III 277, déjà cité, du 28 juin 1999, 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 »²⁰⁴.

109. On peut déduire de la systématique de l'art. 28 Cst. que la grève et le lock-out doivent être considérés comme des corollaires de la liberté syndicale²⁰⁵. Si travailleurs et employeurs n'arrivent pas à un accord par les moyens de la négociation et de 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 ».
110. 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'alinéa 3 sont remplies. Le constituant n'ayant pas explicitement garanti un *droit* de grève, il persisterait ainsi, toujours selon la doctrine, une certaine ambiguïté sur la question d'un droit fondamental à la grève en droit suisse²⁰⁶.

²⁰⁰ SEV-SYNDICAT DU PERSONNEL DES TRANSPORTS, Petit tour d'horizon des luttes de ces dernières années : la grève n'est pas toujours un moyen efficace, SEV-Online, 18 décembre 2014, <http://sev-online.ch/fr/aktuell/kontakt.sev/2014/la-greve-nest-plus-un-tabou/>.

²⁰¹ MAHON, Petit commentaire, N 8 *ad* art. 28 Cst., p. 256. Cf. également ANDERMATT, p. 32, N 67.

²⁰² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, p. 719, N 1631.

²⁰³ Cf. par exemple ATF 111 II 245.

²⁰⁴ ATF 125 III 277, c. 3a. Cf. également ATF 134 IV 216, c. 5.1 ; ATF 132 III 122, c. 4.3.

²⁰⁵ Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1, p. 180. Cf. également ATF 125 III 277, 283.

²⁰⁶ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, p. 720, N 1633; VALLENDER/HETTICH, Commentaire SG, *ad* art. 28 Cst., p. 569, N 23 ; GARRONE, pp. 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.

111. 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 suivantes²⁰⁷ :

- se rapporter aux relations de travail (au sens large) ; en d'autres termes, et selon certains auteurs, le moyen de combat doit poursuivre des buts susceptibles d'être réglés dans une convention collective de travail ;
- respecter une obligation existante de préserver la paix du travail ;
- n'intervenir que lorsque les moyens de négociation et de médiation ont été épuisés (idée de l'« *ultima ratio* », cf. art. 28 al. 2 Cst., ou, pour certains auteurs, de la proportionnalité).

Une quatrième condition est souvent ajoutée par la doctrine et reprise par le Tribunal fédéral : la grève doit être organisée ou soutenue par une organisation de travailleurs²⁰⁸.

112. A titre d'*ex-cursus*, il est intéressant de noter que le Comité de la liberté syndicale pose pour sa part des principes généraux quant aux possibilités d'ériger des conditions relatives à la licéité d'une grève :

« 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).

« Les procédures légales régissant le droit de grève ne devraient pas être compliquées au point que, dans la pratique, il soit impossible de se mettre légalement en grève » (N 548).

Il s'exprime aussi sur la question de savoir à qui revient le droit de déclarer une grève licite ou illicite :

« 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).

2. La grève doit se rapporter aux relations de travail (au sens large)

113. La première condition exige que la grève poursuive des buts en lien avec les relations de travail. La prescription complémentaire consistant à dire que la grève doit reposer sur des revendications qui auraient leur place dans une convention collective est remise en question par certains auteurs²⁰⁹, qui estiment soit qu'elle n'est pas applicable à la fonction publique, dont les rapports de travail sont réglementés par la législation étatique²¹⁰, soit que l'art. 28 al. 3 Cst. ne reprend pas cette condition issue de la jurisprudence antérieure²¹¹. Quant au Tribunal fédéral, il ne connaît pas une position totalement uniforme, puisqu'il ne mentionne pas (ou plus ?) cette condition

²⁰⁷ 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.

²⁰⁸ 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.

²⁰⁹ Pour la doctrine majoritaire ne faisant pas de distinction entre ces deux libellés, voir notamment UDRY, p. 564, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 *ad* art. 357a CO ; SANNA, pp. 34-36.

²¹⁰ ANDERMATT, p. 34, N 74.

²¹¹ WAEBER, p. 65.

dans son arrêt du 13 septembre 2005, l'ATF 132 III 122, alors qu'il la cite (à nouveau ?) dans l'ATF 134 IV 216²¹².

Le Comité de la liberté syndicale de l'OIT penche en faveur d'une interprétation non restrictive :

« Le 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).

Au sens de l'art. 8 du Pacte I, la grève doit avoir pour but de favoriser et de protéger les intérêts économiques et sociaux des travailleurs.

114. Il nous semble ainsi que cette première condition doit être comprise de manière large. Dans ce sens, WAEBER estime par exemple qu'une grève peut « être déclenchée [...] pour des questions graves de salubrité, pour obtenir la réintégration de collègues licenciés²¹³, un plan social, voire même pour s'opposer à la fermeture d'une crèche d'entreprise ou obtenir le départ d'une direction locale contestée »²¹⁴. ANDERMATT cite les cas dans lesquels un conflit éclate dans un mouvement de protestations. Cela peut par exemple découler d'une mauvaise ambiance, gestion ou organisation sur le lieu de travail, ou alors suite à des licenciements arbitraires. Ce genre de débrayages – souvent spontanés²¹⁵ et pas appelés à durer – entrent dans la notion de « relation de travail », bien qu'ils ne visent pas un objectif susceptible d'être réglé par une CCT²¹⁶. WAEBER ajoute encore que « [l]'essentiel est bien que la grève concerne les relations de travail et que la revendication entre dans le champ de compétence de l'employeur »²¹⁷ (nous soulignons).

Le Comité de la liberté syndicale de l'OIT va dans le même sens :

« 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).

« Les organisations chargées de défendre les intérêts socio-économiques et professionnels des travailleurs devraient en principe pouvoir utiliser la grève pour appuyer leur position dans la recherche de solutions aux problèmes posés par les grandes orientations de politique économique et sociale, qui ont des répercussions

²¹² « Ein Streik ist rechtmässig, wenn er von einer tariffähigen Organisation getragen ist, *durch Gesamtarbeitsvertrag regelbare Ziele verfolgt*, nicht gegen die Friedenspflicht verstösst und verhältnismässig ist », c. 5.1.1. (nous soulignons). En l'état, il est difficile de savoir si cette différence est liée à la langue des arrêts (l'ATF 132 III 122 étant rédigé en français) ou si elle est intentionnelle et significative. La première option nous semble tout de même plus probable.

²¹³ Dans le même sens, ANDERMATT, p. 35, N 74, estime que « [l]es grèves revendiquant le réengagement (non susceptibles de poursuites judiciaires) sont licites et sont également reconnues au plan international » (avec citation d'autres auteurs).

²¹⁴ WAEBER, p. 65.

²¹⁵ Sur les grèves spontanées organisées en réaction à des manquements de l'employeur et le caractère admissible à certaines conditions de ce type d'action, voir VANNES, pp. 531 ss.

²¹⁶ ANDERMATT, p. 35, N 75.

²¹⁷ WAEBER, p. 65.

immédiates pour leurs membres, et plus généralement pour les travailleurs, notamment en matière d'emploi, de protection sociale et de niveau de vie » (N 527).

115. Cette première condition a donc pour conséquence logique que les *grèves purement politiques* ne sont pas licites, dans la mesure où il existe, en Suisse du moins, suffisamment d'instruments démocratiques pour les revendications politiques²¹⁸.

Cette position est aussi défendue par le Comité de la liberté syndicale de l'OIT :

« 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).

116. Dans le même ordre d'idée, les *grèves de solidarité*, destinées à soutenir une autre catégorie de travailleurs, peuvent également être interdites ou considérées comme illicites. Il faut toutefois faire preuve de prudence avant de qualifier une grève de la sorte. En effet, actuellement, il existe souvent un même employeur au sens économique pour plusieurs sociétés qui peuvent être juridiquement indépendantes. Dans ce cas, il convient avant tout de tenir compte du rapport économique, plutôt que du rapport juridique. Il s'agit là d'une question d'égalité dans le combat entre partie patronale et salariat²¹⁹.

Ainsi, selon le Comité de la liberté syndicale, « [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). Comme on l'a vu, la Cour européenne des droits de l'homme a une position différente²²⁰. 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).

3. La grève doit respecter une obligation existante de préserver la paix du travail

a) La règle constitutionnelle et ses concrétisations légales

117. La deuxième des conditions posées par la Constitution consiste à respecter les interdictions, légales ou conventionnelles, de faire la grève. Cette condition est concrétisée, au niveau de la loi, de deux manières différentes. Tout d'abord, la loi peut interdire à certaines catégories de personnes de faire grève. Cette hypothèse est explicitement prévue par l'art. 28 al. 4 Cst. et vise à éviter d'importants troubles à l'ordre public ou la mise en danger de la vie d'autrui. Les catégories dont il est question regroupent par exemple les personnes responsables du trafic aérien, des ouvrages de production d'énergie ou encore les pompiers²²¹. Lorsque des conflits surviennent entre

²¹⁸ *Ibid.*, ainsi que, parmi beaucoup d'autres, GARRONE, p. 803, N 25, MAHON, Petit commentaire, *ad* art. 28 Cst., p. 257, N 12. Le Tribunal fédéral est du même avis : ATF 132 II 122, c. 4.4.2.

²¹⁹ WAEBER, pp. 65-66.

²²⁰ Voir l'arrêt *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. The United Kingdom*, du 8 avril 2014, discuté plus haut (n° 50 dans le texte), où la Cour a jugé que l'interdiction des grèves de solidarité n'était pas constitutive d'une violation de l'art. 11 CEDH.

²²¹ Pour plus de détails sur ces restrictions en raison des personnes concernées, voir ci-dessous, les nos 153 ss.

ces travailleurs et leurs employeurs (privés ou publics), il convient de recourir à des mesures de conciliation et d'arbitrage²²².

On reviendra ultérieurement, de manière plus détaillée, sur cette forme de restriction légale du droit de grève – ou d'interdiction de la grève (cf. n^{os} 153 ss ci-dessous).

118. Il existe cependant une autre concrétisation – elle aussi prévue par la loi (art. 357a al. 2 CO) – de cette exigence de respecter une interdiction de faire grève, sous forme de ce qu'on appelle une obligation de paix du travail, interdiction et obligation qui sont étroitement liées à l'existence même des conventions collectives de travail. En effet, l'art. 357a al. 2 CO, relatif aux conventions collectives de travail, prévoit que « [c]haque partie maintient la paix du travail et, en particulier, s'abstient de tout moyen de combat quant aux matières réglées dans la convention ; l'obligation de maintenir la paix n'est illimitée que si les parties en sont convenues expressément ». Il découle de cette disposition qu'il existe deux types de paix du travail : la *paix relative*, qui impose aux parties de respecter la paix pour tous les points réglés par la CCT, et la *paix absolue*, qui oblige les parties à ne pas se mettre en grève, quel que soit l'objet du litige. La paix absolue ne s'impose que si les parties s'y sont expressément engagées dans le cadre de la CCT²²³.

C'est cette obligation de paix du travail qu'il convient d'analyser ici de manière plus approfondie.

b) La convention collective de travail et l'obligation de paix du travail

119. Pour ce faire, on définira, dans un premier temps, l'obligation de paix du travail telle qu'elle résulte du Code des obligations, en examinant également sa raison d'être et sa portée. On analysera ensuite la durée de l'obligation de paix et sa suspension, pour donner enfin quelques exemples, issus de conventions collectives de travail, qui concrétisent ou étendent l'obligation de paix de travail ou encore qui contiennent des règles spécifiques lorsque la paix du travail est suspendue.

i. Définition, raison d'être et portée de l'obligation de paix du travail

120. La paix du travail est donc, comme on l'a dit, l'obligation pour une partie contractante à une convention collective de s'abstenir de tout moyen de combat (dont fait partie la grève). Elle résulte de l'équilibre entre les intérêts des employeurs et ceux des travailleurs. Cet équilibre se concrétise juridiquement par la conclusion et le renouvellement des conventions collectives, auxquelles est directement attachée une obligation de paix. L'article 28 Cst. – et en particulier l'alinéa 3 relatif à l'obligation de préserver la paix du travail – doit dès lors être lu en relation étroite avec l'article 357a alinéa 2 CO qui définit cette obligation de paix du travail dans le cadre du droit des conventions collectives. L'« institutionnalisation » de la paix du travail, dans plusieurs branches, résulte précisément de l'existence même, et du renouvellement régulier et ininterrompu des conventions collectives de travail. *A contrario*, il n'y a pas d'obligation de maintenir la paix du travail – au sens strict du terme – en dehors de l'existence d'une convention collective de travail²²⁴ ou d'une obligation légale, pouvant être imposée à certaines catégories de travailleurs, comme on l'a vu précédemment (n^o 117).

²²² WAEBER, p. 66.

²²³ PASCHOUD, pp. 8-9 ; WAEBER, p. 66.

²²⁴ BRUCHEZ/DONATIello, Commentaire, N 18 *ad* art. 357a CO, p. 1196.

La raison d'être de cette condition de paix du travail repose sur l'idée que lorsqu'il existe un désaccord entre les parties sur des points réglés dans le cadre d'une CCT, il revient au juge de trancher dans le cadre d'une action judiciaire. Les travailleurs ne peuvent pas décider de déclencher une grève, auquel cas ils se feraient eux-mêmes justice²²⁵. Quelques auteurs sont cependant d'un autre avis. BOIS, par exemple, estimait que l'art. 82 CO, relatif à l'exécution d'un contrat bilatéral, permet de faire grève pour que l'accord conclu soit respecté²²⁶. WAEBER partage en partie ce point de vue, en y apportant certaines nuances. Il soutient que lorsque les instances judiciaires peuvent intervenir à temps, le recours à la grève est illicite, mais qu'en revanche, lorsqu'il est nécessaire de réagir promptement à une violation de la CCT par l'employeur, la grève est licite²²⁷. On reviendra sur cette question plus bas. En outre, toujours selon cet auteur, la grève est également licite quand elle vise des buts qui ne peuvent être réglés dans le cadre d'une procédure.

Le Comité de la liberté syndicale de l'OIT va aussi dans ce sens :

« Si les grèves sont interdites tant que les conventions collectives sont en vigueur, cette restriction doit être compensée par le droit de recourir à des mécanismes impartiaux et rapides, autorisant à examiner des plaintes individuelles ou collectives concernant l'interprétation ou l'application des conventions collectives ; ce type de mécanismes non seulement permet de régler pendant la période de validité des conventions les difficultés d'application et d'interprétation qui apparaissent inmanquablement, mais présente en outre l'avantage de préparer le terrain pour de futures séries de négociations dans la mesure où cette procédure permet de déterminer les problèmes qui se sont posés pendant la période de validité de la convention collective en question » (N 533).

121. L'obligation de paix du travail vise tous les « moyens de combat », et non seulement la grève. Mais, comme on l'a vu, la notion de moyen de combat n'est pas définie par la loi. On entend, côté syndical, tous les moyens qui perturbent le processus de production ou de fonctionnement régulier de l'entreprise²²⁸. En font partie la grève – même de courte durée –, le boycott ainsi que les campagnes de presse. Du côté patronal, sont concernés le lock-out, ainsi que tous les autres moyens qui ont pour but de se soustraire à l'application de la CCT (par exemple, la délocalisation en dehors du champ d'application de la convention, le recours massif au travail temporaire, etc.). Ne font en revanche pas partie des moyens de combat, le fait de préparer des mesures de combat en perspective de l'expiration de la CCT ou le fait d'exprimer des revendications en vue du renouvellement de la convention²²⁹.

122. On distingue l'obligation de paix *relative* de l'obligation de paix *absolue*.

L'obligation de paix *relative* est l'obligation pour les parties à la convention de s'abstenir de tout moyen de combat quant aux matières réglées dans la convention (article 357a al. 2 CO). Les parties ne peuvent pas non plus recourir à la grève lorsque la convention prévoit expressément qu'une question relève de la négociation entre les parties dans le cadre d'un contrat individuel de travail²³⁰. Selon la doctrine majoritaire,

²²⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 *ad* art. 357a CO, p. 1476 ss ; WYLER/HEINZER, pp. 794 ss ; WAEBER, p. 66.

²²⁶ BOIS, p. 87.

²²⁷ Sont mentionnés à titre d'exemple l'obtention d'un plan social lors d'une fermeture d'entreprise ou l'abandon d'une soudaine délocalisation.

²²⁸ HÄBERLI, chap. K, N 20 *ad* art. 357a CO, p. 256.

²²⁹ BRUCHEZ/DONATIello, Commentaire, N 23 *ad* art. 357a CO, p. 1199.

²³⁰ *Ibid.*

entrent également dans la paix relative les questions non réglées dans la convention, mais qui ont été discutées lors des négociations et où les revendications émises par une partie à leur propos ont été clairement abandonnées afin d'aboutir à un accord²³¹. En revanche, il n'y a pas de paix relative si une question, abordée lors de négociation, reste ouverte ; « il en va de même si, sur une question, telle que l'adaptation annuelle des salaires ou le plan social en cas de licenciement collectif, la convention prévoit uniquement que des négociations collectives doivent être ouvertes sans prévoir d'arbitrage obligatoire en cas d'échec de celles-ci »²³².

Quant à l'obligation de paix *absolue*, elle s'étend également aux matières qui ne sont pas réglées par la convention collective de travail. Elle suppose un accord exprès des parties contractantes, conclu en la forme écrite, comme cela est exigé pour toutes les clauses de la convention (art. 356c CO)²³³. Un accord de paix absolue exclut en principe tout recours à la grève pendant la durée de la convention. La portée de chaque cas est une question d'interprétation ; en cas de doute, toute clause imprécise devrait être interprétée en faveur de la liberté syndicale, c'est-à-dire de l'obligation relative de maintien de la paix du travail²³⁴.

123. L'obligation de paix du travail de l'article 357a CO n'est pas de nature normative, mais purement obligationnelle. Elle ne lie que les parties à la convention²³⁵. Par conséquent, elle ne peut, par définition, pas faire l'objet d'une décision d'extension²³⁶. Par ailleurs, la clause de paix du travail n'impose pas directement des obligations aux travailleurs. Elle a, cependant, un effet indirect sur ceux-ci car elle intervient dans l'appréciation du caractère licite ou non de la grève qui détermine à son tour si l'employé a violé ses obligations de diligence et de fidélité (cf. art. 321a CO)²³⁷.
124. La paix du travail comporte également un aspect positif, à savoir l'obligation pour les parties d'agir auprès de leurs membres pour qu'ils observent la paix. Ce principe découle, en particulier, de l'article 357a al. 1 CO, lequel mentionne que « [l]es parties veillent à l'observation de la convention ; à cette fin, les associations interviennent auprès de leurs membres en usant, au besoin, des moyens que leur confèrent leurs statuts et la loi ». La doctrine mentionne, outre la condamnation des actes d'hostilité, des mesures plus drastiques telles que le prononcé d'une amende, la suspension et l'exclusion, voire, dans les cas particulièrement graves, l'exclusion pour justes motifs²³⁸.

ii. Durée et suspension de l'obligation de paix du travail

125. L'obligation de paix – tant relative qu'absolue – étant liée à l'existence d'une convention, elle prend fin de manière automatique à l'échéance de celle-ci. Il est important de préciser que l'obligation de paix cesse déjà lorsqu'une partie résilie la CCT sans proposer de nouvelles négociations sérieuses²³⁹. Cela ne veut toutefois pas

²³¹ BRUCHEZ/DONATIELLO, Commentaire, N 25 *ad* art. 357a CO, p. 1199-1200, et les références citées.

²³² *Ibid.*, N 25 *ad* art. 357a CO, p. 1200.

²³³ *Ibid.*, N 24 *ad* art. 357a CO, p. 1199.

²³⁴ HÄBERLI, chap. K, N 24 *ad* art. 357a CO, p. 258.

²³⁵ WYLER/HEINZER, p. 796 ; HÄBERLI, chap. K, N 27 *ad* art. 357a CO, p. 259.

²³⁶ BRUCHEZ/DONATIELLO, Commentaire, N 29 *ad* art. 357a CO, p. 1201.

²³⁷ WYLER/HEINZER, p. 796.

²³⁸ AUBERT G., L'obligation de paix, p. 197.

²³⁹ HÄBERLI, chap. K, N 26 *ad* art. 357a CO, p. 260.

dire qu'au moment de la résiliation, ou même après l'échéance de la convention, le recours à la grève est immédiatement possible ; en vertu du principe de l'*ultima ratio*, la grève suppose que tous les moyens de négociation et de conciliation aient été tentés et aient échoué²⁴⁰.

126. La question de savoir si une partie peut suspendre son obligation de maintenir la paix du travail sur la base de l'article 82 CO (et ainsi se mettre en grève) en cas de violation par l'autre partie contractante de ses obligations reste controversée.

Selon BRUCHEZ et DONATIELLO, une violation grave et persistante par une partie contractante de son devoir d'intervenir auprès de ses membres pour faire respecter la CCT (art. 357a al. 1 CO) permet à la partie adverse de se prévaloir de l'exception de contrat non exécuté (art. 82 CO) et de surseoir à son obligation de maintenir la paix²⁴¹. WYLER et HEINZER, qui reprennent en partie la thèse de GABRIEL AUBERT²⁴², sont d'un autre avis. Selon ces auteurs, on peut douter que les obligations respectives des parties à une CCT soient réellement dans un rapport d'échange, soit qu'elles présentent un rapport synallagmatique, la CCT présentant plutôt des aspects d'une société simple tendant vers un but commun. Par ailleurs, les moyens de lutte collective ne peuvent qu'avoir comme but l'obtention d'une réglementation des conditions de travail, ce qui exclut une grève motivée par la volonté de faire respecter une CCT existante par un cocontractant²⁴³.

iii. Extraits de quelques conventions collectives de travail à titre d'exemples

127. Comme indiqué, on citera encore ici, à titre d'exemples, quelques clauses qui figurent dans des conventions collectives de travail et qui permettent d'illustrer les relations entre ces conventions et les questions liées à l'obligation de paix du travail. Différents types de clauses sont présentés ici. Il s'agit, d'une part, de clauses portant sur la paix du travail, notamment sur l'interdiction du recours à la grève, et, d'autre part, de clauses qui prévoient des règles en cas de suspension ou de fin de la paix du travail. Comme nous le verrons dans la partie suivante (cf. partie III, lettre F, chiffre 1), plusieurs conventions collectives de travail contiennent des règles de protection des travailleurs exerçant leur activité syndicale.

128. De nombreuses CCT connaissent des clauses sur la paix du travail *relative*, qui, on l'a vu, résulte déjà de la loi (art. 357a al. 2 CO). Ces conventions ne font donc que rappeler l'obligation de paix du travail²⁴⁴. D'autres CCT contiennent des clauses qui prohibent de manière absolue le recours à la grève, en d'autres termes qui étendent l'obligation de paix du travail.

Il s'agit, ici, de donner quelques exemples de solutions adoptées par les partenaires sociaux.

²⁴⁰ Voir ci-dessous, n^{os} 130 ss.

²⁴¹ BRUCHEZ/DONATIELLO, Commentaire, N 13 *ad* art. 357a CO, p. 1194 ; dans le même sens, HÄBERLI, chap. K, N 11 *ad* 357a CO, p. 253.

²⁴² AUBERT G, L'obligation de paix, p. 222 s.

²⁴³ WYLER/HEINZER, p. 797 ; dans le même sens, STÖCKLI, BK 1999, N 43 *ad* art. 357a CO, p. 300 ; SUBILIA/DUC, N 16 *ad* art. 357a CO, p. 934 ; VISCHER/ALBRECHT, ZK 2006, N 47 *ad* art. 357a CO, p. 250 (qui envisagent toutefois la suspension de l'obligation de paix dans des cas exceptionnels où le recours au juge ne peut pas être exigé).

²⁴⁴ RIEGER, chap. D, N 70, p. 119.

Art. 5 CCT du second œuvre romand (CCT étendue) :

« Les parties s'engagent à exécuter les obligations conventionnelles et, pendant toute la durée de la présente convention, à ne rien entreprendre qui soit de nature à troubler la paix du travail au sens de l'art. 357a) al. 2 CO ».

Art. 7 al. 2 CN pour le secteur de la construction en Suisse (CCT étendue) :

« Pour toute la durée de la CN, les parties contractantes s'engagent pour elles-mêmes, pour leurs sections et pour leurs membres à respecter la paix absolue du travail au sens de l'art. 357a al. 2 CO. En conséquence, toute action susceptible de troubler le déroulement normal du travail, telle que grève, menace de grève, incitation à la grève, toute résistance passive de même que toute mesure punitive ou autre mesure de lutte, telles que mise à l'interdit ou lock-out, est interdite ».

Art. 4.2 CCT dans la branche des techniques du bâtiment (CCT étendue) :

« Les parties contractantes s'engagent à respecter la paix absolue du travail ».

Art. 54.1 CCT nationale des coiffeurs (CCT étendue) :

« Les parties contractantes observeront la paix absolue du travail. Elles s'abstiendront de tout acte d'hostilité tel que mise à l'index, grève et lock-out ».

Art. 4 al. 2 CCT pour la construction de voies ferrées (CCT étendue) :

« Pour toute la durée de la CCT, les parties contractantes s'engagent pour elles-mêmes, pour leurs sections et pour leurs membres à respecter la paix absolue du travail au sens de l'article 357a, alinéa 2, CO. En conséquence, toute action susceptible de troubler le déroulement normal du travail, telle que grève, menace de grève, incitation à la grève, toute résistance passive de même que toute mesure punitive ou autre mesure de lutte, telles que mise à l'interdit ou lock-out, est interdite ».

Art. 1.3 al. 1 à 2 CCT des industries horlogère et microtechnique suisses :

« Pour prévenir les conflits sociaux préjudiciables aux intérêts du pays et des populations concernées par la présente CCT, la Convention patronale, les organisations patronales et leurs membres d'une part, le syndicat Unia et ses membres d'autre part s'abstiennent, pendant la durée de la présente convention, de tout acte propre à troubler les bonnes relations entre employeurs et travailleurs ».

Ils s'engagent notamment à ne pas recourir au lock-out ou à la grève, sous quelque forme que ce soit ».

Art. 2 CCT dans l'industrie des machines, des équipements électriques et des métaux :

« Les parties contractantes reconnaissent la valeur de la paix du travail et s'engagent à la respecter de manière intégrale et à user de leur influence auprès de leurs membres pour qu'ils la respectent. Toutes mesures de combat sont par conséquent exclues, même pour des questions non réglées par la CCT.

Cette obligation de respecter la paix absolue du travail vaut également à titre individuel pour les travailleuses et les travailleurs et les employeurs ».

129. Par ailleurs, certaines CCT contiennent des dispositions quant aux règles de comportement que les parties se doivent de suivre en cas de recours (possible) à la grève ou qui précisent quand un travailleur est en droit d'utiliser ce moyen de combat.

Nous mentionnerons ici quelques-unes de ces conventions :

Art. 4.2 CCT Métal – Vaud :

« Les parties et leurs membres sont déliés de cette obligation [de maintenir la paix du travail] à l'égard des entreprises ou des travailleurs qui violeraient manifestement les dispositions de la présente convention ou une sentence arbitrale rendue en application de la présente convention, à la condition que cette violation soit constatée par la Commission professionnelle paritaire et que tous les moyens de résoudre le litige autres que l'atteinte à la paix du travail aient été épuisés ».

Art. 1.3 al. 3 CCT des industries horlogère et microtechnique suisses :

« Si néanmoins de tels conflits risquent d'éclater ou éclatent, la Convention patronale, les organisations patronales concernées et le syndicat Unia en sont immédiatement saisis et s'emploient à les résoudre. Les procédures de médiation et d'arbitrage sont réservées ».

Art. 9 al. 1 CCT de la branche du travail temporaire (CCT étendue) :

« Les travailleurs ne seront pas placés, en tant que briseurs de grève, dans des entreprises locataires faisant la grève de manière légale ».

4. La grève doit n'intervenir que lorsque les moyens de négociation et de médiation ont été épuisés (règle de l'*ultima ratio* ou de la proportionnalité)

130. La troisième condition consiste à exiger des travailleurs qu'ils ne recourent pas à la grève avant d'avoir épuisé les autres moyens d'action à leur disposition, en particulier la négociation et la médiation. Cette condition, explicitement mentionnée à l'art. 28 al. 2 Cst., découle aussi de la loi fédérale, du 18 juin 1914, sur le travail dans les fabriques²⁴⁵, loi qui prévoit le recours à un office cantonal de conciliation en cas de litige collectif. Pour les conflits qui dépassent les frontières cantonales, les parties doivent saisir l'Office fédéral de conciliation²⁴⁶ et attendre la fin de la procédure, avant d'engager une grève. Dans le cas contraire, la grève est illicite.

Cette vision est également retenue par le Comité de la liberté syndicale de l'OIT :

« 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).

« En règle générale, une décision de suspendre une grève pour une période raisonnable de façon à permettre aux parties de rechercher une solution négociée grâce à des efforts de médiation ou de conciliation ne constitue pas une violation des principes de la liberté syndicale » (N 550).

« Le comité a insisté sur le fait que, si la loi peut restreindre provisoirement les grèves jusqu'à ce que tous les moyens de négociation, de conciliation et d'arbitrage aient été épuisés, une telle restriction devrait s'accompagner de procédures de conciliation ou d'arbitrage appropriées, impartiales et expéditives, aux diverses étapes desquelles les intéressés devraient pouvoir participer » (N 551).

131. La doctrine (comme le Tribunal fédéral²⁴⁷) assimile en général la notion d'*ultima ratio* au principe de la proportionnalité. Cette manière de voir implique donc non seulement que la grève ne peut être déclenchée qu'en dernier ressort (après négociation), mais

²⁴⁵ RS 821.41.

²⁴⁶ Au sens de la Loi fédérale concernant l'Office fédéral de conciliation en matière de conflits collectifs du travail, du 12 février 1949, RS 821.42.

²⁴⁷ ATF 132 III 122, c. 4.4.2.

encore qu'elle ne peut l'être que lorsque la situation est suffisamment grave pour justifier de recourir à ce moyen.

Le texte constitutionnel ne parle toutefois pas explicitement de proportionnalité et WAEBER est d'avis « qu'il n'appartient [...] à aucune autorité extérieure aux parties en conflit de décider [...] si la revendication était suffisamment importante pour justifier le recours à la grève. [...] les parties sont libres dans le choix des moyens collectifs de lutte pour tenter de faire aboutir leurs revendications »²⁴⁸.

Le Comité européen des droits sociaux est du même avis : lorsque le juge décide que le recours à une grève est prématuré, « il s'érige en juge de l'opportunité [...], prérogative essentielle des syndicats ». Dans un tel cas, le droit de grève est touché et est privé de son effectivité²⁴⁹.

5. La grève doit être soutenue par une organisation de travailleurs (titularité du droit de grève)

a) En général

132. Enfin, une partie de la doctrine ainsi que le Tribunal fédéral ajoutent à cette liste une quatrième condition qui exige que la grève soit organisée ou soutenue par une organisation de travailleurs²⁵⁰. La grève est considérée comme un instrument de la négociation collective. Du point de vue fonctionnel, elle se limite ainsi au niveau de droit collectif²⁵¹. Il découle de cette quatrième condition que les *grèves sauvages* de travailleurs individuels non organisés sont considérées comme illicites²⁵².

133. Le Tribunal fédéral a retenu cette quatrième condition dans l'ATF 125 III 277, en affirmant :

« 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 »²⁵³.

Il a ensuite confirmé cette jurisprudence sous l'empire de la nouvelle Constitution dans les ATF 132 III 122 et 134 IV 216²⁵⁴.

²⁴⁸ WAEBER, pp. 66-67.

²⁴⁹ Cf. COMITÉ EUROPÉEN DES DROITS SOCIAUX, Digest, p. 54, qui renvoie aux Conclusions 2005 (XVII-1), Pays-Bas (« le recours par les juridictions néerlandaises au critère de proportionnalité pour apprécier la question de savoir si le recours à la grève est prématuré les conduit à s'ériger en juge de l'opportunité, et donc de la licéité de la grève. [Le Comité] considère que "ces pratiques jurisprudentielles sont de nature à tenir en échec l'exercice du droit de grève et impliquent un dépassement des restrictions admises par l'article 31 de la Charte [version non révisée]" »).

²⁵⁰ 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.

²⁵¹ VALLENDER/HETTICH, Commentaire SG, *ad* art. 28 Cst., p. 572, N 29 ; SANNA, pp. 33-34.

²⁵² 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.

²⁵³ ATF 125 III 277, c. 3a.

²⁵⁴ ATF 134 IV 216, c. 5.1 ; ATF 132 III 122, c. 4.4.

Selon une partie de la doctrine, le droit de grève ne ferait donc pas partie des droits fondamentaux individuels. En d'autres termes, il n'existerait pas de droit individuel de faire la grève, seuls les syndicats ayant le droit de déclencher une grève²⁵⁵. Rappelons à ce titre qu'en Suisse les syndicats sont généralement constitués en associations (au sens des articles 60 ss CC), plus rarement en sociétés coopératives²⁵⁶. Pour certains auteurs, l'organisation des travailleurs doit répondre aux critères de l'association²⁵⁷. Dans le cadre d'une association, cela implique que la grève soit votée et approuvée par la majorité des votants²⁵⁸.

Toutefois, certains auteurs estiment que le terme d'organisation doit être compris dans un sens plus large. WYLER et HEINZER parlent par exemple d'« acte d'association (au sens large) ». Pour eux, « la décision de faire grève doit dès lors être prise conformément aux règles du droit civil régissant la personne morale en question, par l'organe compétent »²⁵⁹. STÖCKLI parle lui de coalitions *ad hoc*²⁶⁰.

134. Précisons encore que cette discussion relative à la « titularité » ne porte que sur la *décision de déclencher* la grève – ou de la soutenir – et pas sur la *participation* à cette action collective. Ainsi, les travailleurs, à titre individuel, et même les travailleurs non syndiqués, ont le droit de participer à une grève licite. Ce faisant, ils ne vont donc pas à l'encontre de leurs obligations contractuelles.

Il n'en demeure pas moins qu'il nous paraît utile d'approfondir la question de savoir s'il faut, avec la jurisprudence et une partie de la doctrine, admettre que seul un syndicat peut – et doit pouvoir – déclencher une grève. Ou s'il faut au contraire retenir une exigence moins stricte, dans le sens qu'une organisation minimale est certes nécessaire, mais que cette organisation peut rester simple et minimale, *ad hoc*, en quelque sorte, l'idée étant que ce qui est nécessaire, c'est l'existence d'une représentation des travailleurs, susceptible de fonctionner comme partenaire de discussion dans la négociation avec l'employeur. On examinera donc tout d'abord, ci-après, les éventuels apports du droit international sur cette question, avant de proposer une appréciation critique.

²⁵⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, p. 725, N 1645 ; WYLER/HEINZER, pp. 793 s ; PORTMANN, pp. 209 ss qui fonde son raisonnement sur une analyse de l'art. 8 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Pour plus de détails sur cet aspect, voir notre précédente étude, sur la protection accordée aux représentants des travailleurs, chiffre III.C.2.c, n° 217. UDRY détaille la situation avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution (pp. 562-563) et celle prévalant actuellement (pp. 565-567). Bien qu'il reconnaisse que la position de WAEBER (p. 67) est pertinente, il conclut néanmoins que la condition de grève organisée implique une personne morale à même de conclure une CCT (cf. note 257 **Erreur ! Le signet n'est pas défini.**, ci-dessous).

²⁵⁶ Sur ce point, voir notre étude consacrée à la protection accordée aux représentants des travailleurs, chiffre II.C.2.a, n° 60. Le Tribunal fédéral a reconnu, à l'ATF 132 III 122, qu'un syndicat organisé sous forme de société coopérative remplissait la condition de l'organisation.

²⁵⁷ UDRY, pp. 568-569, qui soutient qu'il faudrait en tous les cas qu'il s'agisse d'une personne morale habilitée à conclure une convention collective de travail. Il exclut de ce fait clairement les « groupes de travailleurs même liés par un contrat de société simple, ou d'un organe de représentation des travailleurs à l'intérieur de l'entreprise ». Il se réfère notamment au message relatif à la nouvelle Constitution fédérale, cf. FF 1997 I 1, p. 181 et renvoie également à SANNA, p. 34, AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, N 1641, AUBERT-PIGUET, p. 1499, ainsi que GARRONE, p. 804, N 28, qui, lui, rappelle que « [l]e constituant a toutefois renoncé à cette condition pour permettre à la jurisprudence de l'assouplir ».

²⁵⁸ SANNA, p. 34 ; WYLER/HEINZER, p. 794 ; AUBERT-PIGUET, p. 1499 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 *ad art.* 357a CO, p. 1479.

²⁵⁹ WYLER/HEINZER, p. 794.

²⁶⁰ STÖCKLI, *Streikrecht*, pp. 174-178.

b) Apports du droit international

i. Au sens de la CEDH

135. La titularité de la liberté syndicale au sens de l'art. 11 par. 1 CEDH ne ressort pas explicitement du texte de la disposition qui parle uniquement de « toute personne ». Il résulte toutefois de la jurisprudence de la Cour que non seulement les individus, mais également les syndicats sont bénéficiaires de la liberté syndicale²⁶¹.

L'art. 11 CEDH protège ainsi la liberté syndicale non seulement individuelle, mais également collective²⁶².

La jurisprudence de la Cour ne précise toutefois pas si la liberté syndicale octroie aussi aux individus le droit de *déclencher* la grève, ou seulement le droit d'y *participer*.

ii. Au sens de la Charte sociale européenne

136. L'interprétation de la Charte sociale européenne par le Comité européen des droits sociaux a en revanche apporté plusieurs précisions quant à la question de savoir qui peut déclencher la grève, au sens de la Charte. Le Comité est d'abord parti d'une interprétation assez large²⁶³ pour arriver aujourd'hui à une position plus restrictive²⁶⁴ : il admet désormais qu'il est possible de réserver à un syndicat le droit de déclencher une grève, pour autant toutefois que « la constitution d'un syndicat ne soit pas soumise à des formalités excessives »²⁶⁵. En revanche, le Comité a estimé que la décision de déclencher la grève ne doit pas être réservée aux seuls syndicats représentatifs. Le Comité verrait là une restriction non conforme à l'art. 6 ch. 4 de la Charte²⁶⁶. Il précise encore que dès que la grève est déclenchée, « tout employé concerné, qu'il soit membre ou non d'un syndicat ayant déclenché ou non la grève, a le droit de participer à la grève » et de bénéficier des protections correspondantes²⁶⁷.
137. Dans ses différentes conclusions adressées aux Etats, le Comité ne semble toutefois pas s'être demandé si cette position n'implique pas nécessairement une affiliation

²⁶¹ 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) ; affaire *Wilson, National Union of Journalists et autres c. Royaume-Uni*, du 2 octobre 2002 (requêtes n°s 30668/96, 30671/96 et 30678/96) ; affaire *Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E.) c. Espagne*, du 14 septembre 2015 (requête n° 45892/09).

²⁶² KUSTER ZÜRCHER, p. 57, N 4.

²⁶³ En 1971, dans ses conclusions à l'Allemagne (conclusions II-3), le Comité estimait ainsi qu'« un groupe de travailleurs devrait pouvoir déclencher une grève, même en dehors de tout cadre syndical ».

²⁶⁴ Pour plus de détails sur cette évolution, voir LENIA, pp. 164 ss.

²⁶⁵ COMITÉ EUROPÉEN DES DROITS SOCIAUX, Digest, p. 55 qui renvoie aux Conclusions 2004, Suède : « Cela signifie que cette disposition n'implique pas que les Etats sont obligés d'habiliter tout groupe de travailleurs à décider la grève mais laisse aux Etats la possibilité d'opérer des choix quant aux groupes dotés du droit de déclencher la grève et donc la possibilité de réserver aux syndicats le droit en question. Toutefois, un tel choix restrictif n'est conforme à l'article 6 § 4 de la Charte révisée que si la constitution d'un syndicat est possible à tous les niveaux et n'est pas sujette à un formalisme qui entraverait la prise de décision parfois rapide que nécessite le recours à la grève ». En l'occurrence, le Comité estime que dans le cas de la Suède, cette condition est remplie en raison « du fort taux de syndicalisation ». En revanche, une réglementation qui impose un délai de 30 jours pour former un syndicat n'est par exemple pas conforme à l'art. 6 ch. 4. Cf. Conclusions 2005 (XVII-1), Portugal.

²⁶⁶ *Ibid.*, renvoi aux Conclusions 2000 (XV-1), France.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 55, ainsi que p. 57 qui renvoie aux Conclusions 2006 (XVIII-1), Danemark.

syndicale pour déclencher une grève. Ce constat conduit à s'interroger sur une éventuelle atteinte à la liberté syndicale négative ou, autrement dit, au droit de ne pas adhérer à une telle organisation. En outre, exiger que ce soit un syndicat qui déclenche la grève n'est pas évident dans les secteurs qui ne sont pas organisés collectivement, même si le Comité a nuancé en précisant que cette exigence des syndicats n'est admissible que s'ils peuvent être constitués sans formalités excessives. En tous les cas, il convient de souligner ici que le Comité n'accorde ce « privilège » aux syndicats que pour *déclencher la grève*, mais le droit d'y participer revient à tous les travailleurs, qu'ils soient syndiqués ou non.

138. De la même manière qu'il admet que le droit de déclencher la grève puisse être réservé à un syndicat, le Comité estime que le droit de lock-out ne peut pas être reconnu à un employeur individuel (sauf circonstances exceptionnelles²⁶⁸).

iii. Au sens des Conventions de l'OIT

139. De manière générale, tout d'abord, le Comité de la liberté syndicale de l'OIT a rappelé le *droit des travailleurs et des employeurs*, sans distinction d'aucune sorte, de *constituer des organisations* :

« 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)²⁶⁹.

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).

Toujours dans le cadre de la constitution d'organisations librement choisies et de la libre affiliation, le Comité a également rappelé qu'« [e]n 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

²⁶⁸ En particulier « lorsque l'action des travailleurs en grève prend des formes violentes ou extrêmes (sabotage, empêchement de travailler pour les salariés non-grévistes, violences). Dans ce cas, l'employeur vise à préserver l'outil de production et à empêcher la désorganisation du travail ». COMITÉ EUROPÉEN DES DROITS SOCIAUX, Digest, p. 55 qui renvoie aux Conclusions 1986 (IX-2), Italie.

²⁶⁹ COMITÉ DE LA LIBERTÉ SYNDICALE, *Recueil*, pour toutes les mentions qui suivent.

des syndicats et de s'y affilier implique la libre détermination de la structure et de la composition de ces syndicats » (N 333).

140. Plus spécifiquement, sur la question de savoir *qui est légitimé à déclencher une grève*, le Comité a adopté la position suivante :

« Il ne semble pas que réserver le droit de déclencher une grève aux seules organisations syndicales soit incompatible avec les normes de la convention no 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).

« L'interdiction faite aux fédérations et confédérations de déclencher la grève n'est pas compatible avec la convention no 87 » (N 525).

141. Le Comité s'est aussi prononcé sur le nombre de travailleurs nécessaires pour approuver la déclaration de la grève :

« Quant à la majorité exigée par une législation pour la déclaration d'une grève légale (les deux tiers des voix de la totalité des membres de l'organisation ou section), et dont l'inobservation peut entraîner une sanction des autorités administratives, y compris la dissolution du syndicat, le comité a rappelé les conclusions de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, selon lesquelles une telle disposition constitue une intervention des autorités publiques dans l'activité des syndicats, intervention de nature à limiter les droits de ces organisations, contrairement à l'article 3 de la convention » (N 555).

« Le fait que la décision de déclarer une grève doive être approuvée par plus de la moitié de tous les travailleurs concernés est une exigence trop élevée qui pourrait par trop limiter la possibilité de faire grève, surtout dans les grandes entreprises » (N 556).

« La majorité absolue des travailleurs concernés pour le déclenchement d'une grève peut être difficile à atteindre, en particulier dans les cas de syndicats regroupant un grand nombre d'adhérents. Une disposition exigeant une telle majorité peut donc entraîner un risque de limitation importante au droit de grève » (N 557).

iv. Au sens des Pactes des Nations Unies

142. 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 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 membres²⁷⁰.

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

²⁷⁰

KUSTER ZÜRCHER, p. 70, N 31.

d'exercer librement leur activité. Font partie de cette activité syndicale protégée notamment « le libre exercice de la négociation salariale collective »²⁷¹.

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 »²⁷². 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 »²⁷³. Il peut s'agir par exemple du respect d'un délai d'attente ou du recours à une procédure de conciliation.

143. Dans le cadre du *Pacte II*, la liberté syndicale est 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. NOWAK retient clairement que « freedom of trade unions covers the collective right of unions to perform activities to protect the interests of their members »²⁷⁴. Selon 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 »²⁷⁵.

c) *Appréciation critique*

144. La conception qui consiste à ne reconnaître le droit de déclencher une grève qu'aux seuls syndicats paraît discutable pour plusieurs raisons. Tout d'abord, il faut relever que l'Assemblée fédérale (notamment et explicitement le Conseil national)²⁷⁶ a, après discussion, renoncé à inclure une telle condition à l'art. 28 Cst.²⁷⁷.

Ensuite, le droit de grève est certes, à l'instar de plusieurs autres droits fondamentaux (comme les libertés d'association et de réunion, par exemple²⁷⁸), 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 titulaire²⁷⁹.

²⁷¹ KUSTER ZÜRCHER, p. 69, N 29 ; cf. également p. 70, N 33.

²⁷² *Ibid.*, p. 71, N 34.

²⁷³ *Ibid.*, p. 71, N 36.

²⁷⁴ NOWAK, *Covenant*, p. 502, N 15.

²⁷⁵ KUSTER ZÜRCHER, p. 74, N 44.

²⁷⁶ Cf. BO CN 1998 426-438, 23 septembre 1998.

²⁷⁷ 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.

²⁷⁸ Mais aussi, dans une autre mesure, le droit au mariage garanti à l'art. 14 Cst.

²⁷⁹ GARRONE, p. 803, N 23 ; MAHON, *Petit commentaire*, *ad* art. 28 Cst., p. 257, note de bas de page 20.

145. Du point de vue de la *finalité* de cette condition, ce qui nous semble primordial est d'avoir des acteurs à même de représenter les travailleurs en grève et de défendre leurs revendications, en bref d'avoir des interlocuteurs, ou des porte-paroles, pour mener les négociations avec l'autre partie²⁸⁰. En ce sens, il nous paraît donc que l'élément essentiel de cette quatrième condition consiste dans le fait que les travailleurs soient *organisés*. Il importe peu que la grève soit soutenue par un syndicat.
146. Il existe encore un autre élément dont il faut tenir compte : si l'exigence que la grève soit déclenchée par un syndicat devait être retenue de manière absolue et stricte, cela priverait de fait les travailleurs de certains secteurs économiques – non organisés syndicalement – de leur droit de grève²⁸¹.

Dans ce sens, on peut se demander si le droit de déclencher une grève ne devrait pas, à tout le moins, dans les branches où il n'existe pas de syndicats, être reconnu aux représentants élus des travailleurs au sens de la loi sur la participation. Pour les plus petites entreprises (moins de 50 travailleurs, cf. art. 3 de la loi sur la participation), qui n'ont pas de représentation élue, on pourrait même imaginer que les travailleurs se réunissent pour désigner une représentation *ad hoc*.

147. Enfin dernier élément, mais pas des moindres du point de vue constitutionnel, si le droit de déclencher une grève n'était accordé qu'aux syndicats et, donc, aux personnes syndiquées, cela pourrait fortement porter atteinte à la liberté syndicale *négative*, c'est-à-dire au droit de ne pas adhérer à un syndicat, les travailleurs concernés étant pratiquement contraints de choisir entre l'adhésion à un syndicat ou la renonciation à leur « droit » de grève²⁸².

Sur cet aspect, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle également que l'art. 11 par. 1 CEDH garantit aussi la liberté syndicale *négative*, dans le but de protéger les travailleurs contre toute affiliation forcée à un syndicat²⁸³. La pratique générale du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (Pacte I) va dans le même sens²⁸⁴, de même que l'art. 22 ch. 1 du Pacte II relatif aux droits civils et politiques, qui protège également la liberté syndicale négative²⁸⁵.

6. La licéité des autres moyens de combat et de leurs modalités

148. 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-out²⁸⁶. Comme le Tribunal fédéral, la Cour européenne des droits de l'homme adopte

²⁸⁰ Dans le même sens, WAEBER, p. 67.

²⁸¹ Sur la composition du paysage syndical suisse et le taux de syndicalisation, voir notre précédente étude, du 14 août 2015, concernant la protection accordée aux représentants des travailleurs, partie II, lettre C, chiffre 2, a), et en particulier le n° 58.

²⁸² MAHON, Petit commentaire, *ad* art. 28 Cst., p. 259, N 14.

²⁸³ Arrêt de la Grande Chambre *Sørensen et Rasmussen c. Danemark*, du 11 janvier 2006 (requêtes n°s 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, p. 182 s., N 222 ; REID, p. 459 s., N II-394 ; FROWEIN/PEUKERT, N 14-15 *ad* art. 11 CEDH, p. 381-382 ; VALTICOS, p. 425-426.

²⁸⁴ KUSTER ZÜRCHER, p. 70, N 32. Sur l'art. 8 du Pacte I et la jurisprudence correspondante du Comité en général, cf. aussi CRAVEN, p. 248-284.

²⁸⁵ NOWAK, Covenant, p. 500, N 12 ; KUSTER ZÜRCHER, p. 74, N 43.

²⁸⁶ ATF 132 III 122, c. 4.3.

également cette position : si elle a reconnu, dans l'arrêt *Schmidt et Dahlström c. Suède*, le droit de grève comme l'un des moyens d'action les plus efficaces des syndicats, elle a aussi considéré la possibilité d'autres mesures d'action collective :

« (l')article 11 [CEDH] 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 importants d'entre eux, mais il y en a d'autres »²⁸⁷.

149. 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-ci²⁸⁸. Dans cette hypothèse, le Tribunal fédéral applique par analogie les quatre conditions de l'article 28 al. 2 et 3 Cst. pour évaluer la licéité du moyen de combat employé dans le cadre d'un conflit collectif du travail²⁸⁹ ; pour qu'un moyen de combat soit licite, il doit se rapporter aux relations de travail, être conforme à l'obligation de paix relative ou absolue du travail, n'intervenir que lorsque les moyens de négociation et médiation ont été épuisés et être appuyé par une organisation de travailleurs²⁹⁰.

150. 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 »²⁹¹. 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 »²⁹².

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 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. ANDERMATT retient dans ce sens que si « l'on n'exerce aucune violence, ces piquets de grève sont autorisés, même s'ils causent régulièrement des gênes et des attroupements »²⁹³.

Le Comité de la liberté syndicale de l'OIT va dans le même sens :

« 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

²⁸⁷ 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 (requêtes n°s 74611/01, 26876/02 et 27628/02).

²⁸⁸ ATF 132 III 122, c. 4.3.

²⁸⁹ *Ibid.*, c. 4.5.

²⁹⁰ *Ibid.*, c. 4.4.

²⁹¹ *Ibid.*, c. 4.5.

²⁹² *Ibid.*, c. 4.5. Cf. également ATF 134 IV 216, c. 5.1.

²⁹³ ANDERMATT, p. 44, N 99.

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).

151. 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 »²⁹⁴.

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 »²⁹⁵.

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 pénal²⁹⁶.

152. 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 spécifique est discutée plus en détail ci-après, sous la lettre E, chiffre 2 (n^{os} 161 ss).

²⁹⁴ ATF 132 III 122, c. 4.5.

²⁹⁵ ATF 134 IV 216, c. 5.1.

²⁹⁶ *Ibid.*, c. 5.1.

D. Restrictions à l'exercice du droit de grève

153. Comme on l'a vu ci-dessus, le droit de grève est considéré comme un quasi-droit dans la mesure où pour que l'action collective soit licite, elle doit répondre à un certain nombre de conditions (se rapporter aux relations de travail ; respecter la paix du travail établie par la loi ou par une convention collective ; être soutenue par une organisation de travailleurs et n'intervenir qu'en dernier recours).

Il n'en demeure pas moins que ce droit peut aussi – comme n'importe quel autre droit constitutionnel – être restreint. L'art. 28 al. 4 mentionne explicitement que « [l]a loi peut interdire le recours à la grève à certaines catégories de personnes ». WYLER/HEINZER parlent à ce titre d'une « condition négative supplémentaire »²⁹⁷.

154. Bien que l'art. 28 al. 4 ne le dise pas explicitement, cette restriction ne peut se faire que moyennant le respect des conditions habituelles de l'art. 36 de la Constitution fédérale : une base légale formelle est nécessaire (c'est précisé à l'al. 4), la restriction doit tendre à protéger un intérêt public prépondérant (sauvegarde de la sécurité de l'Etat ou de la santé publique, par exemple) et l'interdiction doit être proportionnée au but visé²⁹⁸. AUER, MALINVERNI et HOTTELIER précisent encore que ce n'est pas le *droit* de grève qui peut être interdit par une loi, mais la grève en tant que telle²⁹⁹.

155. Sont souvent mentionnés à titre d'exemples de catégories de personnes à qui la grève peut être refusée, les forces de l'armée et de la police, ainsi que les services essentiels tels que les hôpitaux, les pompiers, etc.³⁰⁰.

Le Comité de la liberté syndicale de l'OIT va dans le même sens en ajoutant encore que ces restrictions doivent en principe être accompagnées de garanties compensatoires :

« l'interdiction de la grève n'est admissible que pour les fonctionnaires qui exercent des fonctions d'autorité au nom de l'Etat ou pour les travailleurs des services essentiels au sens strict du terme (c'est-à-dire les services dont l'interruption risquerait de mettre en danger la vie, la sécurité ou la santé de la personne dans l'ensemble ou dans une partie de la population) » (N 541).

« 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).

²⁹⁷ WYLER/HEINZER, p. 799.

²⁹⁸ *Ibid.* ; dans le même sens, SANNA, p. 38.

²⁹⁹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, II, p. 727, N 1651.

³⁰⁰ Voir par exemple l'arrêt du TF du 23 mars 1995, SJ 1995 681. Pour des listes détaillées des services pouvant être considérés comme essentiels et de ceux ne constituant pas de tels services, voir encore les N 585 et 587 du Recueil du Comité de la liberté syndicale.

« 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).

« 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).

156. SANNA précise encore à juste titre que l'interdiction de recourir à la grève, même si elle est prévue dans la loi, ne doit pas avoir un caractère général – c'est-à-dire s'appliquer à l'ensemble des fonctionnaires publics par exemple – , au risque d'aller à l'encontre du droit international et en particulier de la Convention n° 87 de l'OIT, de l'art. 8 ch. 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels³⁰¹ et de l'art. 11 de la CEDH³⁰².

157. Dans ce sens, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (Pacte I) 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 grève³⁰³. 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 »³⁰⁴.

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

³⁰¹ SANNA, pp. 38 ss.

³⁰² Sur ce point en particulier, voir l'affaire *Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E.) c. Espagne*, précité (note 51), par. 37 ss.

³⁰³ 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.

³⁰⁴ KUSTER ZÜRCHER, p. 71, N 36.

campagne syndicale (art. 8) »³⁰⁵.

158. Comme on l'a vu, à côté des restrictions légales de la grève, il peut aussi y avoir des restrictions conventionnelles prévues dans le cadre de conventions collectives de travail afin de maintenir une paix relative ou absolue du travail. Dans un tel cas, les parties à la convention s'engagent à ne pas recourir à la grève (ou au lock-out)³⁰⁶.

E. Questions particulières

1. Remarques liminaires

159. A l'issue de l'examen du droit de grève en général au niveau interne et international, notamment au sens de la Constitution fédérale, de la CEDH et des normes de l'OIT, il s'agit de se pencher sur les deux questions particulières posées dans le mandat (au point 1a).

En premier lieu, il convient de s'interroger sur la situation de « tiers qui ne font pas partie de l'entreprise, qui participent à la grève et qui n'ont pas de revendications à faire valoir » (chiffre 2), puis d'aborder la question d'un « éventuel devoir d'informer les travailleurs sur les conditions légales ou contractuelles du droit de grève » (chiffre 3).

2. La situation des tiers qui ne font pas partie de l'entreprise, qui participent à la grève et qui n'ont pas de revendications à faire valoir

a) Remarques liminaires

160. La question de savoir ce qu'il en est de la situation des tiers qui ne font pas partie de l'entreprise mais qui participent à la grève, sans avoir de revendications à faire valoir, peut à notre sens porter se comprendre de deux manières différentes, ou conduire à deux interprétations.

La première, plus classiquement abordée par la doctrine, consiste à se demander dans quelle mesure les syndicats – c'est-à-dire des personnes extérieures à une entreprise, qui représentent des travailleurs syndiqués de celle-ci – ont le droit d'accéder à l'entreprise. La fin de la question (« qui n'ont pas de revendications à faire valoir ») peut toutefois faire douter que c'est à ça que le mandat fait allusion. En effet, même si les syndicats n'ont pas de revendications « personnelles » ou « propres » à faire valoir, dans la mesure où leurs représentants ne sont pas nécessairement des travailleurs de l'entreprise, il n'en demeure pas moins que leur rôle est tout de même de soutenir, voire de mener à bien, les revendications des travailleurs syndiqués. Cette question sera donc abordée dans un premier temps ci-dessous (lettre b).

Avec la seconde manière de comprendre la question, le terme de « tiers » ne se rapporte pas aux représentants syndicaux, mais aux travailleurs licenciés. Dans ce

³⁰⁵ 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.

³⁰⁶ Voir sur ce point ci-dessus, partie II, lettre C, chiffre 3.

sens, la question pourrait être formulée de la manière suivante : « qu'en est-il de la situation de tiers qui ne font *plus* partie de l'entreprise, qui participent à la grève et qui n'ont *plus* de revendications à faire valoir ? » Ce cas de figure se rapporte aux grévistes licenciés qui, en raison du licenciement, ne font désormais plus partie de l'entreprise, mais continuent à participer à la grève, alors que – dans la mesure où ils ne sont plus concernés – ils n'ont plus de revendications à faire valoir. C'est par exemple ce qui s'est passé dans l'affaire de Gate Gourmet, puisque six grévistes licenciés ont continué la lutte aux côtés de leurs collègues encore en place. Cette deuxième hypothèse sera traitée dans un second temps (lettre c).

b) Le droit d'accès des syndicats à l'entreprise

i. Au niveau du droit international

161. Comme on l'a vu, il existe, au sein de l'OIT, plusieurs instruments qui protègent la liberté syndicale et qui « prévoient une série de "droits dérivés" considérés comme essentiels pour assurer son exercice effectif »³⁰⁷.
162. En particulier, il convient de mentionner les Conventions n^{os} 87 et 98 déjà présentées en détail (n^{os} 64 ss), ainsi que la Convention n^o 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 Suisse³⁰⁸.

La Convention n^o 98 prévoit à son article premier une protection contre tous les actes de discrimination portant atteinte à la liberté syndicale. La Convention n^o 135 prescrit que les représentants des travailleurs doivent se voir accorder des facilités dans l'entreprise afin de pouvoir accomplir rapidement et efficacement leurs fonctions. Cette Convention est complétée par une Recommandation n^o 143 qui vient apporter encore plus de précisions : « [L]es 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 cette entreprise ». Quant à la Convention n^o 87, elle prévoit à son article 3 que les syndicats sont libres notamment d'organiser leur gestion et leur activité et de formuler leur programme d'action. De cette disposition, la Commission d'experts de l'OIT a déduit que cela comprend « le droit des dirigeants syndicaux d'avoir accès aux lieux du travail et de communiquer avec les membres de la direction »³⁰⁹.

Enfin, le Comité de la liberté syndicale a lui aussi eu l'occasion de se prononcer sur ces questions. Il a dès lors notamment affirmé que :

« les représentants des travailleurs devraient disposer des facilités nécessaires à l'exercice de leurs fonctions, y compris le droit de pénétrer dans les lieux de travail » (N 1102).

« Le gouvernement doit garantir aux représentants syndicaux l'accès aux lieux du travail en respectant pleinement les droits de propriété et les droits de la direction, afin que les syndicats puissent communiquer avec les travailleurs dans le but de les informer des avantages que la syndicalisation peut présenter pour eux » (N 1103).

³⁰⁷ VACOTTO, p. 1433.

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

³⁰⁹ Sur tous ces éléments, voir VACOTTO, pp. 1434 ss.

« Les 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).

« Pour que le droit syndical ait vraiment un sens, les organisations de travailleurs doivent être en mesure de promouvoir et de défendre les intérêts de leurs membres en bénéficiant des facilités nécessaires au libre exercice des activités liées à la représentation des travailleurs, incluant l'accès aux lieux de travail des membres du syndicat » (N 1106).

« 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, même si le syndicat qui les a présentées n'est pas celui qui a conclu la convention collective en vigueur » (N 1107).

« Il conviendrait de prendre les mesures nécessaires pour assurer aux syndicats et aux responsables syndicaux la liberté d'accès aux travailleurs des secteurs agricole et minier ainsi qu'aux travailleurs domestiques, aux fins de mener des activités syndicales normales, bien que dans les locaux des employeurs » (N 1108).

« L'accès aux lieux de travail des dirigeants syndicaux ne doit bien entendu pas être utilisé au détriment du fonctionnement efficace de l'administration ou des institutions publiques concernées. C'est pourquoi les organisations de travailleurs concernés et l'employeur doivent chercher à conclure des accords de manière à ce que l'accès au lieu de travail durant les heures de travail et en dehors de celles-ci soit reconnu aux organisations de travailleurs sans porter préjudice au fonctionnement de l'administration ou de l'institution publique concernée » (N 1109).

Le Comité de la liberté syndicale met clairement en avant le droit d'accès aux entreprises, y compris pour les représentants syndicaux qui n'y sont pas employés. Il souligne ainsi l'importance pour un syndicat de non seulement pouvoir communiquer avec ses membres, mais aussi de promouvoir ses activités et recruter de nouveaux membres. En même temps, le Comité ne manque pas de rappeler l'importance du respect des droits de propriété, du fonctionnement efficace de l'entreprise et de la négociation nécessaire entre les parties.

ii. Au niveau du droit interne

163. Le Tribunal fédéral a défini la grève comme « un refus collectif de la prestation de travail due dans le but d'obtenir des conditions de travail déterminées de la part d'un ou de plusieurs employeurs »³¹⁰.

164. Notre Haute Cour a 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 entreprise³¹¹.

³¹⁰ La définition (en français) est tirée de l'ATF 132 III 122, c. 4.3. Le Tribunal fédéral avait déjà défini la grève dans l'ATF 125 III 277, c. 3a : « kollektive Verweigerung der geschuldeten Arbeitsleistung zum Zwecke der Durchsetzung von Forderungen nach bestimmten Arbeitsbedingungen gegenüber einem oder mehreren Arbeitgebern ».

³¹¹ ATF 132 III 122, c. 4.3.

En l'occurrence, dans cette affaire, le Tribunal fédéral a cependant reconnu que la manifestation organisée à proximité des locaux de l'entreprise représentait tout de même un moyen de combat relevant du droit collectif du travail, dans la mesure où la manifestation incriminée avait été conduite par les membres d'un syndicat signataire d'une convention collective, conclue avec l'association patronale dont était membre l'employeur. En outre, la manifestation portait explicitement sur les relations de travail et a eu lieu après l'échec des négociations³¹².

165. Ainsi, d'autres actions collectives qu'une grève proprement dite 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. 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-ci³¹³.

Dans cette hypothèse, le Tribunal fédéral applique par analogie les quatre conditions de l'article 28 al. 2 et 3 Cst. pour évaluer la licéité du moyen de combat employé dans le cadre d'un conflit collectif du travail³¹⁴ ; 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 n'intervenir qu'en *ultima ratio*³¹⁵.

166. La question du droit d'accès d'un syndicat à une entreprise peut se poser de manière générale, aussi bien en dehors du cadre d'une grève ou d'un conflit collectif de travail que dans ce cadre.

L'accès des syndicats aux entreprises n'étant pas réglé dans la loi et que très rarement dans une convention collective de travail³¹⁶, c'est le Tribunal fédéral qui en a délimité les contours.

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 entreprise³¹⁷. Il a toutefois retenu le caractère collectif d'un tel droit, si celui-ci devait exister :

« 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 »³¹⁸.

Dans l'arrêt 6B_758/2011, du 24 septembre 2012, le Tribunal fédéral s'est également prononcé sur le droit d'accès³¹⁹. Réfutant un courant doctrinal qui déduit du seul art. 28

³¹² *Ibid.*

³¹³ *Ibid.*

³¹⁴ *Ibid.*, c. 4.5. Sur ce point particulier, voir WYLER/HEINZER, p. 808, qui tout en aboutissant, au final, à la même conclusion que le Tribunal fédéral, en contestent le moyen. Ils estiment en effet que lorsqu'une action est mise en œuvre par un syndicat sans qu'aucun travailleur de l'entreprise n'y participe, ce ne sont pas les critères de licéité de la grève qui doivent être appliqués, mais la théorie générale des actes illicites.

³¹⁵ *Ibid.*, c. 4.4.

³¹⁶ WAEBER, p. 69.

³¹⁷ VALLENDER/HETTICH, Commentaire SG, *ad* art. 28 Cst., p. 572, N 28.

³¹⁸ TF 5P.482/2002 du 5 mai 2003, c. 4.2.

³¹⁹ Pour un commentaire de cet arrêt, cf. HOTTELIER, pp. 450 ss.

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 publications³²⁰, le Tribunal fédéral a nié l'existence d'un droit d'accès qui se fonderait directement de l'art. 28 Cst.³²¹. 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 »³²².

167. L'art. 28 Cst. ne confère donc pas à lui seul aux syndicats, en l'état de la jurisprudence, un droit d'accès aux entreprises, du moins en dehors du contexte d'une grève licite³²³. *A contrario*, on peut partir du principe que si la grève est licite, un droit d'accès des syndicats à l'entreprise doit être garanti.

iii. Conclusion

168. Le droit international connaît une position moins restrictive que celle retenue par le Tribunal fédéral. En effet, les différents organes de l'OIT estiment que le droit d'accès aux entreprises est un droit dérivé de la liberté syndicale, « essentiel » pour son exercice effectif, alors que le Tribunal fédéral ne considère pas ce droit comme une « composante indispensable » de la liberté syndicale. On a donc là deux manières de voir qui ne se rejoignent pas. On reviendra ci-après sur la question (cf. n° 172)

c) **Le droit d'accès des travailleurs licenciés à l'entreprise**

169. Dans cette seconde acception, la question est de savoir si la « qualité de gréviste » peut en quelque sorte se prolonger au-delà du contrat de travail.

Comme dans l'hypothèse précédente concernant les représentants syndicaux, nous nous trouvons ici dans le cadre d'un conflit entre deux droits fondamentaux, à savoir celui de la liberté syndicale d'un côté, et celui de la garantie de la propriété, de l'autre.

170. Selon VACOTTO, le droit d'accès des représentants syndicaux non employés dans l'entreprise, consacré par la Recommandation 143 et reconnu par le Comité de la

³²⁰ ANDERMATT, pp. 21-22, N 38, ANDERMATT, Gewerkschaften, pp. 44-45 ; WAEBER, p. 69, qui se réfère à l'opinion d'ANDERMATT. Ces deux auteurs estiment notamment que dans la mesure où – pour que la grève soit licite – il est exigé des grévistes qu'ils soient organisés, « s'ils le sont par l'adhésion à un syndicat, la présence des représentants de celui-ci sur les lieux mêmes de l'entreprise en grève est normale et nécessaire, et par conséquent licite ». WAEBER, p. 69.

³²¹ Le Tribunal fédéral privilégie l'approche de WENGER, p. 73. Dans le même sens, voir aussi STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 ad art. 357a CO, pp. 1485-1486.

³²² TF 6B_758/2011, du 24 septembre 2012, c. 1.3.4.

³²³ 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, p. 456 s.

liberté syndicale « s'étend bien évidemment aux anciens salariés mais ayant été licenciés »³²⁴.

171. Il convient cependant de rappeler qu'au sens de l'art. 186 du Code pénal « [c]elui qui, d'une manière illicite et contre la volonté de l'ayant droit, aura pénétré dans une maison, dans une habitation, dans un local fermé faisant partie d'une maison, dans un espace, cour ou jardin clos et attenant à une maison, ou dans un chantier, ou y sera demeuré au mépris de l'injonction de sortir à lui adressée par un ayant droit » commet une violation de domicile.

La question qui se pose est donc de savoir si la grève peut constituer une sorte d'exception ou un motif justifiant l'occupation des locaux par le travailleur licencié. Selon WAEBER, cette question ne peut recevoir de réponse univoque et dépend du cas d'espèce. Cet auteur estime en effet que si les travailleurs n'ont pas une raison sérieuse d'occuper les locaux de l'entreprise, ils commettent une infraction au code pénal. En revanche, si l'occupation est un moyen de pression nécessaire (par exemple pour empêcher l'employeur de faire appel à des travailleurs temporaires pour la poursuite de l'activité économique, ou suite à l'annonce d'une délocalisation ou de la fermeture de l'entreprise), elle est alors licite³²⁵. WAEBER étaye sa réflexion en faisant une analogie avec le boycott, en principe illicite, mais que le Tribunal fédéral a parfois considéré comme admissible si cela était le seul moyen de sauvegarder des intérêts prépondérants³²⁶. ANDERMATT, de son côté, met plutôt en avant les différents changements intervenus dans le monde du travail (nouvelles technologies, délocalisations, etc.) pour justifier l'occupation de l'entreprise. Selon lui, de simples cessations de travail ne suffisent plus pour « compenser le déséquilibre structurel entre les parties et n'instaure[nt] plus guère de parité dans les négociations ». Il est donc d'avis qu'il convient d'adapter les moyens syndicaux pour « soutenir efficacement les luttes sociales »³²⁷.

172. La position de ces deux auteurs peut se comprendre compte tenu du fait que, si l'on interprétait pas les choses ainsi, on viderait le droit de grève de son sens. En effet, dans la mesure où la réintégration n'existe pas, cela signifie qu'il « suffirait » de licencier les grévistes – même de manière illégale ou abusive –, pour les faire sortir de l'entreprise et, par conséquent, les priver de tout droit d'accès, donc rendre illusoire le droit de grève.

Il n'en demeure pas moins que, comme indiqué ci-dessus, le droit d'accès à l'entreprise se heurte, dans une telle hypothèse, à un autre droit fondamental, de l'employeur, la garantie de la propriété (voire la liberté économique).

On se trouve donc dans un conflit de droits fondamentaux. Dans ce cas, il convient donc de reprendre la méthode définie par la jurisprudence constante du Tribunal fédéral récemment : « [e]n vue de résoudre un conflit de libertés (lorsqu'il 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 [...]), c'est au juge qu'il incombe de vérifier que la décision entreprise ménage un juste équilibre entre les différents principes

³²⁴ VACOTTO, p. 1436.

³²⁵ WAEBER, p. 69 ; dans le même sens, mais pas spécifiquement sur les travailleurs licenciés, ANDERMATT, p. 45, N 103.

³²⁶ WAEBER, p. 69.

³²⁷ ANDERMATT, p. 45, N 104.

constitutionnels et droits fondamentaux en jeu [...], étant rappelé que la Constitution fédérale ne prévoit elle-même aucune hiérarchie entre les droits fondamentaux (ATF 137 I 167 consid. 3.7 p. 176). Pour parvenir, de façon rationnelle et transparente, à l'établissement d'un tel équilibre, le juge se laissera 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 »³²⁸.

On voit ainsi qu'on ne peut donner à cette question une réponse générale et abstraite. La question doit être tranchée dans chaque cas concret en fonction des circonstances de ce cas (quelle partie de l'entreprise est concernée par le droit d'accès, dans quel but, etc.).

Dans le cas qui nous intéresse, si l'on admet que le législateur, pour reprendre les termes du Tribunal fédéral, n'a pas lui-même « préalablement ou entièrement désamorcé » le conflit, on pourrait envisager que les partenaires sociaux aient eux la possibilité de le faire par le biais des conventions collectives ou éventuellement dans le cadre de négociations au moment du conflit.

3. La question d'un éventuel devoir d'informer les travailleurs sur les conditions légales ou contractuelles du droit de grève

a) Remarque liminaire

173. En matière de conflits collectifs de travail, il est le plus souvent question des conditions qui doivent être respectées pour que l'action de grève soit licite. Comme on l'a vu plus haut, ces conditions soulèvent des questions délicates et complexes, au point qu'il n'est pas aisé de déterminer si une grève envisagée est licite ou, au contraire, illicite. Il en va de même des autres moyens de lutte collectifs. Dès lors, on peut se demander s'il existe, du côté de l'employeur, une obligation ou un devoir d'informer les travailleurs de leurs droits et de leurs devoirs. Selon certains auteurs, il y a certaines règles de base – ou principes directeurs³²⁹ – qui devraient être retenus.

Toujours selon ces auteurs, outre les principes fondamentaux de maintenir un dialogue et de respecter les travailleurs, d'autres éléments ne devraient pas être négligés. Il s'agit en particulier de recevoir les revendications des travailleurs et d'informer ceux-ci. Pour ce faire, il convient que l'employeur leur communique tous les renseignements et documents permettant d'établir sa position (à savoir sa disposition ou ses impossibilités de répondre aux revendications et exigences des travailleurs)³³⁰.

b) Devoir d'informer au sens du Code des obligations

174. Du point de vue du droit positif, le droit privé du travail prévoit différentes hypothèses dans lesquelles l'employeur est tenu d'informer le travailleur³³¹. La disposition générale

³²⁸ ATF 140 I 201, consid. 6.7.

³²⁹ Comme les appelle VANNES, pp. 732 ss.

³³⁰ *Ibid.*, p. 733.

³³¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 16 *ad* art. 330b CO, p. 752. On peut mentionner par exemple l'art. 331 al. 4 CO relatif à la prévoyance professionnelle. L'employeur est tenu de donner les renseignements

qui nous intéresse le plus ici est l'art. 330b CO qui prévoit que lorsque « le rapport de travail a été convenu pour une durée indéterminée ou pour plus d'un mois, l'employeur doit informer le travailleur par écrit un mois après le début du rapport de travail, sur les points suivants » : le nom des parties, la date du début du rapport de travail, la fonction du travailleur, le salaire et les éventuels suppléments salariaux et la durée hebdomadaire du travail (al. 1).

Cet article a été introduit³³² à la suite de l'extension de l'accord sur la libre circulation des personnes. Il a pour but d'améliorer le contrôle des conditions de travail des travailleurs détachés (même s'ils s'applique à l'ensemble des travailleurs), ainsi que d'augmenter la sécurité juridique pour les deux parties³³³. Il se fonde sur la même idée que celle prévalant à l'art. 2 de la Directive européenne 91/533/CEE, du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail, dans une mesure toutefois plus restreinte. A titre d'exemple, la Directive prévoit à son art. 2 § 2 let. j, que « l'employeur est tenu de porter à la connaissance du travailleur salarié [...] les éléments essentiels du contrat ou de la relation de travail ». Cela vise notamment « la mention des conventions collectives et/ou accords collectifs régissant les conditions de travail du travailleur ou [...] s'il s'agit de conventions collectives conclues en dehors de l'entreprise par des organes ou institutions paritaires particuliers, la mention de l'organe compétent ou de l'institution paritaire compétente au sein duquel/de laquelle elles ont été conclues ».

175. Sans reprendre expressément ces éléments, la doctrine suisse précise que l'art. 330b CO doit « permettre au travailleur de disposer d'une information claire sur les conditions de travail applicables »³³⁴. Elle admet également que cette disposition est une norme relativement impérative, ce qui ressort de son but et de son texte (bien qu'elle ne soit pas mentionnée aux art. 361 et 362 CO). Les parties ont donc la possibilité d'ajouter d'autres aspects à la liste des informations à fournir par l'employeur³³⁵. Il n'est pas exclu que l'employeur s'engage par exemple à informer le travailleur sur l'existence d'une CCT régissant ses conditions de travail³³⁶, comme le prévoit la directive européenne, voire – pourquoi pas – qu'une CCT prévoie une obligation pour l'employeur d'informer sur les conditions légales ou contractuelles de la grève.

Cette hypothèse, bien que théoriquement envisageable, semble toutefois peu réaliste. Une CCT pourrait certes, par exemple, mentionner dans quels cas une grève est licite ou illicite, mais au vu de la difficulté à définir ces notions et des divergences doctrinales au sujet des différentes conditions, introduire une telle disposition nous semblerait assez délicat.

nécessaires au travailleur concernant ses droits envers une institution de prévoyance ou un autre assureur. Pour un cas concret, voir l'arrêt du TF 4A_186/2010, du 3 juin 2010.

³³² Il est entré en vigueur le 1^{er} avril 2006. RO 2006 979 ; FF 2004 5523 6187.

³³³ PORTMANN, Obligation de l'employeur d'informer, p. 296 ; WYLER/HEINZER, p. 57 ; AUBERT D., *ad* art. 330b CO, p. 459.

³³⁴ WYLER/HEINZER, p. 57.

³³⁵ AUBERT D., *ad* art. 330b CO, p. 460 ; PORTMANN, Obligation de l'employeur d'informer, p. 300.

³³⁶ Dans ce sens, PORTMANN estime que les conditions de l'art. 330b CO, et en particulier l'exigence de forme écrite, sont remplies si l'employeur transmet au travailleur un exemplaire de la CCT applicable au travailleur, pour autant bien sûr que ladite CCT contienne les informations listées à l'art. 330b CO. PORTMANN, Obligation de l'employeur d'informer, p. 297.

176. Quoi qu'il en soit, la violation du devoir d'informer au sens de l'art. 330b CO ne conduit pas à une sanction spécifique³³⁷. On admet toutefois que si l'employeur ne se conforme pas à son obligation, le travailleur peut agir en exécution auprès du juge afin d'obtenir les informations prescrites par la loi. L'employé peut aussi évidemment résilier son contrat³³⁸. PORTMANN est même d'avis que le travailleur a la possibilité de suspendre son activité, tout en continuant à toucher son salaire (au sens de l'art. 82 CO) si l'employeur persiste à ne pas lui donner les informations prévues, même après avoir été averti. Cette position s'appuie sur le fait qu'un travailleur ne peut pas être obligé à continuer de travailler, alors que ses conditions de travail ne lui sont pas communiquées³³⁹. D'autres auteurs estiment en revanche que cette obligation de l'employeur revêt un caractère accessoire, de sorte que le travailleur ne serait pas légitimé à refuser de fournir sa prestation³⁴⁰.

c) Devoir d'informer au sens de la loi sur la participation

177. L'art. 9 al. 2 de la loi sur la participation instaure elle aussi une obligation minimale pour l'employeur « d'informer la représentation des travailleurs³⁴¹ au moins une fois par an sur les conséquences de la marche des affaires sur l'emploi et pour le personnel ». Mais comme le souligne la doctrine, la loi reste assez vague sur le contenu de l'information qui doit être transmise³⁴². 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-même³⁴³.
178. L'art. 9 al. 1 LParticipation mentionne en outre un droit général à l'information des travailleurs, ou 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 spéciales³⁴⁴.
179. 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, le transfert d'entreprise, les licenciements collectifs et l'affiliation à une institution de prévoyance professionnelle. Cette liste n'est toutefois pas exhaustive³⁴⁵ et l'on trouve d'autres droits de participation dans la législation

³³⁷ WYLER/HEINZER, p. 57 ; AUBERT D., *ad* art. 330b CO, p. 463 ss ; PORTMANN, Obligation de l'employeur d'informer, p. 299.

³³⁸ Même avec effet immédiat si le refus de communiquer de l'employeur est constant et que celui-ci a été averti. PORTMANN, Obligation de l'employeur d'informer, p. 299 ; AUBERT D., *ad* art. 330b CO, pp. 463 ss.

³³⁹ PORTMANN, p. 299.

³⁴⁰ AUBERT D., *ad* art. 330b CO, p. 464 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 14 *ad* art. 330b CO, p. 750.

³⁴¹ Ou les travailleurs directement, dans les entreprises ou secteurs sans représentation de travailleurs (cf. art. 4 LParticipation).

³⁴² SUBILIA/DUC, N 5 *ad* art. 9 LParticipation, p. 1074 ; GABATHULER, N 20, p. 133.

³⁴³ FRITZ/SCHULER, p. 41.

³⁴⁴ SUBILIA/DUC, N 4 *ad* art. 9 LParticipation, p. 1074.

³⁴⁵ GEISER, p. 37.

spéciale, notamment en matière de règlement d'entreprise (art. 37 al. 4 LTr). 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 législateur³⁴⁶.

180. Les articles 11 et 12 de la LParticipation traitent de la collaboration entre l'employeur et la représentation des travailleurs. L'art. 11 vise à donner à celle-ci « les moyens d'exercer les droits de participation prévus par la loi »³⁴⁷. A ce titre, l'al. 2 mentionne la mise à disposition des locaux, les moyens matériels et les services administratifs nécessaires. Les éléments mentionnés ici semblent se limiter à des prestations définies et il nous semblerait délicat d'interpréter cette norme de manière à ce qu'elle puisse comprendre également une mise à disposition d'informations relatives au droit de grève.

d) Conclusion

181. Même s'il existe, dans la législation, notamment le Code des obligations et la loi sur la participation, divers devoirs d'information de l'employeur sur des points précis, il n'existe pas, à notre sens, sur la base du droit positif, une obligation de l'employeur d'informer les travailleurs sur le droit de grève et les conditions de son exercice licite. Certes, il ne nous semble pas exclu qu'une CCT ou un règlement d'entreprise prévoie une telle obligation, mais nous n'avons pas connaissance en pratique de l'existence d'un cas de genre.

Informar les travailleurs – mais certainement aussi les employeurs –, sur les conditions du droit de grève et de son exercice pourrait probablement participer d'un meilleur dialogue entre les partenaires sociaux, pour autant que l'information soit correcte et non orientée. Or, comme on l'a déjà mentionné, les conditions de licéité de la grève ne sont pas définies de manière totalement précise et elles font l'objet de divergences d'interprétation dans la doctrine, comme du reste entre les partenaires sociaux, de sorte qu'un risque d'information erronée n'est pas exclu. Dans ces conditions, on peut se demander si un devoir d'information – information qui s'adresserait aussi bien aux employeurs qu'aux travailleurs – ne devrait pas être conçu comme une entreprise commune des partenaires sociaux, voire une entreprise tripartite, partagée entre le partenariat social et l'Etat.

F. Synthèse et conclusions intermédiaires sur le droit de grève

182. Le droit de grève est reconnu ou garanti, aujourd'hui, par une multiplicité de sources normatives, aussi bien internationales – dont certaines lient la Suisse et ont dans notre pays un effet direct, comme l'art. 11 de la Convention européenne des droits de l'homme – que nationales. En droit interne, c'est essentiellement par l'art. 28 de la Constitution fédérale, qui consacre la liberté syndicale et qui prévoit les conditions de licéité de la grève, que le droit de grève est garanti. Le droit ordinaire – de rang législatif et jurisprudentiel, voire conventionnel – concrétise et « encadre » ce droit, en précisant les conditions évoquées de licéité de la grève et de son exercice.

³⁴⁶ SCHWAAB, DTA 2013, p. 285.

³⁴⁷ ORDOLLI, p. 209.

Si l'existence du droit de grève est ainsi clairement reconnue, et incontestable, il n'en demeure pas moins – et c'est peut-être lié à cette multitude des sources – que la conception et les contours de ce droit ne sont pas toujours clairement définis et délimités. Plusieurs questions font ainsi débat, qui opposent non seulement des interprétations ou conceptions divergentes des partenaires sociaux, mais qui font l'objet de positions parfois différentes dans la jurisprudence ou la pratique des divers organes chargés d'interpréter ces différentes sources. La doctrine elle-même est le plus souvent partagée.

183. La première question discutée est celle de la notion même de « droit de grève » ou de la nature de ce droit. Ainsi, en droit suisse, plusieurs auteurs considèrent que le droit de grève n'est pas un véritable « droit » mais ne lui reconnaissent qu'un statut de « quasi-droit », pour le motif notamment que l'exercice de la grève est soumis, de par la Constitution, à certaines conditions³⁴⁸. Même si bien d'autres droits du catalogue des droits fondamentaux de la Constitution sont eux aussi soumis à certaines conditions, ce qui n'empêche pas de les considérer comme des « droits », la question n'a à notre sens qu'une portée essentiellement académique ou dogmatique, et est dépourvue d'incidence pratique, de sorte qu'il n'y a pas lieu de s'y éterniser. Quoi qu'il en soit, en effet, la Constitution fédérale garantit le « droit » ou le « quasi-droit » de recourir à la grève si les conditions de licéité de ce moyen de combat mentionnées à l'art. 28 sont remplies.

Cette garantie signifie que la participation du travailleur individuel – qu'il soit syndiqué ou non – à une grève licite est protégée par la Constitution et ne saurait donc être considérée comme une violation, par ce travailleur, de ses obligations, comme cela a du reste été reconnu par la jurisprudence (à travers la théorie de la « suspension »). De ce fait, on peut considérer que, passée cette étape délicate de la définition de la licéité ou de l'illicéité de l'action, les conséquences juridiques de la grève (en termes de licenciement, de responsabilité pour les éventuels dommages causés, d'obligations de l'employeur durant le conflit, etc.) sont relativement claires³⁴⁹.

184. Reste, néanmoins, que la question de savoir quand ces conditions de licéité sont remplies n'est pas chose facile à déterminer et que cette question suscite, elle-même, plusieurs interrogations.

Le présent chapitre s'est donc efforcé de présenter et d'analyser chacune de ces conditions de licéité, qui sont au nombre de quatre (trois résultent du texte constitutionnel lui-même, la quatrième de la jurisprudence et de la doctrine) : la grève doit se rapporter aux relations de travail ; elle doit respecter une obligation existante de préserver la paix du travail ; n'intervenir que lorsque les moyens de négociation ont été épuisés et être soutenue par une organisation de travailleurs.

185. Bien que toutes ces conditions posent un certain nombre de questions (auxquelles nous avons apporté des précisions et, dans la mesure du possible, des réponses dans les développements ci-dessus), l'analyse permet de se rendre compte que l'élément le plus délicat, et le plus discuté, est celui qui a trait à la quatrième condition – posée par la jurisprudence et une partie de la doctrine – selon laquelle la grève doit être organisée ou soutenue par une organisation de travailleurs, un syndicat. Cette question tend à se confondre avec celle de savoir à qui appartient le droit de grève ou,

³⁴⁸ Il est du reste souvent remarqué que la Constitution, à l'art. 28, évite l'expression « droit de grève » pour ne parler que de « grève » et de « lock out ».

³⁴⁹ On reviendra sur ces questions dans la partie III ci-dessous.

en d'autres termes, qui en est titulaire et peut s'en prévaloir : les travailleurs à titre individuel (mais de manière « organisée ») ou uniquement les syndicats ou autres associations formelles défendant les intérêts des travailleurs. La doctrine n'est pas unanime, ni quant à la nécessité ou à l'opportunité, ni quant à la signification de cette quatrième condition de licéité de la grève³⁵⁰. Certains auteurs sont d'avis que cette condition signifie que seul un syndicat doit pouvoir décider le déclenchement de la grève – ou son soutien –, ou, pour le moins, que l'organisation des travailleurs doit répondre aux critères de l'association au sens des articles 60 ss du Code civil ou d'une autre personne morale. D'autres estiment qu'une conception moins formaliste devrait être retenue, en ce sens que ce qui importe, c'est que les travailleurs soient organisés de manière à ce qu'existe, dans l'hypothèse d'un conflit, une organisation minimale, qui représente les travailleurs concernés, en tant qu'interlocuteur de l'employeur dans la négociation.

186. Indépendamment des conditions auxquelles il est soumis, le droit de grève peut aussi, comme tous les droits fondamentaux, être restreint au sens de l'article 36 de la Constitution et, comme le précise l'article 28 de la Constitution, la loi peut même interdire le recours à la grève pour certaines catégories de personnes. De telles restrictions doivent être prévues par la loi – au sens formel – et se justifier par un intérêt public prépondérant (comme la sauvegarde de la sécurité de l'Etat ou de la santé publique, notamment). Tel est le cas, par exemple, pour certains services publics ou pour des entreprises et des travailleurs assurant des services essentiels pour la collectivité. Sont souvent cités à ce titre les forces armées et les forces de police, ainsi que les services essentiels des hôpitaux, le service des pompiers ou encore les services de contrôle du trafic aérien. De plus, ces restrictions ou interdictions légales doivent respecter le principe de proportionnalité.

A côté de ces restrictions légales de la grève, il peut aussi y avoir, comme le prévoit là encore la loi (art. 357a CO), des restrictions conventionnelles prévues dans le cadre de conventions collectives de travail afin de maintenir une paix, relative ou absolue, du travail. Le simple fait de l'existence d'une telle convention collective entraîne du reste, de par la loi, une obligation de paix du travail relative, c'est-à-dire une interdiction de recourir à la grève (ou au lock-out) pour toute question régie par la convention. Les parties à celle-ci peuvent toutefois étendre cette interdiction, pour en faire une obligation absolue de paix du travail, c'est-à-dire qu'elles conviennent de s'abstenir de recourir à la grève de manière générale, pour quelque motif que ce soit.

187. S'agissant enfin des questions particulières posées dans le mandat, à savoir, tout d'abord, la question de l'accès à l'entreprise, en cas de grève, pour les syndicats et les représentants syndicaux, ainsi que pour les travailleurs qui auraient eux-mêmes été licenciés pour fait de grève, le droit international ainsi qu'une partie de la doctrine déduisent un tel droit d'accès directement de la liberté syndicale, considérant qu'il s'agit là d'un droit dérivé de cette liberté, « essentiel » pour son exercice effectif, alors que, à l'inverse, le Tribunal fédéral et une partie de la doctrine ne considèrent pas ce droit comme une « composante indispensable » de la liberté syndicale. On a donc là deux manières de voir qui ne se rejoignent pas.

Admettre qu'un droit d'accès découle et doit découler de la seule liberté syndicale peut se comprendre si l'on veut éviter que le droit de grève ne soit pas vidé de son sens. En effet, si l'on n'interprétait pas les choses ainsi, dans la mesure où la réintégration n'existe pas, cela signifie qu'il « suffirait » de licencier les grévistes – même de manière

350

Etant précisé que le Tribunal fédéral ne s'est pas exprimé explicitement sur cette « controverse ».

illégal ou abusive –, pour les faire sortir de l'entreprise et, par conséquent, les priver de tout droit d'accès, donc rendre illusoire le droit de grève. Il n'en demeure pas moins que le droit d'accès à l'entreprise se heurte de front à un autre droit fondamental, de l'employeur celui-là, la garantie de la propriété (voire la liberté économique).

On se trouve donc face à un conflit de droits fondamentaux et il convient, pour le trancher, de reprendre la méthode définie par la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, que celui-ci a d'ailleurs récemment rappelée : « [e]n vue de résoudre un conflit de libertés (lorsqu'il 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 [...]), c'est au juge qu'il incombe de vérifier que la décision entreprise ménage un juste équilibre entre les différents principes constitutionnels et droits fondamentaux en jeu [...], étant rappelé que la Constitution fédérale ne prévoit elle-même aucune hiérarchie entre les droits fondamentaux [...]. [...] le juge se laissera en règle générale guider par les principes ancrés à l'art. 36 Cst., en les adaptant le cas échéant aux besoins spécifiques [...] »³⁵¹.

Il n'est donc pas possible de donner à cette question une réponse générale et abstraite. La question doit être tranchée dans chaque cas concret en fonction des circonstances de ce cas (quelle partie de l'entreprise est concernée par le droit d'accès, dans quel but celui-ci est-il revendiqué, etc.). Dans le cas qui nous intéresse, si l'on admet que le législateur n'a pas lui-même « préalablement ou entièrement désamorcé » le conflit, on pourrait envisager que les partenaires sociaux aient eux la possibilité de le faire par le biais des conventions collectives ou éventuellement dans le cadre de négociations au moment du conflit.

188. En ce qui concerne la question d'un éventuel devoir général d'information de l'employeur en matière de droit de grève, et bien qu'il existe, dans la législation, notamment le Code des obligations et la loi sur la participation, divers devoirs d'information de l'employeur sur des points précis, il n'existe pas, à notre sens, sur la base du droit positif, une obligation de l'employeur d'informer les travailleurs sur le droit de grève et sur les conditions de son exercice licite.

Il ne nous semble en revanche pas exclu qu'une CCT ou un règlement d'entreprise le fasse bien que cela soit peu probable en pratique.

Informé les travailleurs – mais certainement aussi les employeurs – sur les conditions du droit de grève et de son exercice pourrait probablement participer d'un meilleur dialogue entre les partenaires sociaux, pour autant que l'information soit correcte et non orientée. Or, les conditions de licéité de la grève n'étant pas définies de manière totalement précise mais faisant l'objet de divergences d'interprétation dans la doctrine, comme du reste entre les partenaires sociaux, un risque d'information erronée n'est pas exclu. Dans ces conditions, on peut se demander si un devoir d'information – information qui s'adresserait aussi bien aux employeurs qu'aux travailleurs – ne devrait pas être conçu comme une entreprise commune des partenaires sociaux, voire une entreprise tripartite, partagée entre le partenariat social et l'Etat.

³⁵¹

ATF 140 I 201, consid. 6.7.

III. Protection du travailleur qui participe à une grève licite en droit privé du travail

A. Remarques liminaires et plan de la troisième partie

189. Nous avons examiné dans la partie précédente la notion, les sources et les conditions de l'exercice du droit de grève. Il convient maintenant de déterminer la manière dont le droit privé suisse du travail protège le travailleur ayant participé à une grève licite. En pratique, l'employé qui participe à une grève licite peut craindre deux types de sanctions : la résiliation (ordinaire ou immédiate) de son contrat de travail, ou alors d'autres types de sanctions qui n'impliquent pas la résiliation de son contrat (mesures discriminatoires). Le Comité de la liberté syndicale et le Comité européen des droits sociaux ont émis divers avis sur ces questions qu'il conviendra de citer.
190. Cette troisième partie sera articulée selon le plan suivant. Il s'agira de résumer les prescriptions du droit international en lien avec la protection des travailleurs exerçant leur liberté syndicale (lettre C). Nous exposerons ensuite les règles applicables en matière de protection contre le licenciement (lettre D) et rendrons compte des éventuelles protections que le travailleur pourrait faire valoir à l'encontre d'autres types de mesures ou sanctions prises à son égard, telles des mesures discriminatoires (lettre E). Enfin, nous indiquerons les possibilités d'améliorer les protections légales par le biais des conventions collectives de travail (lettre F) et conclurons par une synthèse (lettre G). Au préalable, il est important de résumer les principales conséquences, en droit privé, de la participation à une grève considérée comme illicite ou licite (lettre B).

B. Conséquences principales d'une grève illicite ou licite

191. Nous avons examiné dans le chapitre précédent les conditions requises en droit suisse pour qu'une grève soit considérée comme licite. En droit privé, la question est essentielle puisque le régime juridique est foncièrement différent selon que le travailleur a participé à une grève considérée comme illicite (ch. 1) ou licite (ch. 2).

1. Conséquences d'une grève illicite

192. La participation à une grève illicite constitue une violation du contrat de travail, notamment du devoir de fidélité (art. 321a CO). Elle est considérée comme un cas de demeure du travailleur sous la forme d'un refus injustifié de la prestation de travail³⁵². L'employeur est libéré du paiement du salaire pendant la période de l'absence consécutive à une grève illicite³⁵³.
193. 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 contrat en respectant les délais

³⁵² SUBILIA/DUC, N 5 *ad* art. 324 CO, p. 210 ; WYLER/HEINZER, p. 804.

³⁵³ WYLER/HEINZER, p. 804.

ordinaires de congé (art. 335a ss CO). La résiliation ordinaire du contrat faisant suite à une grève illicite n'est pas abusive au sens des articles 336 CO et 2 al. 2 CC³⁵⁴.

194. L'employeur peut également licencier avec effet immédiat un employé du fait de sa participation à une grève illicite pour autant que les conditions de l'art. 337 CO soient réalisées : existence d'un juste motif, réaction immédiate, avertissement suivant la gravité du manquement (cf. aussi ci-dessous, lettre C, chiffre 4). Selon l'art. 337 al. 2 CO, sont « notamment considérés comme de justes motifs 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 ». En cas de litige, le juge appréciera « librement » s'il existe de justes motifs en tenant compte de l'ensemble des circonstances (cf. art. 337 al. 3 CO)³⁵⁵. Il tiendra notamment compte du rôle du travailleur dans le déclenchement et la conduite de la grève³⁵⁶. Il résulte par ailleurs de la jurisprudence que la partie qui résilie un contrat de travail en invoquant de justes motifs ne dispose que d'un court délai de réflexion pour signifier la rupture immédiate des relations ; un délai de deux à trois jours ouvrables de réflexion est présumé approprié. Si elle tarde à réagir, la partie est réputée avoir définitivement renoncé au licenciement immédiat³⁵⁷. Enfin, lorsque le manquement du travailleur n'est pas particulièrement grave, son licenciement immédiat devrait être précédé d'un avertissement³⁵⁸.

Il faut rappeler dans ce contexte la difficulté, même pour un juriste averti, de distinguer dans un cas d'espèce les limites entre une grève licite et illicite (cf. ci-dessus, partie II, lettre C et lettre E, chiffre 3). Dès lors, plusieurs avis doctrinaux estiment, à juste titre selon nous, que dans le cadre de l'examen d'éventuels justes motifs, il faut tenir compte du caractère reconnaissable pour le travailleur du caractère illicite de la grève³⁵⁹. Comme le relèvent WYLER et HEINZER, « [m]ême si le caractère fautif du comportement n'est pas un élément constitutif du juste motif au sens de l'art. 337 CO, il ne nous paraît guère concevable que l'employeur puisse se prévaloir d'une rupture définitive du rapport de confiance à l'égard d'un travailleur ayant participé à une grève dont l'illicéité n'est pas reconnaissable »³⁶⁰. Ainsi, dans les cas douteux, l'employeur ne devrait pas licencier l'employé de manière immédiate sans l'avoir averti préalablement du risque qu'il prend en participant à la grève³⁶¹.

En outre, la violation du contrat par le travailleur peut amener celui-ci à devoir réparer le dommage causé à son employeur (en raison de l'art. 321e CO), du moins lorsqu'il ne pouvait ignorer le caractère illicite de la grève³⁶². Lorsqu'un syndicat a soutenu la grève, il peut également être tenu à réparer le dommage en vertu des art. 41 ss CO en cas de responsabilité délictuelle ou sur la base des art. 97 ss CO si une CCT prévoit le respect de la paix du travail. Les CCT contiennent souvent des peines pour ce type de

³⁵⁴ WYLER/HEINZER, p. 804.

³⁵⁵ GLOOR, N 61 *ad* art. 337 CO, p. 765.

³⁵⁶ VISCHER/MÜLLER, p. 168.

³⁵⁷ ATF 130 III 28, c. 4.4 ; TF 4A_236/2012 du 2 août 2012, c. 2.4.

³⁵⁸ Cf. CARRUZZO, N 4 *ad* art. 337 CO, p. 565.

³⁵⁹ SANNA, p. 42 ; WAEBER, p. 68 ; WYLER/HEINZER, p. 804. Dans ce sens, et par analogie, voir par exemple l'ATF 132 III 122, consid. 4.5.3. *Contra* : STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 *ad* art. 337 CO, p. 1121.

³⁶⁰ WYLER/HEINZER, p. 804.

³⁶¹ *Ibid.*

³⁶² *Ibid.*

situation³⁶³. WAEBER souligne encore que lorsque « l'illicéité découle d'une violation d'un engagement de paix du travail (absolu ou relatif), seuls les travailleurs membres du ou des syndicat(s) signataire(s), ou soumis à la CCT qui prévoit cet engagement, commettent un acte illicite »³⁶⁴.

2. Conséquences d'une grève licite

195. Lorsque la grève est licite, on considère que les rapports de travail sont partiellement suspendus pendant la durée de la grève (théorie de la suspension)³⁶⁵. Cette suspension intervient pour la durée effective de la grève, que celle-ci soit supérieure ou inférieure à la durée annoncée³⁶⁶.
196. Plus précisément, les obligations principales des parties sont suspendues (art. 82 CO), alors que les obligations secondaires perdurent³⁶⁷. 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 salaire³⁶⁸. En pratique, les travailleurs membres d'un syndicat sont souvent 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.
197. Si l'obligation principale du travailleur d'accomplir son activité est suspendue le temps de la grève, il n'en va pas de même de ses obligations secondaires, en particulier de son devoir de diligence et de fidélité (art. 321a CO). Par exemple, le travailleur n'est pas autorisé à exercer une activité lucrative auprès d'un autre employeur pendant le temps de la grève³⁶⁹.

En revanche, il va de soi que le travailleur n'engage pas sa responsabilité (art. 321e CO) et qu'il ne peut être tenu de réparer le dommage économique subi par l'employeur du fait d'une grève licite (manque à gagner de l'employeur en raison de la cessation de l'activité des travailleurs). D'ailleurs, ce dommage « constitue [...] le but même de la grève, devant amener l'employeur à admettre les revendications à l'origine de la grève comme un moindre mal que la grève elle-même »³⁷⁰.
198. La grève licite ne met pas fin aux rapports de travail ; la reprise du travail des grévistes après une suspension des rapports de travail est garantie³⁷¹. La participation à une grève licite ne constitue pas une violation du contrat de travail³⁷². Il en résulte que si

³⁶³ WAEBER, p. 68.

³⁶⁴ *Ibid.*

³⁶⁵ VISCHER/MÜLLER, p. 168 ; WAEBER, p. 67-68 ; SANNA, p. 41-42 ; WYLER/HEINZER, p. 803.

³⁶⁶ WYLER/HEINZER, p. 803.

³⁶⁷ DUNAND, Commentaire, N 77 *ad* art. 321a CO, p. 73 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 *ad* art. 357a CO, p. 1486.

³⁶⁸ Dans ce sens, voir aussi la position du Comité de la liberté syndicale : « Les déductions de salaire pour les jours de grève ne soulèvent pas d'objections du point de vue des principes de la liberté syndicale » (N 654).

³⁶⁹ WYLER/HEINZER, p. 803.

³⁷⁰ WAEBER, p. 68-69. Pour une décision portant sur la réparation du dommage économique, voir l'arrêt du TF 4C.422/2004, du 13 septembre 2005. Dans le cas d'espèce, le dommage ne résultait toutefois pas directement de la grève, mais d'une manifestation devant l'entreprise.

³⁷¹ WYLER/HEINZER, p. 803.

³⁷² ATF 125 III 277, c. 3c, JdT 2000 I 240.

l'employeur procède à des licenciements ordinaires en raison de la grève, alors que celle-ci est licite, les licenciements seront considérés comme abusifs (au sens de l'art. 336 CO)³⁷³. De même, *a fortiori*, le licenciement immédiat d'un travailleur en raison de sa participation à une grève licite sera considéré comme injustifié (art. 337c CO)³⁷⁴. Ces questions sont développées plus loin (lettre D).

C. Prescriptions du droit international

1. Remarques liminaires

199. Au niveau du droit international, que cela soit dans le cadre de la Charte sociale européenne ou de l'Organisation internationale du travail, il existe différentes recommandations et observations portant tant sur les questions de procédures que sur les sanctions parfois émises à l'encontre de travailleurs exerçant leur liberté syndicale, en général ou plus spécifiquement dans le cadre d'une grève.
200. De manière générale, le Comité de la liberté syndicale de l'OIT estime par exemple que :

« [i]l 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).
201. Le Comité de la liberté syndicale prévoit en outre que lorsque les employeurs pratiquent des discriminations antisyndicales, les Etats devraient mettre en place des sanctions pénales³⁷⁵ (telles que des amendes ou des jours-amendes par exemple) :

« 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).
202. Il convient de distinguer ci-dessous les prescriptions en lien avec la protection contre le licenciement (ch. 2) et les prescriptions en lien avec la protection contre les autres discriminations antisyndicales (ch. 3).

2. Prescriptions en lien avec la protection contre le licenciement

203. Sur le plan civil, le Comité de la liberté syndicale accorde une place importante à la réintégration des victimes de licenciement (N°837 ss). Le Comité recommande aux Etats qui ne connaissent pas cette institution de l'introduire dans leur système juridique³⁷⁶. Si la réintégration est impossible, le Comité invite à instaurer une protection effective contre le licenciement antisyndical au travers d'une indemnisation suffisamment importante pour être dissuasive (N°841 ss).

« Il n'apparaît pas qu'une protection suffisante contre les actes de discrimination

³⁷³ DUNAND, Commentaire, N 36 *ad* art. 336 CO, p. 668 ; WYLER/HEINZER, p. 803.

³⁷⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 *ad* art. 337 CO, p. 1120.

³⁷⁵ SCHWAAB, Jusletter 2011, p. 3.

³⁷⁶ Pour la recommandation adressée à la Suisse, voir BIT, 343^e rapport du Comité de la liberté syndicale, Genève, novembre 2006, N 1148.

antisyndicale visés par la convention no 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).

Le Comité a aussi admis d'autres types de sanctions :

« 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).

Il s'est également prononcé sur la question des mécanismes de protection préventive « (tels, par exemple, qu'une demande d'autorisation préalable de l'inspection du travail avant de procéder au licenciement d'un dirigeant syndical) » (N 831), ainsi que sur le fait qu'« 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 » (idem).

204. En ce qui concerne plus précisément les sanctions en cas de grève légitime, et toujours en lien avec la question d'un éventuel licenciement, le Comité de la liberté syndicale estime que :

« Nul ne devrait faire l'objet de sanctions pour avoir déclenché ou tenté de déclencher une grève légitime » (N 660).

« 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 no 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).

« Le recours à des mesures extrêmement graves comme le licenciement de travailleurs du fait de leur participation à une grève et le refus de les réembaucher impliquent de graves risques d'abus et constituent une violation de la liberté syndicale » (N 666).

205. D'une manière générale, le Comité européen des droits sociaux est quant à lui d'avis que :

« La grève ne peut pas être considérée comme une violation des obligations contractuelles des grévistes entraînant à ce titre la rupture du contrat de travail. Elle doit être assortie d'une interdiction de licenciement. Cependant, si, en pratique, les personnes qui participent à une grève sont, après la fin de la grève, pleinement réintégrées dans leur emploi et si les droits qu'elles ont précédemment acquis (par exemple concernant les pensions, les congés ou l'ancienneté) n'en sont pas affectés, la résiliation formelle du contrat de travail par la grève ne constitue pas une violation de l'article 6§4 »³⁷⁷.

3. Prescriptions en lien avec la protection contre les autres discriminations syndicales

206. Pour ce qui touche à la question des discriminations syndicales, le Comité de la liberté syndicale de l'OIT mentionne que la mise à la retraite d'office peut constituer une mesure de discrimination :

« Non seulement le licenciement mais aussi la mise à la retraite d'office, lorsqu'ils sont dus à des activités syndicales licites, seraient contraires au principe selon lequel nul ne devrait faire l'objet de discrimination dans l'emploi en raison de son affiliation ou de ses activités syndicales » (N 793).

207. Plus précisément en lien avec la grève, le Comité est d'avis que des discriminations en faveur des non-grévistes ne sont pas acceptables :

« En ce qui concerne les mesures accordées pour faire bénéficier les travailleurs n'ayant pas participé à la grève d'une bonification, le comité a estimé que de telles pratiques discriminatoires constituent un obstacle important au droit des syndicats d'organiser leurs activités » (N 675)

D. Protection contre le licenciement des travailleurs ayant participé à une grève licite (art. 336 ss CO)

1. Remarques liminaires

208. Le régime légal ordinaire du Code des obligations comprend trois types de protection contre les congés : les dispositions sur le congé abusif (art. 336 à 336b CO), les dispositions sur la résiliation en temps inopportun (art. 336c CO) et les dispositions sur la résiliation immédiate injustifiée (art. 337 à 337d CO, en particulier art. 337c CO). Nous traiterons en conséquence ci-dessous de ces trois types de protection non sans avoir relevé au préalable que le Code des obligations ne contient pas de règles qui protégeraient de manière spécifique les travailleurs ayant participé à une grève licite. Par ailleurs, il convient encore de préciser que l'employeur conserve le droit de licencier de manière ordinaire ou immédiate un travailleur qui participe à une grève licite, pour autant qu'il se fonde de manière prépondérante sur un motif pertinent, tel que la violation de l'obligation de fidélité ou de confidentialité³⁷⁸.

2. La résiliation abusive (art. 336 à 336b CO)

a) Généralités

209. 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 incomplète³⁷⁹. Le droit de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est cependant limité par les

³⁷⁸ ATF 125 III 277, c. 3c, JdT 2000 I 240. Voir aussi CARRUZZO, N 9 ad art. 321a CO, p. 51.

³⁷⁹ ATF 123 III 60, c. 3b, JdT 1996 I 47. Voir aussi BRÜHWILER, p. 380.

dispositions sur le congé abusif³⁸⁰. 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 CC³⁸¹. Il est admis que la liste n'est pas exhaustive³⁸². Selon le Tribunal fédéral, l'ordre juridique peut reconnaître d'autres cas pour autant qu'ils aient une gravité similaire³⁸³. L'art. 336 CO est exclusivement applicable aux contrats de durée indéterminée³⁸⁴. Le travailleur peut déjà se prévaloir de cette disposition pendant le temps d'essai³⁸⁵. De plus, une même situation peut tomber sous différentes hypothèses prévues à l'art. 336 CO³⁸⁶.

210. 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 caractère abusif d'une résiliation du contrat de travail qui lui aurait été notifiée par un employé³⁸⁷. 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).
211. Il n'est pas contesté que le travailleur qui est licencié en raison de sa participation à une grève licite peut se prévaloir d'un licenciement abusif au sens de l'art. 336 CO. Comme l'a relevé le Tribunal fédéral, s'il en allait autrement, le droit de grève serait illusoire³⁸⁸. En revanche, la question est controversée de savoir lequel des motifs légaux doit être invoqué. 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 (licenciement 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) si le travailleur était syndiqué³⁸⁹. Le Tribunal fédéral a précisé quant à lui que lorsqu'un employeur licencierait 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

³⁸⁰ ATF 132 III 115, c. 2.1, JdT 2006 I 152 ; ATF 131 III 535, c. 4.1.

³⁸¹ VISCHER/MÜLLER, N 72, p. 320 ; DUNAND, Commentaire, N 5 *ad* art. 336 CO.

³⁸² BRÜHWILER, pp. 422 s.

³⁸³ ATF 132 III 115, c. 2.1, JdT 2006 I 152.

³⁸⁴ WYLER/HEINZER, p. 625.

³⁸⁵ 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.

³⁸⁶ REHBINDER/STÖCKLI, N 6 *ad* art. 336 CO, p. 258.

³⁸⁷ 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.

³⁸⁸ ATF 125 III 277, c. 3c, JdT 2000 I 240.

³⁸⁹ ANDERMATT, p. 15, N 21.

abusive *sui generis*, ne figurant pas dans la liste exemplative de l'art. 336 CO³⁹⁰. Dans le même sens, et comme nous l'avons vu plus haut, 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 l'art. 336 CO³⁹¹. D'autres motifs encore sont envisageables. Il est, par exemple, possible que le licenciement d'un travailleur parce qu'il a participé à une grève licite constitue un congé-représailles au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO.

212. En principe, la détermination du motif ne présente pas de réel enjeu pratique puisque la sanction du congé abusif est la même quel que soit le motif légal invoqué³⁹². Il faut cependant apporter une nuance en ce qui concerne les représentants élus des travailleurs. Selon l'art. 336 al. 2 let. b CO, est abusif le congé donné 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. Comme nous l'avons rappelé dans notre première étude, du 14 août 2015, consacrée à la protection accordée aux représentants des travailleurs, cette disposition légale contient un renversement du fardeau de la preuve dans le sens qu'elle présume que le congé durant le mandat du travailleur au sein d'une commission dans laquelle il représente des travailleurs est abusif. Le congé sera considéré comme abusif sauf si l'employeur apporte la preuve d'un motif justifié de résiliation. Ainsi, le licenciement d'un représentant élu des travailleurs qui participe ou a participé à une grève licite sera présumé abusif, à moins que l'employeur prouve qu'il avait un motif justifié de licenciement et que c'est précisément en raison de ce motif que le congé a été signifié³⁹³.

b) Sanctions et procédure (art. 336a et 336b CO)

213. 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).
214. 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).
215. 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 pécuniaire³⁹⁴. Les grévistes 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, partie E).

³⁹⁰ ATF 125 III 277, JdT 2000 I 240.

³⁹¹ WYLER/HEINZER, p. 794 ; DUNAND, Commentaire, N 36 *ad* art. 336 CO, p. 668.

³⁹² Cf. WYLER/HEINZER, p. 633.

³⁹³ Cf. étude du 14 août 2015, n° 332, p. 142.

³⁹⁴ BRÜHWILER, p. 422.

216. L'indemnité prévue à l'art. 336a CO remplit deux fonctions : l'une punitive, l'autre réparatrice³⁹⁵. 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 conventionnelle³⁹⁶. 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 ».

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.³⁹⁷.

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 CO³⁹⁸. Deuxièmement, il va de soi qu'il ne saurait être question de fixer systématiquement l'indemnité au montant maximum de six mois de salaire³⁹⁹. Des comparaisons entre les divers cas peuvent constituer des éléments utiles d'orientation⁴⁰⁰. En pratique, les montants alloués par les tribunaux sont donc d'une grande variété⁴⁰¹.

Dans le fameux litige qui a donné lieu à l'arrêt de principe du Tribunal fédéral de 1999, un employé licencié en raison de sa participation à une grève d'avertissement d'une heure avait invoqué un licenciement abusif. La Cour cantonale avait accepté la demande et fixé l'indemnité à un mois de salaire de l'intéressé. Le Tribunal fédéral a considéré que, compte tenu de l'ensemble des circonstances, le montant de l'indemnité était approprié. Dans leur appréciation, les juges cantonaux, suivis par le Tribunal fédéral, ont considéré que la faute de l'employeur n'était pas grave. Ils se sont basés sur le fait que l'employeur était confronté à des difficultés économiques et qu'il

³⁹⁵ 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.

³⁹⁶ 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.

³⁹⁷ DUNAND, Commentaire, N 14 *ad* art. 336a CO, p. 692 et références citées.

³⁹⁸ CARRUZZO, N 3 *ad* art. 336a CO, p. 534.

³⁹⁹ ATF 119 II 157, c. 2a, JdT 1994 I 293.

⁴⁰⁰ 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.

⁴⁰¹ Cf. DUNAND, Commentaire, N 18 *ss ad* art. 336a CO, pp. 693 *ss* et les références citées.

envisageait de fermer l'entreprise, de telle sorte qu'il aurait été amené à résilier ultérieurement tous les contrats de travail⁴⁰².

217. 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 distinguer⁴⁰³. 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 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 réparer⁴⁰⁴. 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 congé⁴⁰⁵. 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 congé⁴⁰⁶ ou de conditions de travail inacceptables qui ont influé sur sa santé⁴⁰⁷.

Le caractère dissuasif de la sanction prévue à l'article 336a CO a fait débat. On rappellera que c'est l'un des éléments principaux qui a déclenché le dépôt de plaintes devant le Comité de la liberté syndicale (OIT), que cela soit la plainte de l'USS de 2003 ou la plainte du syndicat SSP-VPOD de 2013 (cf. ci-dessus, n^{os} 8 ss et 17 ss)⁴⁰⁸. Ces deux syndicats considèrent que pour qu'elle soit véritablement dissuasive, la sanction d'un congé abusif devrait résider dans la possibilité conférée au juge d'annuler le congé et d'ordonner la réintégration de la personne licenciée dans l'entreprise. Dans notre première étude sur la protection accordée aux représentants des travailleurs, du 14 août 2015, nous avons pour notre part conclu que la possibilité d'ordonner la réintégration du travailleur constituerait à l'évidence une meilleure protection contre le licenciement, mais que ce mécanisme, déjà connu sous l'empire de la LEg (art. 10), s'intégrait ou s'intégrerait assez difficilement aux principes qui régissent le droit privé suisse du travail⁴⁰⁹. Pour mémoire également, dans son message de 1984⁴¹⁰, 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 travailleurs⁴¹¹. Le Parlement avait 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.

⁴⁰² ATF 125 III 277, c. 4c, JdT 2000 I 240.

⁴⁰³ Voir DUNAND, Commentaire, N 26 ss *ad* art. 336 CO.

⁴⁰⁴ TF 4C.84/2005, du 16 juin 2005, c. 5.1 ; TF 4C.177/2003, du 21 octobre 2003, c. 4.1.

⁴⁰⁵ ATF 123 III 391, c. 3c ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 *ad* art. 336a CO.

⁴⁰⁶ TF 4C.310/1998, du 8 janvier 1999, c. 4, *in* SJ 1999 I 277.

⁴⁰⁷ TF 4A_279/2008, du 12 septembre 2008, c. 4.2.1.

⁴⁰⁸ COMITÉ DE LA LIBERTÉ SYNDICALE, Rapport intérimaire – Rapport No. 335, novembre 2004, N 1259.

⁴⁰⁹ Cf. l'étude sur la protection accordée aux représentants des travailleurs, pp. 161 ss.

⁴¹⁰ FF 1984 II 574, pp. 624 et 632 ss.

⁴¹¹ FF 1984 II 574, p. 633.

Enfin, 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'indemnité⁴¹².

218. 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 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 notifié⁴¹³. 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 telle⁴¹⁴.
219. 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 conciliation⁴¹⁵. 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 impérative (cf. art. 361 CO).
220. 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 abusif⁴¹⁶. Un arrêt récent du Tribunal fédéral illustrera le propos⁴¹⁷. 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

⁴¹² 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).

⁴¹³ ATF 136 III 96, c. 2.

⁴¹⁴ TF 4A_571/2008, du 5 mars 2009, c. 4.1.2.

⁴¹⁵ 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.

⁴¹⁶ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 2 *ad* art. 336b CO, p. 263.

⁴¹⁷ TF 4A_320/2014, du 8 septembre 2014.

ne signifie pas seulement faire opposition 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 licenciement⁴¹⁸.

221. Notons encore que le Tribunal fédéral a jugé qu'un syndicat n'avait pas qualité pour agir en annulation du licenciement et en vue de la réintégration 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 individuel⁴¹⁹.

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 défaut⁴²⁰.

3. La résiliation en temps inopportun (art. 336c CO)

222. 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 notification⁴²¹. L'art. 336c CO, qui fait partie des règles relativement impératives (cf. art. 362 CO), contient trois alinéas qui traitent chacun d'une question spécifique.
223. 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). La participation à une grève ne figure pas dans cette liste. 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 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

⁴¹⁸ TF 4A_320/2014, du 8 septembre 2014, c. 3.

⁴¹⁹ TF 4A_248/2010, du 12 juillet 2010.

⁴²⁰ TF 4A_248/2010, du 12 juillet 2010, c. 4.

⁴²¹ AUBRY-GIRARDIN, Commentaire, N 7 ad art. 336c CO.

nouvel employeur à la fin du délai ordinaire de congé paraît hautement invraisemblable compte tenu de la situation du salarié »⁴²².

224. L'article 336c, deuxième alinéa, prévoit un double mécanisme de protection qui dépend du moment de la notification du congé. Le congé donné pendant une des périodes de protection est nul. Il ne produit aucun effet juridique et ne peut pas être converti en une résiliation valable⁴²³. Alors que le congé donné avant une des périodes de protection est suspendu, lorsque l'une des situations visées à l'alinéa premier se produit pendant le délai légal ou conventionnel de congé. Enfin, l'art. 336, troisième alinéa vise à faciliter en pratique le changement d'emploi en prolongeant la durée du contrat jusqu'au terme normalement prévu pour la cessation des rapports de travail (report jusqu'au prochain terme)⁴²⁴.
225. Notons que lorsque le congé est notifié pendant une période de protection, la protection contre le licenciement est meilleure que dans le cas du congé abusif puisque, comme nous l'avons rappelé ci-dessus, le congé abusif est considéré comme valable et produit ses pleins effets juridiques.

4. La résiliation immédiate injustifiée (art. 337 et 337c CO)

226. 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 grévistes ne bénéficient pas de règles spécifiques de protection. Ils sont donc soumis aux mêmes règles que tous les autres travailleurs.
227. Comme l'a expressément relevé le Tribunal fédéral, la participation à une grève licite ne constitue pas un juste motif de licenciement de nature à fonder une résiliation immédiate du contrat de travail⁴²⁵. Un tel licenciement sera en conséquence considéré comme injustifié.
228. Il faut toutefois rappeler que dans la conception du droit suisse 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 motifs⁴²⁶.
229. L'art. 337c CO, qui comprend trois alinéas, règle les conséquences d'un congé immédiat injustifié. Selon l'alinéa premier, l'employeur qui résilie immédiatement le contrat de travail sans justes motifs doit être condamné à verser à l'employé le salaire auquel il aurait eu droit si le contrat avait pris fin à l'échéance du délai de congé (dommages-intérêts). Selon le deuxième alinéa, le juge imputera sur ce montant ce

⁴²² *Ibid.*, N 1 *ad* art. 336c CO, note 2, p. 714.

⁴²³ *Ibid.*, N 41 *ad* art. 336c CO, p. 725.

⁴²⁴ *Ibid.*, N 45 *ad* art. 336c CO, p. 726.

⁴²⁵ ATF 125 III 277, c. 3c, JdT 2000 I 240. Voir aussi WAEBER, p. 68 ; SANNA, pp. 41-42 ; WYLER/HEINZER, p. 803.

⁴²⁶ FF 1984 II 574, p. 636.

que le travailleur a épargné par suite de la cessation du contrat de travail, ainsi que le revenu qu'il a tiré d'un autre travail ou le revenu auquel il a intentionnellement renoncé. Enfin, l'alinéa 3 prévoit que le juge « peut » condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité dont le montant doit être fixé par le juge, mais qui peut atteindre au maximum l'équivalent de six mois de salaire. Cette indemnité est analogue à celle de l'art. 336a CO, dans la mesure où toutes deux sont de même nature⁴²⁷.

230. 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 impératives⁴²⁸. 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 CO⁴²⁹. Dans le même sens, 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.) »⁴³⁰.
231. Un licenciement immédiat peut être à la fois injustifié et abusif⁴³¹. Il en irait ainsi du licenciement immédiat d'un travail au motif qu'il participe ou a participé à une grève licite. Dans un tel 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 raison de leur nature identique⁴³². Seule entre en considération l'indemnité prévue en cas de licenciement immédiat injustifié, à l'exclusion de l'indemnité pour licenciement abusif⁴³³. 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 CO⁴³⁴.

5. Courte synthèse

232. Il résulte de ce qui précède que le droit suisse connaît une protection limitée des employés ayant été licenciés en raison de leur participation à une grève licite. En effet, tant le congé ordinaire, considéré dans le cas d'espèce comme abusif (cf. art. 336 ss CO), que le congé immédiat, considéré dans le cas d'espèce comme injustifié (cf. art. 337c CO), seront traités comme des congés parfaitement valables qui déploient leurs pleins effets juridiques. Dans ces deux cas de figure, les employés ne pourront solliciter ni l'annulation du congé ni leur réintégration dans l'entreprise. Ils

⁴²⁷ Elles ont une double fonction : punitive et réparatrice.

⁴²⁸ GLOOR, N 30 *ad* art. 337c CO, p. 677, et TF 4A_608/2010, du 10 janvier 2011, c. 2.1.

⁴²⁹ TF 4A_474/2010, du 12 janvier 2011, c. 2.3.

⁴³⁰ GLOOR, N 30 *ad* art. 337c CO, p. 677, et références citées.

⁴³¹ REHBINDER/STÖCKLI, N 5 *ad* art. 336 CO, p. 257.

⁴³² GLOOR, N 25 *ad* art. 337c CO, p. 796.

⁴³³ 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.

⁴³⁴ TF 4C.177/2000 du 24 avril 2001, c. 4, *in* JAR 2002, p. 271. Voir aussi BRÜHWILER, p. 423.

devront se limiter à requérir la condamnation de leur employeur au versement d'une indemnité qui ne pourra être supérieure à six mois de leur propre salaire (art. 336a al. 2 et 337c al. 3 CO). Quant à la norme relative au congé donné en temps inopportun (art. 336c CO), elle n'est guère susceptible de protéger les grévistes licenciés.

E. Protection contre les discriminations antisyndicales

1. Sanctions prises par l'employeur en cours d'emploi à l'encontre de grévistes

233. En pratique, l'employeur souhaitant sanctionner un employé gréviste recourra souvent à une mesure de licenciement (ordinaire ou immédiat). Nous avons vu dans quelle mesure le droit suisse protégeait l'employé licencié de manière abusive (art. 336 ss CO) ou injustifiée (art. 337c CO). Mais l'employeur peut préférer prendre d'autres mesures ou sanctions à l'encontre d'un gréviste. On pense notamment à des manœuvres d'intimidation, à des mesures de harcèlement, à des attaques par omissions, au placement de travailleurs sur une liste noire, à des entraves au recrutement de nouveaux membres du syndicat, au refus injustifié d'accorder une augmentation ou une gratification, à une rétrogradation, à un transfert dans un autre service ou lieu de production ou encore à une mise à la retraite. Il s'agit clairement de mesures discriminatoires. La question est ici de déterminer comment le droit interne suisse protège l'employé qui en est la victime.
234. Selon la conception retenue dans notre pays, les droits fondamentaux ne sont en principe directement opposables qu'à l'Etat, sous réserve du droit à l'égalité salariale entre les sexes (art. 8 al. 3 Cst. et art. 3 LEg) et à certains égards la liberté syndicale. Dans les relations entre personnes privées, et donc entre un employeur et ses employés, c'est, sous la réserve indiquée, le principe de la liberté contractuelle qui prédomine⁴³⁵.

2. Interdiction des discriminations au sens de l'article 328 CO

235. En droit privé du travail, il n'existe pas de norme spécifique protégeant un employé contre une mesure discriminatoire prise à son encontre par son employeur. La victime d'une telle mesure en est donc réduite à invoquer l'application de quelques principes généraux et de quelques règles spéciales dans l'espoir qu'un tribunal acceptera de les mettre en œuvre dans le cas d'espèce. S'agissant des règles générales, on peut penser aux principes de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC), de la bonne foi (art. 3 CC) ou de l'équité (art. 4 CC). S'agissant des règles spéciales, on peut penser à l'obligation de l'employeur de protéger la personnalité de ses employés (art. 328 CO).
236. Globalement, ces diverses normes sont rarement utilisées pour protéger un employé discriminé. Fait peut-être exception l'application de l'art. 328 CO dans certains cas de discrimination. Selon la conception admise en droit suisse, lorsque l'employeur traite collectivement d'une situation, les travailleurs peuvent déduire de cette disposition

⁴³⁵

Cf., par exemple, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 12 *ad* art. 328 CO, p. 535. Pour plus de détails sur cette question, voir la partie II, lettre B, chiffre 2, lettre c ci-dessus, consacrée à l'effet horizontal des droits fondamentaux et en particulier de la liberté syndicale.

légale, qui protège notamment leur dignité et leur considération sociale, le droit de ne pas être traité de manière discriminatoire, sans motifs justificatifs⁴³⁶.

Selon la jurisprudence, l'article 328 CO interdit à l'employeur de discriminer un travailleur lorsqu'une telle attitude laisse apparaître une sous-évaluation de la personnalité de l'employé qui soit blessante pour celui-ci. Une telle sous-évaluation n'est toutefois donnée que si l'employé est placé dans une situation clairement moins avantageuse qu'un grand nombre d'autres employés, mais non lorsque l'employeur favorise seulement certains de ses employés⁴³⁷. Ainsi, l'employeur est libre de déterminer ou de convenir, selon les circonstances, des critères d'inclusion ou d'exclusion de certaines catégories de travailleurs dans le cas d'un traitement collectif, pour autant que ces critères soient reconnaissables, qu'ils ne soient pas arbitraires, ne violent pas le respect de la personnalité et ne soient pas illicites⁴³⁸. Le fait que l'employeur favorise certains de ses employés peut avoir pour conséquence que des employés qui ne bénéficient pas du même traitement puissent, selon le principe de la bonne foi, conclure à une modification tacite, en leur faveur, de leur contrat de travail. Dans une telle situation, l'employeur doit leur accorder aussi le traitement censé favoriser certains de ses employés uniquement parce qu'en vertu du principe de la bonne foi, ce sont ces conditions qui paraissent avoir été convenues⁴³⁹. Les gratifications et les plans sociaux constituent les cas d'application principaux⁴⁴⁰.

237. Au vu de ce qui précède, un employé discriminé parce qu'il a participé à une grève (licite ou non) ne dispose pas de réelles protections en droit privé du travail. Ce n'est que dans le cas d'un traitement collectif qu'il pourrait faire valoir une atteinte à sa personnalité. La protection est donc largement lacunaire et aléatoire.

F. Possibilité d'améliorer les protections légales par le biais des conventions collectives de travail

238. 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 certaines catégories (représentants du personnel ou représentants syndicaux, par exemple)⁴⁴¹. Il s'agit ici de faire une courte synthèse de ces pratiques et de déterminer si les partenaires sociaux sont en droit, *de lege lata*, d'intégrer dans les conventions collectives des règles de nature à améliorer la protection contre les congés notifiés à des employés participant ou ayant participé à des grèves licites. Nous distinguerons le cas du congé abusif (chiffre 1) et le cas du congé donné en temps inopportun (chiffre 2).

⁴³⁶ DUNAND, Commentaire, N 54 *ad* art. 328 CO, p. 290.

⁴³⁷ ATF 129 III 276, c. 3.1, JdT 2003 I 346.

⁴³⁸ TF 4A_63/2007, du 6 juillet 2007, c. 4.2.

⁴³⁹ ATF 129 III 276, c. 3.1, JdT 2003 I 346; TF 4A_63/2007, du 6 juillet 2007, c. 4.2.

⁴⁴⁰ DUNAND, Commentaire, N 56 *ad* art. 328 CO, p. 291.

⁴⁴¹ 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, p. 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.

1. Congé abusif

a) Généralités

239. Un certain nombre de conventions collectives de travail contiennent des règles de protection contre les licenciements de travailleurs exerçant leur activité syndicale. Certaines mentionnent explicitement le caractère abusif du licenciement pour ce motif alors que d'autres prévoient même une interdiction de licencier. Il s'agit ici de donner quelques exemples de solutions adoptées par les partenaires sociaux, sans prétention à l'exhaustivité.

Art. 57.2 let. a de la branche suisse de l'enveloppe des édifices (CCT étendue)

« Le congé est en outre abusif lorsqu'il est donné 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 ».

La CCNT (étendue) pour l'artisanat du métal suisse contient, à son art. 62.2 let. a, une disposition semblable. Il en va de même pour la CCT pour la branche suisse de la carrosserie à son art. 49.2 let. a.

Ces conventions ne prévoient toutefois pas de sanctions plus lourdes, en cas de licenciement antisyndical, que celles prévues par le Code des obligations, notamment quant à l'indemnité versée au travailleur au sens de l'art. 336a al. 2 CO.

Trois conventions collectives interdisant le licenciement antisyndical sont mentionnées ici à titre d'exemple :

Art. 14.2 CCT nationale des coiffeurs (CCT étendue) :

« Il est interdit de faire subir des conséquences négatives à des employeurs ou des employés parce qu'ils appartiennent ou refusent d'appartenir à une association. *Il est notamment interdit de congédier un employé parce qu'il déploie une activité syndicale ou fait valoir ses droits contractuels* » (en italique dans le texte).

Art. 9.2 CCT groupe Globus

« La liberté de coalition constitue la base évidente des relations entre partenaires sociaux. Son exercice conforme au droit est garanti par l'employeur comme par les travailleurs. La collaboratrice ou le collaborateur a notamment toute liberté d'adhérer ou non à des associations de travailleurs. L'appartenance ou la non-appartenance à une association de travailleurs ne doit engendrer aucun désavantage pour la collaboratrice ou le collaborateur. En particulier, l'activité syndicale ainsi que la défense de droits contractuels ne peuvent constituer un motif de licenciement ».

Art. 10.2 CCT Cadre du commerce de détail – Genève (CCT étendue)

« 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 ».

240. Comme nous l'avons plus haut, les conventions collectives de travail contiennent souvent des clauses prohibant le recours à la grève (cf. ci-dessus, partie II, lettre C, chiffre 3, lettre b). L'obligation de paix du travail se trouve ainsi concrétisée – rappelée ou étendue – dans les CCT.

En outre, certaines CCT mentionnent les conditions dans lesquelles un travailleur pourrait effectivement se mettre en grève (art. 4.2 CCT METAL-VAUD) tandis que

d'autres prévoient des règles fixant les conditions d'exercice du droit de grève (art. 1.3 al. 3 CCT des industries horlogère et microtechnique suisses). Dans ce dernier cas, on pourrait y voir, d'une certaine manière, une protection « préventive » contre le licenciement du travailleur exerçant ou souhaitant exercer son droit de grève. De même, un certain nombre de CCT contiennent des dispositions mentionnant explicitement le caractère abusif d'un congé donné en raison de l'exercice d'une activité syndicale – dont fait partie l'exercice licite du droit de grève – ou encore qui prohibent le licenciement pour un tel motif.

Enfin, il convient de mentionner l'article 9 al. 1 CCT de la branche du travail temporaire, laquelle est étendue. On peut, en effet, y voir une certaine protection – du moins indirecte – du travailleur dans l'exercice effectif du droit de grève étant donné que les briseurs de grève ne peuvent être placés [par le bailleur de services] dans des entreprises locataires de service faisant la grève de manière légale.

La licéité et la compatibilité de ces diverses solutions conventionnelles avec le régime légal ne va pas de soi. Il s'agit ici de déterminer dans quelle mesure les partenaires sociaux peuvent améliorer la protection légale en cas de licenciement abusif. Il faut distinguer deux questions. La première, la plus complexe, concerne la possibilité de prévoir une sanction différente de celle prévue à l'art. 336a CO (indemnité). La seconde, qui a moins d'implications pratiques, concerne la possibilité de prévoir un nouveau cas de congé abusif qui concernerait les employés licenciés du fait de leur participation à une grève licite.

b) Sanction plus sévère

241. Selon l'article 358 CO, le « droit impératif de la Confédération et des cantons l'emporte 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 absolument impératives, soit principalement celles énumérées à l'article 361 CO⁴⁴². 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 336b (indemnité, procédure) CO figurent précisément dans la liste des dispositions absolument impératives de l'art. 361 CO⁴⁴³. 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.
242. 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 droit⁴⁴⁴. De l'avis du Conseil

⁴⁴² BRUCHEZ, N 6 *ad* art. 361 CO, p. 1233.

⁴⁴³ DUNAND, Indemnité, p. 34.

⁴⁴⁴ 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.

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 travail⁴⁴⁵.

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 texte⁴⁴⁶. 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 précités⁴⁴⁷.

243. 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 »⁴⁴⁸. Dans la conclusion de sa contribution, AUBERT relevait toutefois que cette action préventive était surprenante et qu'elle ne correspondait pas aux besoins⁴⁴⁹.

244. 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)⁴⁵⁰. 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 Département fédéral et justice et police 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

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 435.

⁴⁴⁶ REHBINDER/STÖCKLI, N 1 *ad* art. 361 CO, p. 770 ss ; BOHNET/DIETSCHY, *ad* art. 361 et 362 CO, p. 1305.

⁴⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁴⁸ AUBERT G., *Droit collectif*, pp. 156 s.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 161.

⁴⁵⁰ 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.

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 »⁴⁵¹.

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 Département 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 »⁴⁵².

245. 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 statut⁴⁵³. Car, comme le relevait le Conseil fédéral en 1984, en se basant notamment sur les recherches de DAXELHOFFER publiées en 1980⁴⁵⁴, 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 »⁴⁵⁵. Globalement, les dispositions doivent être réparties en diverses catégories selon les critères suivants⁴⁵⁶ :

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 ;
- 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.

246. 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

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 20.

⁴⁵² *Ibid.*, p. 9, avec les références doctrinales citées sous note 27.

⁴⁵³ BOHNET/DIETSCHY, N 13 *ad* art. 361 et 362 CO, p. 1311.

⁴⁵⁴ DAXELHOFFER, pp. 27 s.

⁴⁵⁵ 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.

⁴⁵⁶ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/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.

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'autre⁴⁵⁷. Certains auteurs en déduisent la possibilité pour les partenaires sociaux de prévoir des dispositions améliorant la protection des employés. Ainsi, STREIFF, VON KAENEL et RUDOLPH, s'expriment ainsi, interprétant l'art. 336a CO : « Die Norm ist absolut zwingend ausgestaltet. Es ist anzunehmen, dass dies wegen der (theoretischen) Parität erfolgte. Damit stellt sich die Frage, ob bspw. in einem GAV die Strafzahlung bis auf den Lohn für zwölf Monate erhöht werden dürfte. Wenn man die Kennzeichnung als absolut zwingend auf alle Elemente der Norm bezieht, ist eine Erhöhung der Strafe unzulässig. Unseres Erachtens war das aber nicht die gesetzgeberische Absicht; im Zweifel ist der Vertragsfreiheit in der Form der Günstigkeitsprinzips der Vorzug zu geben »⁴⁵⁸. BRUCHEZ abonde dans le même sens⁴⁵⁹.

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 licencier⁴⁶⁰.

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 »⁴⁶¹. 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 »⁴⁶².

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

⁴⁵⁷ Arrêt du Tribunal fédéral du 27 octobre 1981, *in* SJ 1982 229.

⁴⁵⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 10 *ad* art. 336a CO, pp. 1059-1060.

⁴⁵⁹ BRUCHEZ, N 12 *ad* art. 358 CO, pp. 1235-1236.

⁴⁶⁰ Décision du 13 avril 1989, *in* JAR 1990 388.

⁴⁶¹ TF 4A_248/2010, du 12 juillet 2010, c. 5.

⁴⁶² TF 4A_316/2012, du 1 novembre 2012, c. 2.2.

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.

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 grévistes.

c) **Nouveau cas de licenciement abusif**

247. Comme déjà indiqué, alors que l'alinéa premier de l'art. 336 CO est de droit absolument impératif (cf. art. 361 CO), l'alinéa second du même article est de droit relativement impératif (cf. art. 362 CO). Selon l'art. 336 al. 2 CO, est abusif le congé donné par l'employeur dans trois hypothèses distinctes (lettre a à c). Se pose dès lors la question de savoir si les parties peuvent compléter la liste avec de nouvelles hypothèses, telle par exemple le licenciement d'un employé en raison de sa participation à une grève licite.
248. La doctrine la plus avisée paraît admettre une telle possibilité⁴⁶³. WYLER et 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 impérative⁴⁶⁴. Il faut ici rappeler, à titre d'argument supplémentaire, que la liste des cas de congés abusifs de l'art. 336 (al. 1 et 2) CO n'est pas exhaustive. Selon le Tribunal fédéral, l'ordre juridique peut reconnaître d'autres cas pour autant qu'ils aient une gravité similaire⁴⁶⁵. Notons cependant que la simple mention dans une convention collective du cas de la participation à une grève licite aurait une portée juridique limitée puisque tout le monde admet qu'un congé notifié dans une telle circonstance est abusif. En revanche, le caractère symbolique d'une telle règle n'est pas à négliger.

2. **Congé donné en temps inopportun**

249. 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 travailleurs licenciés pendant leur participation à une grève licite. 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).

La doctrine admet que les parties peuvent notamment prévoir⁴⁶⁶ :

⁴⁶³ PORTMANN/STÖCKLI, N 698, pp. 202-203 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 21 *ad* art. 336 CO, pp. 1042-1043 ; WYLER/HEINZER, pp. 626-627.

⁴⁶⁴ WYLER/HEINZER, pp. 626-627.

⁴⁶⁵ ATF 132 III 115, c. 2.1, JdT 2006 I 152.

⁴⁶⁶ 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.

- 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 »⁴⁶⁷. 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 professionnels⁴⁶⁸.

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 »⁴⁶⁹.

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 travail⁴⁷⁰. 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 maladie⁴⁷¹.

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 exemple⁴⁷².

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.

250. Comme déjà indiqué, la question qui se pose, dans ce contexte, est dès lors celle de savoir si est possible d'instituer la participation à une grève licite comme période de protection au sens de l'art. 336c. 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

⁴⁶⁷ Voir article 10 al. 1 lettre b de la Convention collective de travail du second œuvre romand, CCT 2011.

⁴⁶⁸ Voir article 3.5 al. 1 de la CCT du secteur de la santé du canton de Neuchâtel, version de droit privé 2013-2016.

⁴⁶⁹ Voir article 7 al. 1 de la CCNT, état au 1^{er} janvier 2012.

⁴⁷⁰ Arrêt du Tribunal fédéral du 27 octobre 1981, *in* SJ 1982 229.

⁴⁷¹ Arrêt de la Chambre d'appel des prud'hommes de Genève, du 16 juin 1998, *in* JAR 1999 260.

⁴⁷² 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.

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 gréviste ne paraît pas comparable avec les cas prévus à l'art. 336c al. 1 CO. Il est donc douteux qu'il soit possible aux partenaires sociaux de prévoir *de lege lata* un nouveau cas de protection contre le licenciement en temps inopportun dans l'hypothèse d'une grève licite.

G. Synthèse et conclusions intermédiaires sur la protection du travailleur qui participe à une grève licite

251. En comparaison avec les prescriptions du droit international, en particulier les instruments de l'OIT tel qu'appréciés par le Comité de la liberté syndicale, la protection du travailleur qui participe à une grève licite est peu développée en droit privé suisse. Un tel régime s'inscrit dans la conception du droit interne suisse qui privilégie la liberté de licencier.
252. Comme nous l'avons vu, le droit suisse connaît une protection limitée des employés ayant été licenciés en raison de leur participation à une grève licite. En effet, tant le congé ordinaire, considéré dans le cas d'espèce comme abusif (cf. art. 336ss CO), que le congé immédiat, considéré dans le cas d'espèce comme injustifié (cf. art. 337c CO), seront traités comme des congés parfaitement valables qui déploient leurs pleins effets juridiques. Dans ces deux cas de figure, les employés ne pourront solliciter ni l'annulation du congé ni leur réintégration dans l'entreprise. Ils devront se limiter à requérir la condamnation de leur employeur au versement d'une indemnité qui ne pourra être supérieure à six mois de leur propre salaire (art. 336a al. 2 et 337c al. 3 CO). S'agissant de la norme relative au congé donné en temps inopportun (art. 336c CO), elle ne paraît guère susceptible de protéger les grévistes licenciés.
253. Quant à l'employé discriminé parce qu'il a participé à une grève (licite ou non), il est encore moins bien protégé puisqu'il ne dispose pas de réelles protections en droit privé du travail. Ce n'est que dans le cas d'un traitement collectif qu'il pourrait faire valoir une atteinte à sa personnalité. La protection est donc largement lacunaire et aléatoire.
254. Le caractère fragmentaire de la protection en cas d'exercice licite du droit de grève résulte également à notre sens de la notion même de grève licite, ouvrant la voie à la protection, qui, ainsi que nous l'avons démontré ci-dessus, n'est pas encore totalement clarifiée. Il en résulte une inévitable incertitude pour le gréviste, susceptible d'influer sur sa volonté de participer ou non à une grève.

La possibilité pour les partenaires sociaux de prévoir dans les conventions collectives de travail un régime plus favorable aux travailleurs, par exemple la nullité du congé, est complexe et controversée. Au texte clair de la loi (cf. art. 336a, 358 et art. 361 CO), en défaveur d'une telle possibilité, une partie de la doctrine et certaines jurisprudences, opposent une interprétation téléologique plus nuancée, qui permet d'opérer des distinctions suivant le but des normes et admettent des solutions conventionnelles dérogatoires.

A ce jour, le Tribunal fédéral ne paraît pas avoir tranché la question de manière claire et définitive, ce qui résulte plus particulièrement de deux arrêts relativement récents rendus dans la même affaire relative à l'application de la Convention collective cadre genevoise du commerce de détail 2008-2010. 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 une disposition 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 »⁴⁷³. Il a donc laissé la question ouverte.

Le second arrêt, rendu en 2012, est plus intéressant. Selon le Tribunal fédéral, il fallait considérer que la disposition litigieuse de la convention ne permettait pas de fonder l'annulation ou l'annulabilité du congé, car la elle « 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 »⁴⁷⁴.

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.

255. Vu le caractère relativement impératif de l'article 336 al. 2 CO, et la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle l'ordre juridique peut reconnaître de nouveaux cas de congés abusifs pour autant qu'ils aient une gravité similaire à ceux prévus dans la liste de l'art. 336 CO, il semble, en revanche, plus aisé de reconnaître que les partenaires sociaux ont la possibilité de mentionner expressément que le licenciement en raison de la participation à une grève licite constitue un cas de congé abusif.
256. *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 employés ayant participé à une grève licite, en prévoyant par exemple la nullité de leur congé.

⁴⁷³ TF 4A_248/2010, du 12 juillet 2010, c. 5.

⁴⁷⁴ TF 4A_316/2012, du 1 novembre 2012, c. 2.2.

IV. Réponses aux questions et synthèse générale

A. Introduction

257. Conformément au mandat qui nous a été confié, nous avons approfondi dans cette étude la question principale qui nous était posée, à savoir « quelle est la protection accordée en droit suisse aux travailleurs qui font grève de manière conforme au droit » et celle de savoir si cette protection garantit « l'exercice effectif du droit de grève, étant considéré que ce droit a valeur constitutionnelle et qu'il se rattache à la liberté syndicale et peut donc être appréhendé sous l'angle des rapports collectifs de travail ».
258. A titre de synthèse générale, nous souhaitons apporter dans un premier temps une réponse succincte aux cinq sous-questions générales développant la question principale qui nous a été posée (lettre B). Dans un second temps, il s'agira de présenter quelques pistes de réflexion et d'amélioration envisagées (lettre C).

B. Réponses aux cinq questions développant la question générale

1. Question 1

a. Description du droit de grève tel que garanti par l'art. 28 Cst. : notion de grève, titulaires, conditions et conséquences juridiques.

Les deux questions particulières suivantes sont d'intérêt dans ce cadre et seront abordées sans devoir toutefois faire l'objet de développements particulièrement détaillés en rapport avec l'ensemble : tiers qui ne font pas partie de l'entreprise, qui participent à la grève et qui n'ont pas de revendications à faire valoir et éventuel devoir d'informer les travailleurs sur les conditions légales ou contractuelles du droit de grève.

b. Garanties découlant de la Convention européenne des droits de l'homme au vu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

c. Eléments d'interprétation des conventions C 87 et C 98 en rapport avec le droit de grève.

Description du droit de grève au sens de l'art. 28 Cst. (notion de grève, titulaires, conditions et conséquences juridiques)

259. Différents type de grève peuvent exister en pratique (grève « classique » qui consiste à « simplement » cesser de travailler, grève du zèle, perlée, tournante, des crayons, des factures, des notes, grève de solidarité, grève sauvage, grève politique, etc.). Si toutes ces formes de grève consistent en une « désorganisation collective et concertée du travail par les salariés », toutes ne sont pas pour autant toujours protégées par le droit. En Suisse, pour qu'une grève soit protégée, il faut qu'elle soit licite.

La grève et le lock-out peuvent être définis de la manière suivante : la grève consiste en une 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.

Quant au Tribunal fédéral, il définit la grève comme une « kollektive Verweigerung der geschuldeten Arbeitsleistung zum Zwecke der Durchsetzung von Forderungen nach bestimmten Arbeitsbedingungen gegenüber einem oder mehreren Arbeitgebern »⁴⁷⁵.

260. En ce qui concerne les *conditions* du droit de grève, l'art. 28 al. 2 et 3 de la Constitution fédérale prévoit que toute grève ou tout lock-out doit, pour être licite et bénéficier de la protection de la liberté syndicale, respecter les trois conditions suivantes :

- se rapporter aux relations de travail (au sens large) ; en d'autres termes, et selon certains auteurs, le moyen de combat doit poursuivre des buts susceptibles d'être réglés dans une convention collective de travail ;
- respecter une obligation existante de préserver la paix du travail ;
- n'intervenir que lorsque les moyens de négociation et de médiation ont été épuisés (idée de l'« *ultima ratio* », cf. art. 28 al. 2 Cst., ou, pour certains auteurs, de la proportionnalité).

Une quatrième condition est souvent ajoutée par la doctrine et reprise par le Tribunal fédéral : la grève doit être organisée ou soutenue par une organisation de travailleurs.

261. La question de la *titularité* du droit de grève – étroitement liée à la quatrième condition présentée ci-dessus – est celle qui soulève le plus de discussions. A vrai dire, ce n'est pas tellement la question de savoir qui peut *participer* à une grève qui pose un problème (il est admis sans controverse que les travailleurs, à titre individuel, et même les travailleurs non syndiqués, ont le droit de participer à une grève licite), mais plutôt celle de savoir qui est autorisé à *déclencher* la grève.

La doctrine n'est pas unanime, ni quant à la nécessité ou à l'opportunité, ni quant à la signification de cette quatrième condition de licéité de la grève. Certains auteurs sont d'avis que cette condition signifie que seul un syndicat doit pouvoir décider le déclenchement de la grève – ou son soutien –, ou, pour le moins, que l'organisation des travailleurs doit répondre aux critères de l'association au sens des articles 60 ss du Code civil ou d'une autre personne morale. D'autres estiment qu'une conception moins formaliste devrait être retenue, en ce sens que ce qui importe, c'est que les travailleurs soient organisés de manière à ce qu'existe, dans l'hypothèse d'un conflit, une organisation minimale, qui représente les travailleurs concernés, en tant qu'interlocuteur de l'employeur dans la négociation.

A notre sens, la conception qui consiste à ne reconnaître le droit de déclencher une grève qu'aux seuls syndicats paraît discutable pour plusieurs raisons. Tout d'abord, il faut relever que l'Assemblée fédérale (notamment et explicitement le Conseil national) a, après discussion, renoncé semble-t-il volontairement à inclure une telle condition à l'art. 28 Cst.

Ensuite, 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.

Du point de vue de la *finalité* de cette condition, ce qui nous semble primordial est d'avoir des acteurs à même de représenter les travailleurs en grève et de défendre

⁴⁷⁵

ATF 125 III 277, c. 3a. Cf. également ATF 134 IV 216, c. 5.1 ; ATF 132 III 122, c. 4.3.

leurs revendications, en bref d'avoir des interlocuteurs, ou des porte-paroles, pour mener les négociations avec l'autre partie. En ce sens, il nous paraît donc que l'élément essentiel de cette quatrième condition consiste dans le fait que les travailleurs soient *organisés*. Il importe peu que la grève soit soutenue par un syndicat.

Il existe encore un autre élément dont il faut tenir compte : si l'exigence que la grève soit déclenchée par un syndicat devait être retenue de manière absolue et stricte, cela priverait de fait les travailleurs de certains secteurs économiques – non organisés syndicalement – du droit de grève.

Dans ce sens, on peut se demander si le droit de déclencher une grève ne devrait pas, à tout le moins, dans les branches où il n'existe pas de syndicats, être reconnu aux représentants élus des travailleurs au sens de la loi sur la participation. Pour les plus petites entreprises (moins de 50 travailleurs, cf. art. 3 de la loi sur la participation), qui n'ont pas de représentation élue, on pourrait même imaginer que les travailleurs se réunissent pour désigner une représentation *ad hoc*.

Enfin dernier élément, mais pas des moindres du point de vue constitutionnel, si le droit de déclencher une grève n'était accordé qu'aux syndicats et, donc, aux personnes syndiquées, cela pourrait fortement porter atteinte à la liberté syndicale *négative*, c'est-à-dire au droit de ne pas adhérer à un syndicat, les travailleurs concernés étant pratiquement contraints de choisir entre l'adhésion à un syndicat ou la renonciation à leur « droit » de grève. Sur cet aspect, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle également que l'art. 11 par. 1 CEDH garantit aussi la liberté syndicale *négative*, dans le but de protéger les travailleurs contre toute affiliation forcée à un syndicat. La pratique générale du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (Pacte I) va dans le même sens, de même que l'art. 22 ch. 1 du Pacte II relatif aux droits civils et politiques, qui protège également la liberté syndicale négative.

262. Sur le plan des *conséquences juridiques* de la participation du travailleur à une grève, il convient de distinguer selon que la grève est licite ou illicite.

La participation à une *grève illicite* constitue une violation du contrat de travail, notamment du devoir de fidélité (art. 321a CO). Elle est considérée comme un cas de demeure du travailleur sous la forme d'un refus injustifié de la prestation de travail. L'employeur est libéré du paiement du salaire pendant la période de l'absence consécutive à une grève 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 contrat en respectant les délais ordinaires de congé (art. 335a ss CO). La résiliation ordinaire du contrat faisant suite à une grève illicite n'est pas abusive. L'employeur peut également licencier avec effet immédiat un employé du fait de sa participation à une grève illicite pour autant que les conditions de l'art. 337 CO soient réalisées : existence d'un juste motif, réaction immédiate, avertissement suivant la gravité du manquement. Selon l'art. 337 al. 2 CO, sont « notamment considérés comme de justes motifs 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 ». En cas de litige, le juge appréciera « librement » s'il existe des justes motifs en tenant compte de l'ensemble des circonstances (cf. art. 337 al. 3 CO). Il tiendra notamment compte du rôle du travailleur dans le déclenchement et la conduite de la grève.

Dans la mesure où, même pour un juriste averti, il est difficile de distinguer dans un cas d'espèce les limites entre une grève licite et illicite, plusieurs avis doctrinaux estiment, à juste titre selon nous, que dans le cadre de l'examen d'éventuels justes

motifs, il faut tenir compte de la possibilité pour le travailleur de reconnaître – ou non – son caractère illicite.

En outre, la violation du contrat par le travailleur peut amener celui-ci à devoir réparer le dommage causé à son employeur (en raison de l'art. 321e CO), du moins lorsqu'il ne pouvait ignorer le caractère illicite de la grève. Lorsqu'un syndicat a soutenu la grève, il peut également être tenu à réparer le dommage en vertu des articles 41 ss CO en cas de responsabilité délictuelle ou sur la base des articles 97 ss CO si une CCT prévoit le respect de la paix du travail. Les CCT contiennent souvent des peines pour ce type de situation.

263. Lorsque la grève est *licite*, on considère que les rapports de travail sont partiellement suspendus pendant la durée de la grève (théorie de la suspension). Cette suspension intervient pour la durée effective de la grève, que celle-ci soit supérieure ou inférieure à la durée annoncée.

Plus précisément, les obligations principales des parties sont suspendues (art. 82 CO), alors que les obligations secondaires perdurent. 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. En pratique, les travailleurs membres d'un syndicat sont souvent 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.

Si l'obligation principale du travailleur d'accomplir son activité est suspendue le temps de la grève, il n'en va pas de même de ses obligations secondaires, en particulier de son devoir de diligence et de fidélité (art. 321a CO). Par exemple, le travailleur n'est pas autorisé à exercer une activité lucrative auprès d'un autre employeur pendant le temps de la grève.

En revanche, il va de soi que le travailleur n'engage pas sa responsabilité (art. 321e CO) et qu'il ne peut être tenu de réparer le dommage économique subi par l'employeur du fait d'une grève licite (manque à gagner de l'employeur en raison de la cessation de l'activité des travailleurs). D'ailleurs, ce dommage constitue le but même de la grève et doit conduire l'employeur à considérer les revendications des travailleurs comme étant moins pénibles que la grève elle-même.

La grève licite ne met pas fin aux rapports de travail ; la réintégration professionnelle des grévistes dans leur activité professionnelle est garantie. Si un employeur procède à des licenciements ordinaires en raison de la grève, alors que celle-ci est licite, les licenciements seront considérés comme abusifs (au sens de l'art. 336 CO). De même, *a fortiori*, le licenciement immédiat d'un travailleur en raison de sa participation à une grève licite sera considéré comme injustifié (art. 337c CO). Ces derniers points sont développés dans la réponse à la question 3.

La situation des tiers qui ne font pas partie de l'entreprise, qui participent à la grève et qui n'ont pas de revendications à faire valoir

264. S'agissant de la question de l'accès à l'entreprise, en cas de grève, deux situations doivent être distinguées : celles prévalant pour les syndicats et les représentants syndicaux, ainsi que celle applicable pour les travailleurs qui auraient eux-mêmes été licenciés pour fait de grève. D'une manière générale, le droit international ainsi qu'une partie de la doctrine déduisent un tel droit d'accès directement de la liberté syndicale, considérant qu'il s'agit là d'un droit dérivé de cette liberté, « essentiel » pour son exercice effectif, alors que, à l'inverse, le Tribunal fédéral et une partie de la doctrine

ne considèrent pas ce droit comme une « composante indispensable » de la liberté syndicale. On a donc là deux manières de voir qui ne se rejoignent pas.

Admettre qu'un droit d'accès découle et doit découler de la seule liberté syndicale peut se comprendre si l'on veut éviter que le droit de grève ne soit pas vidé de son sens. En effet, si l'on n'interprétait pas les choses ainsi, dans la mesure où la réintégration n'existe pas, cela signifie qu'il « suffirait » de licencier les grévistes – même de manière illégale ou abusive –, pour les faire sortir de l'entreprise et, par conséquent, les priver de tout droit d'accès, donc rendre illusoire le droit de grève. Il n'en demeure pas moins que le droit d'accès à l'entreprise se heurte de front à un autre droit fondamental, de l'employeur celui-là, la garantie de la propriété (voire la liberté économique).

On se trouve donc face à un conflit de droits fondamentaux et il convient, pour le trancher, de reprendre la méthode définie par la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, que celui-ci a d'ailleurs récemment rappelée : « [e]n vue de résoudre un conflit de libertés (lorsqu'il 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 [...]), c'est au juge qu'il incombe de vérifier que la décision entreprise ménage un juste équilibre entre les différents principes constitutionnels et droits fondamentaux en jeu [...], étant rappelé que la Constitution fédérale ne prévoit elle-même aucune hiérarchie entre les droits fondamentaux [...]. [...] le juge se laissera en règle générale guider par les principes ancrés à l'art. 36 Cst., en les adaptant le cas échéant aux besoins spécifiques [...] »⁴⁷⁶.

Il n'est donc pas possible de donner à cette question une réponse générale et abstraite. La question doit être tranchée dans chaque cas concret en fonction des circonstances de ce cas (quelle partie de l'entreprise est concernée par le droit d'accès, dans quel but celui-ci est-il revendiqué, etc.). Dans le cas qui nous intéresse, si l'on admet que le législateur n'a pas lui-même « préalablement ou entièrement désamorcé » le conflit, on pourrait envisager que les partenaires sociaux aient, eux, la possibilité de le faire par le biais des conventions collectives ou éventuellement dans le cadre de négociations au moment du conflit.

La question d'un éventuel devoir d'informer les travailleurs sur les conditions légales ou contractuelles du droit de grève

265. En ce qui concerne la question d'un éventuel devoir général d'information de l'employeur en matière de droit de grève, et bien qu'il existe, dans la législation, notamment le Code des obligations et la loi sur la participation, divers devoirs d'information de l'employeur sur des points précis, il n'existe pas, à notre sens, sur la base du droit positif, une obligation de l'employeur d'informer les travailleurs sur le droit de grève et sur les conditions de son exercice licite.

Il ne nous semble en revanche pas exclu qu'une CCT ou un règlement d'entreprise le fasse bien que cela soit peu probable en pratique.

Informers les travailleurs – mais certainement aussi les employeurs – sur les conditions du droit de grève et de son exercice pourrait probablement participer d'un meilleur dialogue entre les partenaires sociaux, pour autant que l'information soit correcte et non orientée. Or, les conditions de licéité de la grève n'étant pas définies de manière totalement précise mais faisant l'objet de divergences d'interprétation dans la doctrine, comme du reste entre les partenaires sociaux, un risque d'information erronée n'est

⁴⁷⁶

ATF 140 I 201, consid. 6.7.

pas exclu. Dans ces conditions, on peut se demander si un devoir d'information – information qui s'adresserait aussi bien aux employeurs qu'aux travailleurs – ne devrait pas être conçu comme une entreprise commune des partenaires sociaux, voire une entreprise tripartite, partagée entre le partenariat social et l'Etat.

Garanties découlant de la Convention européenne des droits de l'homme au vu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

266. Au niveau de la CEDH, c'est l'art. 11 relatif à la liberté de réunion et d'association qui est pertinent. Dans la mesure où cette disposition est directement applicable en Suisse et où les droits qu'elle garantit sont doublement protégés (tant au niveau interne, qu'au niveau international), elle revêt une importance particulière.
267. En ce qui concerne plus précisément le droit à la grève, la Cour a d'abord reconnu que le droit de grève est l'un des moyens d'action les plus efficaces des syndicats, tout en retenant néanmoins aussi la possibilité d'autres mesures d'action. Par la suite, la Cour a reconnu dans une certaine mesure, ou indirectement, un droit de grève dans les circonstances spécifiques de l'arrêt *Enerji Yapı-Yol Sen c. Turquie*. Puis, plus récemment, en 2014, elle a également reconnu que la grève est protégée dans le cadre de l'art. 11 CEDH, ce qu'elle a encore confirmé en 2015. Désormais, le droit de grève est donc clairement reconnu et protégé par l'art. 11 CEDH.
268. 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. 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. Les Etats ont néanmoins l'obligation d'y inclure les éléments considérés comme essentiels par la jurisprudence de la Cour.

Eléments d'interprétation des conventions C 87 et C 98 en rapport avec le droit de grève.

269. Dans le cadre de l'OIT, 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 »⁴⁷⁷, estimant que la Convention n° 87 « exige qu'au minimum, le droit de grève soit garanti au titre de droit collectif des syndicats »⁴⁷⁸.
270. 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.

⁴⁷⁷ KUSTER ZÜRCHER, p. 64, N 18.

⁴⁷⁸ KUSTER ZÜRCHER, p. 64, N 18.

271. 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. De la même manière, le Comité semble admettre que réserver le droit de déclencher une grève aux seules organisations syndicales puisse être compatible avec les normes de la convention n° 87, pour autant toutefois que les travailleurs puissent constituer des syndicats sans être confrontés à des pratiques antisyndicales.

2. Question 2

Place, fonction et limites du droit de grève dans les rapports collectifs de travail, notamment par l'étude des CCT et au vu des droits et obligations prévus à l'art. 28, al. 2 et 3, Cst.

272. L'étude a permis de montrer que le droit de grève est, à divers égards, étroitement et intrinsèquement lié au droit collectif du travail, ou, pour reprendre les termes de la question, aux rapports collectifs de travail. Ce lien se manifeste, tout d'abord, dans le fait que le droit de grève est souvent considéré – même si cette conception est discutée – comme un droit essentiellement, sinon exclusivement collectif, un droit de groupe, un droit des syndicats, plus que comme un droit fondamental individuel. Ainsi, la titularité même du droit de grève est réservée aux travailleurs (collectivement) organisés, et non aux travailleurs individuels, cela sans préjuger de la question, discutée elle aussi, de ce que recouvre l'exigence d'une « organisation » des travailleurs.

D'autre part, le lien entre le droit de grève et le droit collectif du travail se marque à travers l'instrument de la convention collective de travail. La simple existence d'une convention collective de travail implique en effet, pour les parties qui l'ont conclue ainsi que pour les employeurs et les travailleurs qui y sont soumis, une obligation de paix du travail, obligation *relative*, c'est-à-dire une obligation de s'abstenir de recourir à la grève ou à un autre moyen de lutte pour toute question réglée par ladite convention collective. La raison d'être de cette obligation de paix du travail repose sur l'idée que lorsqu'il existe un désaccord entre les parties sur des points réglés dans le cadre d'une convention collective, il revient au juge de trancher dans le cadre d'une action judiciaire. L'« institutionnalisation » de la paix du travail, dans plusieurs branches, résulte précisément de l'existence même, et du renouvellement régulier et ininterrompu des conventions collectives de travail.

Cette obligation de paix (relative), qui s'impose aux parties de par la loi (art. 357a CO), peut même être étendue par les parties elles-mêmes, dans la convention, pour devenir *absolue*, c'est-à-dire pour devenir une obligation de s'abstenir de recourir à la grève ou à un autre moyen de lutte pour toute question, que celle-ci soit réglée ou non dans la convention, pour toute la durée de validité de celle-ci. Or, l'art. 28 de la Constitution fédérale, qui garantit le droit de grève, fait précisément du respect d'une telle obligation de paix du travail, relative ou absolue, une des quatre conditions de licéité de la grève. En d'autres termes, le non-respect ou la violation d'une obligation de paix rend le recours à la grève illicite, et donc non protégé par la Constitution.

A l'inverse, il n'y a pas d'obligation de maintenir la paix du travail – au sens strict du terme – en dehors de l'existence d'une convention collective de travail, à moins d'une interdiction – ou une restriction – légale comme il peut en exister pour certaines catégories de personnes (par exemple pour les personnes qui assument des services essentiels).

On voit ainsi qu'il y a un lien direct et étroit entre droit de grève et droit collectif du travail et que l'instrument du droit collectif que représente la convention collective joue et peut jouer un rôle prépondérant en matière de grève et de réglementation de la grève.

273. Paradoxalement, cependant, une étude – non exhaustive – de quelques conventions collectives montre que celles-ci ne contiennent pas beaucoup de dispositions relatives à la grève ou au droit de grève, ou encore à ses conditions d'exercice.

Certes, plusieurs conventions collectives connaissent des clauses sur la paix du travail *relative*, qui, on l'a vu, résulte déjà de la loi (art. 357a al. 2 CO)⁴⁷⁹. Ces conventions ne font donc que rappeler l'obligation de paix du travail. D'autres conventions contiennent des clauses qui prohibent de manière absolue le recours à la grève, en d'autres termes qui étendent l'obligation de paix du travail.

Mais, au-delà de ces clauses de paix du travail – relative ou absolue –, les conventions collectives ne semblent pas beaucoup s'aventurer à réglementer d'autres points et questions liés à la grève et/ou à l'exercice et aux modalités du droit de grève, et cela quand bien même, comme l'a montré la présente étude, les diverses interrogations soulevées par ce droit sont nombreuses et délicates.

A vrai dire, on rencontre parfois, mais assez rarement, dans des conventions collectives certaines clauses qui se réfèrent plus ou moins explicitement à la grève. Ainsi – et encore une fois abstraction faite des clauses de paix, relative ou absolue, du travail –, il arrive que l'on trouve des clauses qui prévoient des règles en cas de suspension ou de fin de la paix du travail, mais aussi des dispositions quant aux règles de comportement que les parties se doivent de suivre en cas de recours (possible) à la grève ou qui précisent quand et à quelles conditions un travailleur est en droit d'utiliser ce moyen de combat, ou encore qui prévoient des règles fixant les conditions d'exercice du droit de grève (par exemple des normes interdisant aux employeurs de recourir à des « briseurs de grève »). Dans ce dernier cas, on pourrait y voir, d'une certaine manière, une protection « préventive » contre le licenciement du travailleur exerçant ou souhaitant exercer son droit de grève.

Plus généralement, quelques conventions collectives contiennent – souvent sans référence explicite à la grève – des règles de protection contre les licenciements de travailleurs qui seraient congédiés en raison de l'exercice (conforme au droit) d'une activité syndicale. De même, certaines conventions contiennent des dispositions mentionnant explicitement le caractère abusif d'un congé donné en raison de l'exercice d'une activité syndicale – dont fait partie l'exercice licite du droit de grève – ou encore qui prohibent le licenciement pour un tel motif⁴⁸⁰.

274. Il est rare, en revanche, que les conventions collectives prévoient – dans un tel cas – des sanctions plus lourdes, en cas de licenciement antisyndical, que celles prévues par le Code des obligations, notamment quant à l'indemnité versée au travailleur au sens de l'art. 336a al. 2 CO.

La question qui se pose, dans ce contexte, est celle de savoir si et dans quelle mesure il est possible, en l'état actuel du droit, c'est-à-dire de *lege lata*, d'étendre ou d'améliorer, par le biais de conventions collectives – ou de contrats individuels de travail, la protection contre le licenciement offerte par le Code des obligations, notamment en cas de licenciement abusif.

⁴⁷⁹ Cf. ci-dessus, § N 128.

⁴⁸⁰ Cf. ci-dessus, § N 239.

Cette question, qui a été examinée de façon approfondie dans la présente étude (voir la partie III, lettre F, n^{os} 238 ss), se confond avec la question n^o 4 et on y reviendra donc ci-dessous (n^{os} 284 ss).

275. Indépendamment de cette question, importante pour la présente étude, on peut toutefois se demander, à ce stade, si le droit collectif du travail ou, plus précisément, les conventions collectives de travail ne pourraient pas se voir attribuer – ou ne devraient pas assumer – un rôle plus important en matière de droit de grève et de réglementation des modalités de ce droit et de son exercice.

Ainsi, par exemple, comme on l'a vu dans le cadre de cette étude, il pourrait à notre sens y avoir une place pour une réglementation par les partenaires sociaux, par le biais des conventions collectives, des questions et pondérations délicates que soulève la problématique du droit d'accès à l'entreprise, en cas de grève, des syndicats et des travailleurs éventuellement licenciés.

Dans le même ordre d'idée, on pourrait aussi imaginer laisser aux partenaires sociaux, dans le cadre des conventions collectives, voire éventuellement en collaboration avec les représentants de l'administration, le soin de prévoir un devoir d'information, conçu comme une entreprise commune des partenaires sociaux, information qui s'adresserait aussi bien aux employeurs qu'aux travailleurs et qui porterait sur les conditions du droit de grève et de son exercice conforme au droit, c'est-à-dire sur les conditions de licéité de la grève qui, comme la présente étude l'a montré, ne sont pas définies de manière totalement précise et font l'objet de divergences d'interprétation dans la doctrine, comme du reste entre les partenaires sociaux.

3. Question 3

Exigences pour un exercice effectif du droit de grève

276. Pour que le droit de grève puisse être exercé de manière effective, il faut que le gréviste (qui participe à une grève licite) soit protégé de manière efficace et dissuasive contre toute sanction prise à son encontre par son employeur⁴⁸¹. Parmi les diverses mesures susceptibles d'être prises par un employeur, il faut distinguer le licenciement d'autres types de sanctions de nature discriminatoire.

Protection contre le licenciement

277. Le droit suisse connaît une protection limitée des employés ayant été licenciés en raison de leur participation à une grève licite. En effet, tant le congé ordinaire, qui serait considéré dans le cas d'espèce comme abusif (cf. art. 336 ss CO), que le congé immédiat, considéré dans le cas d'espèce comme injustifié (cf. art. 337c CO), seront traités comme des congés parfaitement valables qui déploient leurs pleins effets juridiques. Dans ces deux cas de figure, les employés ne pourront solliciter ni l'annulation du congé ni leur réintégration dans l'entreprise. Ils devront se limiter à requérir la condamnation de leur employeur au versement d'une indemnité qui ne pourra être supérieure à six mois de leur propre salaire (art. 336a al. 2 et 337c al. 3).

⁴⁸¹

Bien sûr, il ne faut pas non plus qu'il existe des sanctions pénales empêchant l'exercice effectif du droit de grève. Ce point n'a cependant pas fait l'objet de recherches approfondies dans le cadre de la présente étude.

CO). Quant à la norme relative au congé donné en temps inopportun (art. 336c CO), elle n'est guère susceptible de protéger les grévistes licenciés.

278. Le caractère fragmentaire de la protection en cas d'exercice licite du droit de grève résulte également à notre sens de la notion même de grève licite, ouvrant la voie à la protection, qui, ainsi que nous l'avons démontré ci-dessus, n'est pas encore totalement clarifiée. Il en résulte une inévitable incertitude pour le gréviste, susceptible d'influer sur sa volonté de participer ou non à une grève.
279. L'un des reproches formulés à l'encontre du droit suisse, notamment par l'USS et le Syndicat des services publics (SSP-VPOD) dans leurs plaintes respectives adressées à l'OIT, consiste à affirmer que l'indemnité maximale de six mois de salaire en cas de congé abusif (cf. art. 336a CO) ou de licenciement immédiat injustifié (art. 337c al. 3 CO) n'est pas suffisamment dissuasive. De fait, l'employé qui participe à une grève licite court le risque d'être licencié, donc de perdre son emploi, et de ne recevoir qu'une indemnité correspondant à quelques mois de son salaire, six au maximum. On peut légitimement se demander si une telle protection est de nature à garantir un exercice effectif du droit de grève.
280. 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. 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 employés participant à une grève licite. 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.

Autres

281. En droit privé du travail, il n'existe pas de norme spécifique protégeant un employé contre une mesure discriminatoire, autre que le licenciement, prise à son encontre par son employeur. La victime d'une telle mesure en est donc réduite à invoquer l'application de quelques principes généraux et quelques règles spéciales dans l'espoir qu'un tribunal acceptera de les mettre en œuvre dans le cas d'espèce. S'agissant des règles générales, on peut penser aux principes de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC), de la bonne foi (art. 3 CC) ou de l'équité (art. 4 CC). S'agissant des règles spéciales, on peut penser à l'obligation de l'employeur de protéger la personnalité de ses employés (art. 328 CO).
282. Globalement, ces diverses normes sont rarement utilisées pour protéger un employé discriminé. Fait peut-être exception l'application de l'art. 328 CO dans certains cas de discrimination. Selon la conception admise en droit suisse, lorsque l'employeur traite collectivement d'une situation, les travailleurs peuvent déduire de cette disposition légale, qui protège notamment leur dignité et leur considération sociale, le droit de ne pas être traités de manière discriminatoire, sans motifs justificatifs.

Selon la jurisprudence, l'article 328 CO interdit à l'employeur de discriminer un travailleur lorsqu'une telle attitude laisse apparaître une sous-évaluation de la personnalité de l'employé qui soit blessante pour celui-ci. Une telle sous-évaluation n'est toutefois donnée que si l'employé est placé dans une situation clairement moins avantageuse qu'un grand nombre d'autres employés, mais non lorsque l'employeur favorise seulement certains de ses employés. Ainsi, l'employeur est libre de déterminer ou de convenir, selon les circonstances, des critères d'inclusion ou d'exclusion de certaines catégories de travailleurs dans le cas d'un traitement collectif, pour autant que ces critères soient reconnaissables, qu'ils ne soient pas arbitraires, ne violent pas le respect de la personnalité et ne soient pas illicites. Le fait que l'employeur favorise certains de ses employés peut avoir pour conséquence que des employés qui ne bénéficient pas du même traitement puissent, selon le principe de la bonne foi, conclure à une modification tacite, en leur faveur, de leur contrat de travail. Dans une telle situation, l'employeur doit leur accorder aussi le traitement censé favorisé certains de ses employés uniquement parce qu'en vertu du principe de la bonne foi, ce sont ces conditions qui paraissent avoir été convenues. Les gratifications et les plans sociaux constituent les cas d'application principaux.

283. Au vu de ce qui précède, un employé discriminé parce qu'il a participé à une grève (licite ou non) ne dispose pas de réelles protections en droit privé du travail. Ce n'est que dans le cas d'un traitement collectif qu'il pourrait faire valoir une atteinte à sa personnalité. La protection est donc largement lacunaire et aléatoire.

4. Question 4

Les solutions conventionnelles plus favorables sont-elles possibles ou une modification de la loi est-elle nécessaire pour améliorer la protection ?

284. De nombreuses conventions collectives de travail contiennent des règles de protection contre les licenciements de travailleurs exerçant leur activité syndicale. Certaines mentionnent explicitement le caractère abusif du licenciement pour ce motif alors que d'autres prévoient même une interdiction de licencier. Le régime juridique et la validité de ces clauses conventionnelles demeure incertain. En effet, la question de savoir si les partenaires sociaux ont la possibilité de prévoir dans les conventions collectives de travail un régime plus favorable aux travailleurs en cas de licenciement abusif, par exemple la nullité du congé, est complexe et controversée.

Selon l'art. 358 CO, le « droit impératif de la Confédération et des cantons l'emporte sur la convention ; toutefois, les dérogations stipulées en faveur des travailleurs sont valables, à moins que le droit impératif ne s'y oppose expressément ». On admet que l'art. 358, deuxième phrase, *in fine* CO vise les normes absolument impératives, soit principalement celles énumérées à l'art. 361 CO.

La loi contient trois dispositions sur le congé abusif : l'art. 336 (principe), l'art. 336a (sanction) et l'art. 336b (procédure). A teneur de la loi (cf. art. 361 et 362 CO), l'art. 336 al. 1, l'art. 336a et l'art. 336b sont de droit absolument impératif, alors que l'art. 336 al. 2 CO est de droit relativement impératif. Selon l'art. 358 CO, il ne serait donc pas possible de déroger aux dispositions sur le congé abusif, hormis l'art. 336 al. 2 CO.

Au texte clair de la loi (cf. art. 336a, 358 et 361 CO), en défaveur d'une telle possibilité, une partie de la doctrine et certaines jurisprudences opposent une interprétation téléologique plus nuancée, qui permet d'opérer des distinctions suivant le but des normes et admettent des solutions conventionnelles dérogatoires.

A ce jour, le Tribunal fédéral ne paraît pas avoir tranché la question de manière claire et définitive, ce qui résulte plus particulièrement de deux arrêts relativement récents rendus dans la même affaire relative à l'application de la Convention collective cadre genevoise du commerce de détail (valable pour la période 2008-2010). 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 une disposition 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 »⁴⁸². Il a donc laissé la question ouverte.

Le second arrêt, rendu en 2012, est plus intéressant. Selon le Tribunal fédéral, il fallait considérer que la disposition litigieuse de la convention ne permettait pas de fonder l'annulation ou l'annulabilité du congé, car elle « 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 »⁴⁸³.

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. En tous les cas, à aucun moment, le Tribunal fédéral ne s'est référé aux articles 358 et 361 CO. La question de la possibilité d'intégrer dans les conventions collectives de travail des règles améliorant la protection des employés contre le congé reste donc ouverte.

285. Vu le caractère relativement impératif de l'article 336 al. 2 CO, et la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle l'ordre juridique peut reconnaître de nouveaux cas de congés abusifs pour autant qu'ils aient une gravité similaire à ceux prévus dans la liste exemplative de l'art. 336 CO, il semble, en revanche, plus aisé de reconnaître que les partenaires sociaux ont la possibilité de mentionner expressément que le licenciement en raison de la participation à une grève licite constitue un cas de congé abusif.
286. *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 employés ayant participé à une grève licite, en prévoyant par exemple la nullité de leur congé ou alors la possibilité pour le juge de fixer une indemnité supérieure à six mois de salaire (par exemple 12 mois).

⁴⁸² TF 4A_248/2010, du 12 juillet 2010, c. 5.

⁴⁸³ TF 4A_316/2012, du 1 novembre 2012, c. 2.2.

5. Question 5

Quel est le rôle du droit de grève dans les branches ou professions sans organisations d'employeurs ou de travailleurs, y a-t-il dans ces branches ou professions une place pour des solutions conventionnelles plus favorables et existe-t-il des alternatives dans le cadre du régime actuel des rapports collectifs de travail ?

Rôle du droit de grève dans les branches ou professions sans organisations d'employeurs ou de travailleurs

287. Outre des considérations d'ordre général qui permettent de postuler que le droit de grève est probablement plus important lorsqu'il y a des syndicats (ceci pour des raisons organisationnelles d'abord, mais aussi de force de l'action), la question qui se pose ici a principalement trait à la titularité du droit de déclencher une grève.

288. Comme nous l'avons vu plus haut dans le cadre de cette étude, si l'exigence que la grève soit déclenchée par un syndicat devait être retenue de manière absolue et stricte, cela priverait de fait les travailleurs de certains secteurs économiques – non organisés syndicalement – de leur droit de grève.

Dans ce sens, on peut se demander si le droit de déclencher une grève ne devrait pas, à tout le moins, dans les branches où il n'existe pas de syndicats, être reconnu aux représentants élus des travailleurs au sens de la loi sur la participation. Pour les plus petites entreprises (moins de 50 travailleurs, cf. art. 3 de la loi sur la participation), qui n'ont pas de représentation élue, on pourrait même imaginer que les travailleurs se réunissent pour désigner une représentation *ad hoc*.

289. Si le droit de déclencher une grève n'était accordé qu'aux syndicats et, par conséquent, qu'aux personnes syndiquées, cela pourrait fortement porter atteinte à la liberté syndicale *négative* des travailleurs des branches ou professions sans organisation, travailleurs qui devraient alors, pour déclencher une grève, adhérer à un syndicat (ou renoncer à leur droit de grève).

Place pour des solutions conventionnelles plus favorables dans des branches ou professions sans organisations d'employeurs ou de travailleurs

290. A teneur de l'article 356 al. 1 CO, une convention collective de travail est conclue par « des employeurs ou associations d'employeurs, d'une part, et des associations de travailleurs, d'autre part ». Dans les branches ou professions sans organisations d'employeurs ou de travailleurs, il n'est par conséquent guère possible de conclure une convention collective de travail.

C. Quelques pistes de réflexion

291. En raison des débats entourant le droit de grève en Suisse, ainsi qu'au sein des différents organes de l'OIT et des difficultés à trouver un consensus, il nous est difficile d'apporter dans cette étude des propositions novatrices (pourtant consacrées dans

d'autres ordres juridiques⁴⁸⁴), mais qui ne sauraient trouver un écho favorable à l'heure actuelle en Suisse et s'intégrer de manière réaliste dans le contexte ambiant. En outre, le mandat qui nous a été donné ne demande pas de présenter toutes les mesures qui existeraient dans ce domaine, mais se limite à poser un certain nombre de questions.

Ainsi, dans cette partie, nous nous bornerons dans un premier temps à reprendre ce que nous avons déjà échafaudé dans notre précédente étude, tout en ajoutant quelques autres pistes ponctuelles non encore présentées.

1. Renforcement de la protection contre les licenciements

292. Dans plusieurs Etats étudiés par l'ISDC, la protection contre le licenciement en général et contre le licenciement des employés exerçant une activité syndicale est plus étendue – parfois sensiblement – 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 travailleur⁴⁸⁵.
293. 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 récemment proposé de la porter à douze mois de salaire en cas de licenciement abusif (art. 336a CO) et de congé immédiat injustifié (art. 337c al. 3 CO). 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 employés exerçant une activité syndicale. 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.

2. Elargissement des pouvoirs des partenaires sociaux

294. Comme nous l'avons vu dans le cadre de la précédente étude, 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

⁴⁸⁴ Cf. INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *Legal opinion on the protection of workers and the right to strike*, Lausanne 2015.

⁴⁸⁵ INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *Legal opinion on the protection of workers and the right to strike*, Lausanne 2015.

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.

3. Autres mesures possibles

a) Contexte

295. Si l'on se réfère à l'étude élaborée par l'Institut suisse de droit comparé⁴⁸⁶, il est possible de constater que les Etats étudiés (Autriche, France, Allemagne, Italie, Slovaquie, Suède et Grande-Bretagne) connaissent des régimes juridiques très différents sur la question du droit de grève.

On peut néanmoins observer que la « panoplie » des mesures prises par les Etats étudiés pour réglementer le droit de grève dans leur juridiction va du « tout » au « presque rien ». Autrement dit, certains Etats sont très larges dans leur conception du droit de grève et offrent d'importantes protections aux grévistes (réintégration, paiement de dommages-intérêts, etc.) et de lourdes sanctions à ceux qui ne respectent pas ce droit (sanctions pénales, sanctions civiles considérables, etc.). L'Italie et la France sont des Etats qui accordent une importance particulière à l'exercice du droit de grève. A l'inverse, d'autres Etats encadrent la grève manière stricte, imposant aux grévistes des conditions rigoureuses pour que l'exercice de ce droit soit considéré comme licite. Il en va ainsi en Grande-Bretagne.

296. Dans la mesure où, on l'a vu, en Suisse, les employés qui exercent une grève licite ne bénéficient pas de protections juridiques importantes, en particulier contre le licenciement, et que par voie de conséquence le régime juridique actuel n'est pas suffisamment dissuasif, il est opportun de rechercher s'il n'existe pas – indépendamment de la question de l'amélioration de la protection contre le licenciement (par la voie légale ou conventionnelle) – d'autres types de mesures susceptibles de renforcer le caractère effectif du droit de grève. Dans ce sens, on donnera ici quelques indications sur deux pistes de réflexion qui nous paraissent mériter un examen et qui, propres au droit de grève et à ses modalités d'exercice, n'ont pas été présentées dans notre précédente étude.

b) Publication du jugement dans les médias

297. Ainsi, une autre manière de protéger le travailleur, qui est parfois envisagée en doctrine, pourrait consister à ordonner la publication du jugement définitif constatant le licenciement abusif et/ou les discriminations syndicales. Pour que la mesure soit efficace, la publication devrait se faire à la fois dans la presse régionale et dans la presse économique⁴⁸⁷. A l'heure actuelle, notre ordre juridique prévoit la publication d'un jugement dans au moins trois cas distincts.

⁴⁸⁶ Cf. INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *Legal opinion on the protection of workers and the right to strike*, Lausanne 2015.

⁴⁸⁷ MOESCH, p. 555.

298. En matière de protection de la personnalité, tout d'abord, l'art. 28a al. 2 CC prévoit la possibilité pour le lésé de « demander [au juge] qu'une rectification ou que le jugement soit communiqué à des tiers ou publié ». Il ne s'agit, toutefois, pas d'une action supplémentaire mais plutôt d'une modalité spécifique de mise en œuvre des actions défensives prévues par l'art. 28a al. 1 CC (la disposition mentionne expressément le terme « en particulier »). Les mesures de l'art. 28a al. 2 CC peuvent également assurer une fonction réparatrice de l'atteinte, mais pas du dommage lui-même, celui-ci relevant exclusivement de l'art. 28a al. 3 CC. Du reste, elles ne présupposent pas de faute de l'auteur de l'atteinte. Ces mesures, doivent, en outre, être expressément requises par le demandeur dans ses conclusions. Le juge peut ordonner une publication (diffusion dans un périodique, par radio, par télévision, sur un site internet) ou une communication à des tiers (notamment par voie de circulaire ou par e-mail). Les frais de publication sont à la charge du défendeur qui succomberait.

Le juge devra statuer en fonction du principe d'adéquation, c'est-à-dire qu'il accèdera à la requête à condition que cela soit propre, avant tout, à supprimer ou à atténuer l'atteinte. Il devra ainsi éviter d'ordonner la publication d'un jugement dans le seul but de punir l'auteur de l'atteinte en portant celle-ci à la connaissance de tiers et satisfaire ainsi le désir de vengeance de la victime. La mesure ne devra par ailleurs être prononcée que pour autant que d'autres mesures ne soient pas susceptibles de parvenir au même résultat (principe de proportionnalité). De plus, elle ne doit pas revêtir un caractère purement vexatoire pour l'auteur de l'atteinte⁴⁸⁸. Selon le Tribunal fédéral, une publication de jugement ne se justifie que quand une telle mesure est propre à éliminer le trouble causé par l'atteinte à la personnalité, à savoir les fausses impressions suscitées chez un nombre inconnu de tiers⁴⁸⁹.

299. En deuxième lieu, concernant la réparation du tort moral dans le cas d'une atteinte à la personnalité, il convient également de mentionner l'art. 49 al. 2 CO, lequel donne la possibilité au juge de substituer ou d'ajouter à une réparation en espèces un autre mode de réparation. La question de savoir si la publication d'un jugement constitue un autre mode de réparation est controversée en doctrine⁴⁹⁰. Le Tribunal fédéral s'est longtemps montré hésitant à ce sujet. Dans sa jurisprudence récente, il a finalement admis que la publication puisse assurer la réparation du tort moral dans le cas d'une atteinte à l'honneur, lorsqu'elle apparaît comme le moyen le plus approprié ; ce n'est que si un tort moral subsiste après cette publication que le versement d'une indemnité en argent se justifie de manière supplémentaire⁴⁹¹.
300. Enfin, le Code pénal prévoit, à son article 68, la publication du jugement comme sanction. Il en va ainsi lorsque l'intérêt public, l'intérêt du lésé ou l'intérêt de la personne habilitée à porter plainte l'exigent (art. 68 al. 1 CP). La publication du jugement se justifie par un effet d'avertissement et par un but de servir l'intérêt public. Il s'agit donc d'informer et de tranquilliser le public, ainsi que de le mettre en garde contre la commission de certaines infractions. Par ailleurs, la publication du jugement peut être un moyen dissuadant le condamné de réitérer (prévention spéciale). L'intérêt public est avancé lorsque le public doit être mis en garde, par exemple en cas de

⁴⁸⁸ Sur ces différents aspects de cette première mesure de publication des jugements, voir notamment JEANDIN, Commentaire romand CC I, N 15 et 16 *ad* art. 28a CC, p. 271, et les références citées ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 578, p. 219-220 et les références citées ; TERCIER, N 998, p. 136.

⁴⁸⁹ ATF 135 III 145, JdT 2009 I 612.

⁴⁹⁰ Sur la question, voir WERRO, Commentaire romand, Code des obligations II, Bâle 2012, N 15 *ad* art. 49, p. 469.

⁴⁹¹ ATF 131 III 26, cons. 12.2.1.

contrefaçon de marchandises, de contravention à la loi fédérale contre la concurrence déloyale ou de malversations d'un avocat. S'agissant de l'intérêt du lésé, les délits contre l'honneur ou les dénonciations calomnieuses sont les infractions les plus susceptibles de justifier la publication du jugement. L'article 68 al. 2 CP prévoit, en outre, la possibilité de demander au juge la publication du jugement d'acquittement en raison d'un intérêt public (par exemple si la personne concernée a été publiquement discriminée pendant la procédure pénale) ou en raison de l'intérêt de la personne lésée ou habilitée à porter plainte (par exemple lorsque l'accusation non fondée l'a discréditée dans son milieu professionnel).

Le juge fixe les modalités de la publication (art. 68 al. 4 CP), c'est-à-dire détermine le lieu et l'organe de publication. Il peut s'agir non seulement d'une feuille officielle (cantonale ou fédérale), mais également de n'importe quel média, pourvu que le but visé par la publication soit atteint. La question de la publication du nom est controversée. La jurisprudence est d'avis que le nom du coupable ne doit pas être publié uniquement pour des motifs de prévention spéciale, mais chaque fois que le but visé par la publication de jugement dans un cas d'espèce l'exige. Si certains auteurs considèrent que la publication du jugement doit toujours mentionner le nom, d'autres sont de l'avis contraire lorsque la publication est justifiée par un intérêt public, mais reconnaissent que la mention du nom est inévitable dans le cas d'une publication justifiée par un intérêt privé⁴⁹².

301. *De lege lata*, il n'est pas sûr qu'un juge puisse ordonner la publication du jugement constatant le licenciement abusif et/ou les discriminations syndicales à l'encontre des employés ayant participé à une grève licite. *De lege ferenda*, la publication du jugement définitif dans les médias pourrait constituer une sanction complémentaire à l'indemnité prévue actuellement par le Code des obligations en cas de licenciement abusif ou immédiat injustifié. Elle aurait certainement l'avantage de procurer un effet plus dissuasif pour certaines entreprises que celui d'une indemnité parfois peu conséquente, selon la force économique de l'employeur. Par ailleurs, à notre sens, il pourrait y avoir un certain intérêt à ce que le public soit informé de l'issue d'une procédure pour licenciement antisyndical. Cette mesure permettrait en outre au travailleur licencié abusivement ou victime de discrimination syndicale d'obtenir une meilleure reconnaissance de la légitimité de son action de grève.

c) Meilleure information sur les conditions du droit de grève

302. Outre cette mesure « réparatrice » qui pourrait amener à une meilleure protection de l'exercice du droit de grève licite, nous sommes d'avis qu'une autre mesure, applicable « en amont », c'est-à-dire avant qu'une grève ne soit déclenchée, devrait être envisagée.
303. Au vu des questions complexes qui se posent autour des conditions de licéité d'une grève, il conviendrait en effet de prévoir un devoir d'information à l'égard aussi bien des employeurs que des travailleurs sur les conditions du droit de grève et de son exercice. La mise en place de cette information pourrait même être conçue comme une entreprise conjointe ou commune des partenaires sociaux, ce qui participerait probablement d'un meilleur dialogue entre ces partenaires sociaux.

⁴⁹²

Sur ce volet pénal de la publication des jugements, voir notamment BICHOVSKY, Commentaire romand, CP I, N 1, 24 et 25 *ad* art. 68, p. 710 et 712. Cf. aussi ATF 101 I 344 et 108 IV 158.

Le cas échéant, un tel devoir d'information pourrait aussi être conçu comme une entreprise « tripartite », associant les partenaires sociaux et l'Etat.

Neuchâtel, le 11 avril 2016

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
CDESC	Comité des droits économiques, sociaux et culturels
CDH	Comité des droits de l'homme
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.	<i>conferre</i>
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
<i>contra</i>	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.	<i>in fine</i>
<i>infra</i>	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
p.	page
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
<i>supra</i>	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/MALINVERNI GIORGIO/NOWAK MANFRED, *Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte / La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme*, 2^e éd., Bâle/Bruxelles 1997, pp. 155-232.

ANDERMATT ARTHUR, Die Gewerkschaften dürfen in die Betriebe, in *Plädoyer* 5/04, pp. 42-46 (cité *Gewerkschaften*).

ANDERMATT ARTHUR, La liberté syndicale, in ANDERMATT ARTHUR et al., *Droit collectif du travail*, Berne 2010, pp. 1-52.

AUBERT DAVID, Commentaire de l'art. 330b CO, in DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013.

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, *L'obligation de paix du travail, étude de droit suisse et comparé*, Genève 1981 (cité *Obligation de paix*).

AUBERT-PIGUET BÉATRICE, L'exercice du droit de grève, in *PJA* 1996, pp. 1497-1506.

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, 3^e éd., Berne 2013.

BANK ISABELLE, Der besondere Kündigungsschutz in Gesamtarbeitsverträgen, Mémoire de Master de l'Université de Berne, sous la direction du prof. Roland Müller, Berne 2013.

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.

BOIS PHILIPPE, Conflits collectifs de travail et condition du salarié, in *Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève*, 1979.

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.

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/BRUCHEZ CHRISTIAN, *Commentaire du contrat de travail*, 3^e éd. mise à jour et complétée (réimpression de l'éd. 2004), Lausanne 2010.

BRÜHWILER JÜRIG, *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.

COMITÉ DE LA LIBERTÉ SYNDICALE, *La liberté syndicale – Recueil de décisions et de principes*, 5^e édition, Genève 2006 (cité *Recueil*).

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° 322, Bulletin officiel vol. LXXXVII, 2004, série B n° 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.

COMITÉ EUROPÉEN DES DROITS SOCIAUX, Digest de jurisprudence, 2008 (cité *Digest*).

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.

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.

EGLI HANS-PETER, Der zeitliche Kündigungsschutz, in *ArbR* 1998, pp. 115-151.

FROWEIN JOCHEN/PEUKERT WOLFGANG, *Europäische MenschenRechtsKonvention, EMRK-Kommentar*, 3^e éd., Kehl am Rhein 2009.

FRITZ MAX/SCHULER CARLA, *Die Mitwirkung im Arbeitsverhältnis*, 2^e 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*, 2^e éd., Berne 2012.

GLOOR WERNER, Commentaire des articles 337-337c CO, in DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013.

HÄBERLI CHRISTOPH, L'art. 357^o CO, in ANDERMATT ARTHUR et al., *Droit collectif du travail*, Berne 2010, pp. 247-263.

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.

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.

INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *Legal opinion on the protection of workers and the right to strike*, Lausanne 2015.

JAÏCO CARRANZA CARLOS/MICOTTI SÉBASTIEN, *Whistleblowing – Perspectives en droit suisse*, Genève 2014.

JEANDIN NICOLAS, Commentaire de l'art. 28a CC, in PICHONNAZ PASCAL/FOËX BENEDICT (édit.), *Code civil I, Commentaire romand*, Bâle 2010.

KÄLIN WALTER/JÖRG KÜNZLI, *Universeller Menschenrechtsschutz, Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene*, 3^e éd., Bâle 2013.

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*, 2^e éd., Bâle/Bruxelles 1997, pp. 105-154.

KUSTER ZÜRCHER SUSANNE, La liberté syndicale dans le contexte international, in ANDERMATT ARTHUR et al., *Droit collectif du travail*, Berne 2010, pp. 53-80.

LENIA SAMUEL, Droits sociaux fondamentaux. Jurisprudence de la Charte sociale européenne, 2^e éd., Strasbourg 2002.

MAHON PASCAL, *Droit constitutionnel, Volume II : Droits fondamentaux*, Abrégés, 3^e 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*).

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*, 2^e 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*).

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.

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*, 2^e éd., Bâle/Bruxelles 1997, pp. 3-40 (cité *Inhalt*).

NOWAK MANFRED, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights*, art. 22 CCPR, 2^e éd. 2005, pp. 495-512 (cité *Covenant*).

ORDOLLI GENEVIÈVE, Utilisation d'Internet et de l'intranet par les syndicats et les représentants élus des travailleurs, in Collection CERT/05, 2014, pp. 205-225.

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.

PAPPA CHRISTOPH, *Das Individualbeschwerdeverfahren des Fakultativprotokolls zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte*, Berne 1996.

PASCHOUD SOPHIE, Le droit de grève, in Questions de droit, 31/2005, p. 7-10.

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, L'obligation de l'employeur d'informer selon l'article 330b CO. Un nouvel instrument contre le dumping salarial et social, in Der Treuhandexperte 5/2007, pp. 296-300 (cité *Obligation de l'employeur d'informer*).

PORTMANN WOLFGANG/STÖCKLI JEAN-FRITZ, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 3^e éd., Zurich 2013.

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*, 5^e 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*, 4^e éd., Londres 2012.

SANNA FEDERICA, La garantie du droit de grève en Suisse et dans l'Union européenne, Bâle 2004.

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).

SCHWEIZER RAINER J., Commentaire de l'art. 35 Cst., in EHRENZELLER BERNHARD et al. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3^e éd., St-Gall 2014 (cité *Commentaire SG*).

STEINAUER PAUL-HENRI/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, *Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte*, Berne 2014.

STÖCKLI JEAN-FRITZ, Das Streikrecht in der Schweiz, in *Basler Juristische Mitteilungen*, 4/1997, pp. 169-188 (cité *Streikrecht*).

STÖCKLI JEAN-FRITZ, Gesamtarbeitsvertrag und Normalarbeitsvertrag Art. 356-360 OR, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar)*, VI/2/2/3, Berne 1999 (cité *BK* 1999).

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, *Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, Zurich 2012.

SUBILIA OLIVIER/DUC JEAN-LOUIS, *Droit du travail – Eléments de droit suisse*, Lausanne 2010.

TERCIER PIERRE, *Le nouveau droit de la personnalité*, Zurich 1984.

UDRY PATRICK, Pour être licite, la grève doit-elle avoir été déclarée par un syndicat ?, in WYLER REMY (édit.), *Panorama en droit du travail*, Berne 2009, pp. 557-571.

VACOTTO BEATRIZ, Droit d'accès des représentants syndicaux aux lieux de travail : un élément fondamental de la liberté syndicale, in *PJA* 2014, pp. 1433-1440.

VALLENDER KLAUS A./HETTICH PETER, Commentaire de l'art. 28 Cst., in EHRENZELLER BERNHARD et al. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3^e 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*, 2^e éd., Paris 1999, pp. 418-430.

VANNES VIVIANE, Le droit de grève. Concilier le droit de grève et les autres droits fondamentaux : recours au principe de proportionnalité ?, 2^e éd., Bruxelles 2015.

VISCHER FRANK/ALBRECHT ANDREAS, Der Arbeitsvertrag – Art. 356-360f OR, *Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar)*, V/2c, Zurich 2006 (cité ZK 2006).

VISCHER FRANK/MÜLLER ROLAND, *Der Arbeitsvertrag*, 4^e éd., Bâle 2014.

WAEBER JEAN-BERNARD, Droit de grève : exercice soumis à conditions, in *Plaidoyer* 6/2006, pp. 64-69.

WENGER SARAH, *Zulässige Mittel im Arbeitskampf*, Berne 2007

WERRO FRANZ, Commentaire de l'art. 49 CO, in THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), *codes des obligations I, Commentaire romand*, Bâle 2012.

WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, *Droit du travail*, 3^e 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*).