



**RAPPORT COMPLÉMENTAIRE AU MESSAGE DU
CONSEIL FÉDÉRAL CONCERNANT L'APPROBATION DE
LA CONVENTION N° 190 DE L'ORGANISATION
INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT) CONCERNANT
L'ÉLIMINATION DE LA VIOLENCE ET DU
HARCÈLEMENT DANS LE MONDE DU TRAVAIL**

Rapport

établi à la demande et sur mandat de la Confédération suisse,
représentée par le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO)

30 juin 2024

Table des matières

I. INTRODUCTION AVEC CONTEXTE DE L'ATTRIBUTION DU MANDAT	3
II. CARACTÈRE DIRECTEMENT APPLICABLE OU NON DIRECTEMENT APPLICABLE DES NORMES DE L'OIT EN GÉNÉRAL.....	5
A. Les instruments de l'OIT, en particulier les conventions internationales du travail	6
B. Notion de norme directement applicable	8
1. Principes généraux	8
2. Cas particuliers	11
C. Pratique du Tribunal fédéral relative aux normes de l'OIT.....	13
1. Rejet du caractère directement applicable	15
2. Admission du caractère directement applicable	18
3. Question laissée ouverte	21
III. ÉVALUATION DE L'APPLICABILITÉ DIRECTE OU INDIRECTE DES ARTICLES 1 À 12 DE LA CONVENTION N° 190 DE L'OIT EN DÉTAIL	21
A. Définitions et champ d'application (art. 1 à 3)	22
B. Dispositions de fond (art. 4 à 12).....	24
IV. ÉVALUATION SUCCINCTE DE L'APPLICABILITÉ DIRECTE OU INDIRECTE DES ARTICLES 13 À 20 DE LA CONVENTION N° 190 DE L'OIT	27
V. RÉSUMÉ	28

Par un contrat de mandat des 26 février et 5 mars 2024, la Confédération suisse, représentée par le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), en qualité de mandante, a confié au Centre d'étude des relations de travail (CERT) de l'Université de Neuchâtel, représenté par M. Jean-Philippe Dunand, avocat, docteur en droit, professeur ordinaire de droit suisse et international du travail, en qualité de mandataire, la rédaction d'un rapport complémentaire au Message du Conseil fédéral concernant l'approbation de la Convention n° 190 de l'Organisation internationale du Travail (OIT) concernant l'élimination de la violence et du harcèlement dans le monde du travail.

Selon l'article 2 du contrat de mandat, le rapport, de vingt à trente pages au maximum, doit contenir les éléments suivants :

- Introduction avec contexte de l'attribution du mandat (**chapitre I**) ;
- Caractère directement applicable ou non directement applicable des normes de l'OIT en Suisse en général (**chapitre II**) ;
- Evaluation de l'applicabilité directe ou indirecte des articles 1 à 12 de la convention n° 190 de l'OIT en détail (**chapitre III**) ;
- Evaluation succincte de l'applicabilité directe ou indirecte des dispositions finales habituelles dans les articles 13 à 20 de la Convention n° 190 de l'OIT (**chapitre IV**) ;
- Résumé (**chapitre V**).

I. Introduction avec contexte de l'attribution du mandat

En date du 21 juin 2019, la Conférence internationale du travail, présidée par M. l'Ambassadeur Jean-Jacques Elmiger, alors chef du secteur Affaires internationales du SECO, a adopté la Convention n° 190 de l'OIT concernant l'élimination de la violence et du harcèlement dans le monde du travail, avec le soutien de la Suisse. Le même jour, la Conférence a aussi adopté la Recommandation n° 206 concernant l'élimination de la violence et du harcèlement dans le monde du travail, ainsi que la Résolution concernant l'élimination de la violence et du harcèlement dans le monde du travail, également avec le soutien de la Suisse pour ces deux instruments.

Entrée en vigueur en date du 25 juin 2021, la Convention n° 190 de l'OIT fait l'objet d'un rythme soutenu de ratifications. Ainsi, au 30 juin 2024, la convention a été ratifiée par quarante-quatre Etats, dont dix-sept pays Européens (Albanie, Allemagne, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Macédoine du Nord, Norvège, Portugal, République de Moldavie, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Saint-Marin)¹.

En date du 18 mai 2022, le Conseil fédéral a adopté son Message concernant l'approbation de la Convention n° 190 de l'Organisation internationale du Travail concernant l'élimination de la violence et du harcèlement dans le monde du travail². Par ce Message, le Conseil fédéral a soumis à l'Assemblée fédérale un projet d'arrêté fédéral

¹ Cf. le site normlex.ilo.org/dyn/normlex/fr > Ratification des conventions de l'OIT > Ratification par convention > C190.

² Conseil fédéral, Message concernant l'approbation de la convention n° 190 de l'Organisation internationale du Travail concernant l'élimination de la violence et du harcèlement dans le monde du travail du 18 mai 2022, in : FF 2022 1379.

portant approbation de la Convention n° 190 concernant l'élimination de la violence et du harcèlement dans le monde du travail. En substance, le Conseil fédéral propose que la Suisse ratifie la Convention n° 190 de l'OIT. Il considère que la législation et la pratique établies en Suisse concrétisent le droit à un travail sans violence ni harcèlement et offrent une protection élevée et efficace, y compris en comparaison internationale. En conséquence, une ratification par la Suisse ne requiert ni d'adopter ni de modifier une loi ou une ordonnance³.

La Recommandation n° 206 de l'OIT sur la violence et le harcèlement dans le monde du travail complète la Convention n° 190. Dans la mesure où cette recommandation ne constitue pas un instrument contraignant et qu'elle n'est pas soumise à ratification, le Conseil fédéral précise dans son Message qu'elle est présentée à l'Assemblée fédérale à titre d'information⁴.

Le Message du Conseil fédéral a été discuté devant la Commission tripartite pour les affaires de l'OIT, une commission fédérale extraparlamentaire constituée de représentants de l'administration fédérale et des partenaires sociaux en Suisse. La Commission a pris connaissance du Message. Les représentants des travailleurs ont soutenu la ratification de la convention n° 190 et les représentants des employeurs l'ont approuvée.

Les travaux sur l'adoption du projet d'arrêté fédéral se sont déroulés devant les deux Chambres du Parlement fédéral entre le mois de septembre 2022 et le mois de décembre 2023. En date du 19 septembre 2022, le Conseil des Etats a refusé d'entrer en matière par vingt-quatre voix contre vingt et aucune abstention⁵. En revanche, en date du 12 décembre 2022, le Conseil national a adopté l'arrêté fédéral par cent vingt-quatre voix, avec quarante-neuf voix contre et quatre abstentions⁶. Après de nouvelles discussions au sein de sa Commission des affaires juridiques, le Conseil des Etats a finalement décidé, en date du 25 septembre 2023, d'entrer en matière sur le projet, par vingt-sept voix, avec treize voix contre et trois abstentions. Le même jour, le Conseil des Etats a ensuite voté en faveur du renvoi du projet au Conseil fédéral, par trente-quatre voix, contre six voix et trois abstentions. Le texte adopté est le suivant : « *Renvoi (selon art. 75 LParl) au Conseil fédéral en le chargeant de présenter dans un rapport complémentaire quelles dispositions de la Convention n° 190 de l'OIT sont directement applicables et lesquelles le sont indirectement, puis de mener une procédure de consultation ordinaire sur le projet de l'OIT* »⁷. En date du 12 décembre 2023, le Conseil national s'est tacitement rallié à la position du Conseil des Etats⁸.

Conformément aux souhaits du Parlement fédéral, le Conseil fédéral a entrepris de mettre en œuvre la rédaction d'un rapport complémentaire à son Message du 18 mai 2022, dans lequel devaient être examinées les questions liées au caractère directement ou indirectement applicable des dispositions de la Convention n° 190 de l'OIT. En vue d'externaliser la réflexion et d'obtenir une expertise indépendante, la Confédération a

³ Cf. Message du 18 mai 2022 (n. 2), pp. 2 et 40.

⁴ Message du 18 mai 2022 (n. 2), p. 10.

⁵ BO 2022 E 763.

⁶ BO 2022 N 2275.

⁷ BO 2023 E 885.

⁸ BO 2023 N 2337.

confié la rédaction de ce rapport au Centre d'étude des relations de travail (CERT) de l'Université de Neuchâtel, dans le cadre du contrat de mandat évoqué ci-dessus.

II. Caractère directement applicable ou non directement applicable des normes de l'OIT en Suisse en général

L'applicabilité directe peut se définir comme l'aptitude d'une règle de droit international à conférer par elle-même aux particuliers, sans requérir aucune mesure interne d'exécution, des droits et des obligations dont ils peuvent se prévaloir ou dont ils sont redevables devant les autorités de l'Etat où cette règle est en vigueur⁹. Sont directement applicables (ou justiciables ou *self-executing*) les normes qui sont suffisamment concrètes et précises pour que des personnes physiques ou morales en retirent des droits et des obligations sur lesquels ils peuvent fonder une action devant les autorités judiciaires et administratives¹⁰. Ne sont, au contraire, pas directement applicables (ou non justiciables ou non *self-executing*, ou « *executory* », ou encore seulement « indirectement applicables », selon les termes du mandat du SECO) les normes de nature programmatrice (ou programmatique) et les dispositions qui s'adressent aux Etats. De telles normes doivent être concrétisées par le législateur national avant de fonder des droits et des obligations pour les particuliers¹¹.

Les assemblées qui adoptent les traités internationaux ne se prononcent pas sur le caractère directement applicable de leurs dispositions dans les pays qui les ratifieront¹². Il revient ainsi à chaque Etat de définir, en principe librement, quelles règles d'un traité international doivent être considérées comme directement applicables dans son ordre juridique interne¹³. Cette appréciation peut fortement varier d'un pays à l'autre¹⁴. Notons que la question du caractère directement applicable ou non d'une norme internationale ne se pose vraiment que dans les Etats qui adoptent une conception moniste de la relation entre droit interne et droit international. Dans les Etats « dualistes », en effet, toutes les normes de droit international doivent être reprises et concrétisées par le législateur national et ne sont donc pas directement applicables¹⁵.

Après une présentation succincte des instruments de l'OIT (**section A**), il conviendra dans ce chapitre de préciser la notion retenue dans l'ordre juridique suisse de « norme directement applicable » (**section B**), avant d'examiner comment elle a été concrétisée en relation avec les conventions de l'OIT (**section C**).

⁹ Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Maya Hertig Randall et Alexandre Flückiger, *Droit constitutionnel suisse*, volume I, L'Etat, Berne 2021, N 1383.

¹⁰ Conseil fédéral, *La relation entre droit international et droit interne*, rapport du 5 mars 2010, in : FF 2010 2067, ch. 5.3.

¹¹ Conseil fédéral, *Rapport du 5 mars 2010* (n. 10), ch. 5.3.

¹² Centre international de formation de l'OIT, sous la direction de Xavier Beaudonnet, *Manuel de formation pour juges, juristes et professeurs de droit*, Turin 2009, p. 22.

¹³ Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Maya Hertig Randall et Alexandre Flückiger (n. 9), N 1385.

¹⁴ Centre international de formation de l'OIT, sous la direction de Xavier Beaudonnet (n. 12), p. 20.

¹⁵ Pascal Mahon, *Droit constitutionnel*, volume I, Bâle 2014, N 238.

A. Les instruments de l'OIT, en particulier les conventions internationales du travail

L'OIT a été, dès sa création, une organisation productrice de normes internationales du travail. Avec le temps, le champ du droit international du travail n'a cessé de s'élargir. Les organes de l'OIT ont adopté de nombreux instruments de nature et de portée variables : constitution, conventions, recommandations, déclarations, résolutions, directives, etc¹⁶. Nous nous concentrerons sur les conventions, instruments sujets à ratification, qui sont destinés à créer des obligations internationales pour les Etats qui les ratifient¹⁷. En effet, seules les conventions paraissent pouvoir contenir des normes à caractère directement applicable.

Tenant compte des spécificités de leur mode d'adoption, on a pu décrire les conventions de l'OIT comme « *des textes législatifs internationaux, votés par une sorte de parlement international du travail, où siègent des délégués patronaux et syndicaux* »¹⁸ ou comme des « *pactes conventionnels tripartites de droit international public* »¹⁹. La Conférence internationale du travail a adopté à ce jour 191 conventions, dont 10 conventions (plus un protocole) considérées comme « fondamentales ». La Suisse en a ratifié une soixantaine (dont une cinquantaine sont encore en vigueur), y compris huit (plus le protocole) des dix conventions fondamentales²⁰.

L'OIT classe les 191 conventions en trois catégories selon leur contenu²¹. La première catégorie comprend les conventions dites « fondamentales » qui régissent les droits fondamentaux au travail. La deuxième catégorie comprend les conventions dites « de gouvernance » qui concernent notamment la politique de l'emploi et l'inspection du travail. Enfin, la troisième catégorie comprend les conventions dites « techniques », soit toutes les autres conventions. La Convention n° 190 fait partie de cette troisième catégorie.

Il est également possible de regrouper les conventions selon le caractère plus ou moins prioritaire des dispositions ou la nature des obligations qu'elles contiennent²². Les responsables du Centre international de formation de l'OIT ont proposé de répartir les normes contenues dans les conventions de l'OIT selon le type d'obligations qu'elles imposent aux Etats, leur degré de précision et leur capacité à créer ou non des droits subjectifs dont les sujets pourraient directement réclamer la mise en œuvre devant les tribunaux²³.

¹⁶ Pour une description des divers instruments, cf. Jean-Philippe Dunand et Aurélien Witzig, *La Suisse et l'Organisation internationale du travail (OIT) – Fondamentaux et portée pratique*, Bâle 2022, pp. 26 ss ; Jean-Michel Servais, *Droit international du travail*, Bruxelles 2015, pp. 48 ss ; Nicolas Valticos, *Droit international du travail*, Paris 1983, NN 159 ss.

¹⁷ Jean-Philippe Dunand et Aurélien Witzig (n. 16), p. 33.

¹⁸ Jean-Michel Servais (n. 16), N 171.

¹⁹ Jean-Michel Servais (n. 16), N 172.

²⁰ Cf. Thomas Geiser, Roland Müller et Kurt Pärli, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, Berne 2024, N 2a. Les conventions et l'état des ratifications par pays est consultable sur le site NORMLEX: <https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/fr/>

²¹ Cf. le site www.ilo.org/dyn/normlex/fr > Instruments > Conventions. Sur cette classification, cf. Jean-Philippe Dunand et Aurélien Witzig (n. 16), pp. 42 s.

²² Jean-Michel Servais (n. 16), N 115 et 1189 ss.

²³ Centre international de formation de l'OIT, sous la direction de Xavier Beaudonnet (n. 12), pp. 56 ss.

On trouve, par exemple, dans les conventions de l'OIT des normes qui reconnaissent de manière inconditionnelle des droits subjectifs au contenu clairement déterminé. De telles dispositions sont en principe directement applicables²⁴. Il peut s'agir de dispositions qui accordent une liberté ou une faculté²⁵, qui reconnaissent des bénéfices précis²⁶, ou qui imposent des prohibitions strictes²⁷ au profit des sujets de droit. Tel est le cas des normes prescrivant un âge minimum déterminé pour l'admission au travail, l'octroi d'un congé maternité de douze semaines, l'interdiction du travail forcé ou l'obligation du respect de la liberté syndicale²⁸.

On trouve aussi dans les conventions de l'OIT des dispositions de caractère programmatique, par lesquelles un Etat s'engage à mettre en œuvre une politique générale²⁹. Ainsi en va-t-il de l'art. 2 de la Convention n° 111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession (1958) : « *Tout Membre pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à formuler et à appliquer une politique nationale visant à promouvoir, par des méthodes adaptées aux circonstances et aux usages nationaux, l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, afin d'éliminer toute discrimination en cette matière* ». La majorité des normes contenues dans les conventions de l'OIT présentent un tel caractère. Comme le relève le BIT, les « *normes internationales du travail sont avant tout des outils pour les gouvernements qui, en consultation avec les employeurs et les travailleurs, cherchent à élaborer et à faire appliquer une législation du travail et une politique sociale dans le respect de normes convenues à l'échelle internationale* »³⁰.

Selon la Constitution de l'OIT, les Etats parties doivent prendre toutes « *mesures qui seront nécessaires pour rendre effectives les dispositions* » des conventions ratifiées (art. 19, par. 5, lit. d). Il est admis que les normes contenues dans les conventions de l'OIT n'imposent pas un système déterminé ou des solutions uniformes ; elles tendent à concilier le respect des droits fondamentaux des personnes employées avec les caractéristiques propres à chaque pays³¹. D'ailleurs, plusieurs conventions prévoient qu'il pourra leur être donné effet, non seulement par le biais de la législation nationale, mais aussi par d'autres moyens, tels que les conventions collectives, les systèmes de fixation des salaires ou par d'autres instruments encore³². Enfin, les conventions garantissent des règles de protection minimales qui doivent être respectées par les Etats concernés³³. En aucun cas, l'adoption d'une convention par la Conférence, ou sa ratification par un membre ne doivent être considérées comme affectant toute loi, toute sentence, toute coutume ou tout accord qui assurent des conditions plus favorables aux travailleurs

²⁴ Centre international de formation de l'OIT, sous la direction de Xavier Beaudonnet (n. 12), pp. 57 s.

²⁵ Par exemple, art. 2 de la Convention n° 87 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical (1948).

²⁶ Par exemple, art. 4, par. 1 de la Convention n° 183 concernant la révision de la convention (révisée) sur la protection de la maternité (2000).

²⁷ Par exemple, art. 4 de la Convention n° 87 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical (1948).

²⁸ Nicolas Valticos (n. 16), N 286.

²⁹ *Ibidem*, p. 59.

³⁰ Bureau International du Travail, Les règles du jeu – Une introduction à l'action normative de l'organisation internationale du Travail, Genève 2019, p. 25.

³¹ Jean-Michel Servais (n. 16), N 252.

³² Nicolas Valticos (n. 16), N 732.

³³ Jean-Michel Servais (n. 16), N 252.

intéressés que celles prévues par la convention (art. 19, par. 8 Constitution OIT). Dans la mesure où les conventions de l'OIT prévoient des normes minimales, il est admis que les Etats qui les ratifient n'ont pas la possibilité d'émettre des réserves qui leur permettraient d'abaisser le niveau de protection³⁴. L'OIT préfère recourir à des clauses dites de « flexibilité » ou de « souplesse », qui accordent aux Etats une certaine marge de manœuvre dans l'application de la convention³⁵. La flexibilité peut par exemple porter sur les méthodes d'exécution, et autoriser les pays à donner un effet à un instrument autrement que par une loi ou un règlement, notamment par l'usage ou par une convention collective³⁶.

Les conventions de l'OIT s'interprètent conformément aux principes contenus aux art. 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969)³⁷. Selon une règle générale d'interprétation, un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but (art. 31, par. 1). Une place secondaire et subsidiaire revient aux travaux préparatoires et aux autres moyens d'interprétation (art. 32)³⁸.

B. Notion de norme directement applicable

Dans une jurisprudence abondante, le Tribunal fédéral a défini les critères permettant de reconnaître ou non le caractère directement applicable dans l'ordre juridique interne d'une norme contenue dans un traité international ratifié par la Suisse. Il convient de distinguer les principes généraux (**sous-section 1**) et les cas particuliers (**sous-section 2**).

1. Principes généraux

Dans tous les Etats, la relation entre droit national et droit international dépend de trois éléments : la validité, l'applicabilité et le rang du droit international³⁹.

Validité immédiate d'un traité international

En vertu de l'art. 5, al. 4 de la Constitution fédérale, la Confédération et les cantons respectent le droit international. Selon la conception moniste, retenue en Suisse, le droit international et le droit interne ne sont que deux éléments d'un seul et même ordre juridique⁴⁰. Ainsi, les traités internationaux valablement conclus et entrés en vigueur acquièrent une validité immédiate dans l'ordre juridique suisse et s'incorporent au droit

³⁴ Jean-Philippe Dunand et Aurélien Witzig (n. 16), p. 37.

³⁵ Nicolas Valticos (n. 16), N 278.

³⁶ Nicolas Valticos (n. 16), N 280.

³⁷ Cf. TF 4C.422/2004, c. 3.1.2, considérant non publié de l'ATF 132 III 122 et Christine Kaufmann et Christoph Good, Die Anwendbarkeit von ILO-Recht vor Schweizer Gerichten: Potential und Grenzen, in: AJP/PJA 2016, p. 651. La Convention de Vienne est entrée en vigueur pour la Suisse le 6 juin 1990 (RS 0.111).

³⁸ Cf. Département fédéral des affaires étrangères (DFAE), Direction du droit international public (DDIP), Guide de la pratique en matière de traités internationaux, Berne 2023, NN 194-196.

³⁹ Conseil fédéral, Rapport du 5 mars 2010 (n. 10), ch. 5.1.

⁴⁰ ATF 144 II 376, c. 9.4.1; ATF 147 I 308, c. 4.3. Voir René Rhinow, Markus Schefer et Peter Uebersax, Schweizerisches Verfassungsrecht, Bâle 2016, N 3612.

fédéral, sans qu'il soit nécessaire de les « transformer » par un acte de droit interne (incorporation automatique)⁴¹. Cette validité immédiate concerne tant les dispositions conventionnelles qui sont directement applicables (*self-executing*) que celles qui ne le sont pas (*non self-executing*)⁴². L'obligation de respecter et d'appliquer les traités internationaux s'imposent à tous les organes de l'Etat⁴³.

Caractère directement applicable des dispositions d'un traité international

Selon l'art. 190 de la Constitution fédérale, « *le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international* ». Il convient toutefois de différencier la question de la validité immédiate d'un traité international de celle du caractère directement applicable de ses dispositions⁴⁴. En effet, toute norme internationale ne revêt pas nécessairement un caractère directement applicable (*self-executing*)⁴⁵. Alors que la validité immédiate entraîne l'obligation, pour les autorités, de respecter et d'appliquer les traités, l'applicabilité directe permet aux particuliers de s'en prévaloir devant ces autorités⁴⁶.

Comme le précise le Tribunal fédéral, le « *problème de l'applicabilité directe d'une norme conventionnelle internationale, qui concerne le contenu de l'accord, apparaît lors de l'interprétation et de l'application de ce dernier in concreto. Il convient de se demander si l'accord ou certaines de ses dispositions sont directement applicables par les opérateurs juridiques internes, à telle enseigne que quiconque y a intérêt peut les invoquer à l'intérieur d'un Etat contractant ou bien si une activité d'intégration dans le droit interne doit être déployée de la part des organes nationaux* »⁴⁷.

Comme nous l'avons vu, une distinction doit ainsi être opérée entre deux sortes de normes⁴⁸ :

- celles qui visent à imposer des obligations concrètes aux Etats à l'égard des justiciables et qui s'adressent par essence aux autorités d'application du droit, l'administration et les tribunaux (normes « directement applicables » ou « *self-executing* ») ;
- celles qui ne revêtent qu'une portée programmatrice (ou programmatique) et qui s'adressent aux autorités politiques des Etats contractants, en particulier au pouvoir législatif (normes dites « non directement applicables » ou « indirectement applicables », ou encore « *non self-executing* »).

La différence entre une norme directement applicable et une norme non directement applicable dépend donc du contenu de la norme considérée et de la façon dont elle est

⁴¹ ATF 112 Ib 183, c. 2a; ATF 124 II 493, c. 4b; ATF 130 I 312. Cf. Conseil fédéral, Rapport du 5 mars 2010 (n. 10), ch. 8.2 ; Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Maya Hertig Randall et Alexandre Flückiger (n. 9), N 1368.

⁴² TF 4C.422/2004, c. 3.1.2, considérant non publié de l'ATF 132 III 122.

⁴³ Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Maya Hertig Randall et Alexandre Flückiger (n. 9), N 1368.

⁴⁴ Cf., Claudia Sciotti-Lam, L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne, Bruxelles 2004, pp. 335 ss.

⁴⁵ Jean-Philippe Dunand et Aurélien Witzig (n. 16), p. 155.

⁴⁶ Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Maya Hertig Randall et Alexandre Flückiger (n. 9), N 1386.

⁴⁷ TF 4C.422/2004, c. 3.1.2, considérant non publié de l'ATF 132 III 122.

⁴⁸ Conseil fédéral, Rapport du 5 mars 2010 (n. 10), ch. 5.3.

rédigée ou interprétée. Un seul et même traité peut contenir à la fois des règles directement applicables et des dispositions de caractère programmatique⁴⁹. Il appartient principalement aux autorités suisses d'application (administratives ou juridictionnelles) d'apprécier le caractère directement applicable ou non d'une norme de droit international⁵⁰. Il convient d'interpréter article par article, voire paragraphe par paragraphe ou alinéa par alinéa, pour décider du caractère de chaque norme internationale⁵¹.

Il existe une vaste jurisprudence du Tribunal fédéral portant sur le caractère directement applicable ou non dans l'ordre juridique helvétique des normes d'une convention internationale ratifiée par la Suisse⁵².

Si une disposition d'un traité peut être directement invoquée par un particulier devant les autorités administratives ou les tribunaux internes et que ceux-ci peuvent l'appliquer directement, en tant que majeure du syllogisme judiciaire, c'est qu'elle peut être considérée comme « directement applicable »⁵³. Comme le résume le Conseil fédéral, le *« Tribunal fédéral (et avec lui le Conseil fédéral) estime que l'invocabilité en justice d'une disposition du droit international implique que celle-ci soit, considérée dans son contexte et à la lumière tant de l'objet que du but du traité, inconditionnelle et suffisamment précise pour produire un effet direct et s'appliquer comme telle à un cas d'espèce ou constituer le fondement d'une décision concrète »*⁵⁴.

Ne sont, au contraire, pas directement applicables les dispositions qui énoncent un programme, fixent des lignes directrices qui s'adressent au législateur (et non aux autorités administratives et judiciaires), se bornent à esquisser la réglementation d'une matière ou qui confèrent à l'Etat contractant un pouvoir d'appréciation considérable⁵⁵. De telles dispositions n'octroient pas directement des droits et obligations aux particuliers, mais s'adressent aux Etats (normes de nature programmatique). Lorsqu'elles ne sont pas *self-executing*, les dispositions d'un traité ne peuvent devenir applicables dans l'ordre juridique suisse qu'après avoir été concrétisées et précisées par une loi interne⁵⁶. Ainsi, elles ne lient les autorités d'exécution et les administrés que par l'intermédiaire de la législation nationale⁵⁷.

⁴⁹ Ulrich Häfelin, Walter Haller, Helen Keller et Daniela Thurnherr, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zurich/Bâle/Genève 2020, N 1894 ; Christine Kaufmann et Christoph Good (n. 37), p. 649 ; Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Maya Hertig Randall et Alexandre Flückiger (n. 9), N 1385.

⁵⁰ Pascal Mahon (n. 15), N 238.

⁵¹ Centre international de formation de l'OIT, sous la direction de Xavier Beaudonnet (n. 12), p. 22 ; Jean-Philippe Dunand et Aurélien Witzig (n. 16), pp. 155 s ; Rémy Wyler, Boris Heinzer et Aurélien Witzig, *Droit du travail*, Berne 2024, p. 11.

⁵² Cf. notamment ATF 98 Ib 385, c. 2a ; ATF 111 V 201, c. 2b ; 112 Ib 183, c. 2a ; ATF 119 V 171, c. 4b ; ATF 124 III 90, c. 3a ; ATF 133 I 286, c. 3.2 ; ATF 136 I 297, c. 8.1 ; ATF 140 II 185, c. 4.2 ; ATF 142 II 161, c. 4.5.1 ; ATF 145 I 308, c. 3.4.1.

⁵³ Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Maya Hertig Randall et Alexandre Flückiger (n. 9), N 1383.

⁵⁴ Conseil fédéral, Rapport du 5 mars 2010 (n. 10), ch. 8.3. Cf. TF 4C.422/2004, c. 3.1.2, considérant non publié de l'ATF 132 III 122.

⁵⁵ ATF 112 Ib 183, c. 2a ; ATF 119 V 171, c. 4b ; ATF 126 I 240, c. 2b ; TF 4C.422/2004, c. 3.1.2, considérant non publié de l'ATF 132 III 122.

⁵⁶ Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Maya Hertig Randall et Alexandre Flückiger (n. 9), N 1384.

⁵⁷ ATF 111 V 201, c. 2b.

En synthèse, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, pour être directement applicable dans l'ordre juridique suisse, une norme de droit international doit (critères en principe cumulatifs)⁵⁸ :

- régler la situation juridique de particuliers ;
- revêtir un caractère inconditionnel, suffisamment déterminé et précis pour pouvoir servir de base dans un cas d'espèce à une décision judiciaire ;
- avoir pour destinataire les autorités chargées de l'application du droit (autorités administratives ou judiciaires) et non les autorités législatives ;
- ne pas laisser aux autorités une grande marge d'appréciation.

En général, le Tribunal fédéral manifeste une certaine réticence à admettre l'applicabilité directe de certains traités, ou de certaines dispositions du droit international, en particulier ceux qui concernent des droits économiques et sociaux⁵⁹. Comme nous le verrons, cela vaut pour les conventions de l'OIT.

Rang du droit international

La Suisse connaît un système moniste avec primauté du droit international, celui-ci étant l'un des fondements de la validité du droit national. Le Tribunal fédéral a ainsi consacré la primauté du droit international conventionnel sur le droit interne⁶⁰. En pratique, la Suisse pratique toutefois un monisme modéré qui postule, certes, la primauté du droit international, mais qui admet la possibilité de conflits entre les règles internes et internationales⁶¹.

2. Cas particuliers

On trouve dans la jurisprudence deux cas spécifiques. Le premier concerne les obligations d'abstention des Etats, le second, la possibilité de prendre en considération des dispositions non directement applicables.

Obligations d'action et obligations d'abstention des Etats

Dans un traité international, on peut distinguer les obligations qui nécessitent une action (*Handlungspflichten*), par exemple, l'obligation d'adopter une législation ou de prendre des mesures appropriées, de celles qui génèrent un simple devoir d'abstention de l'Etat (*Unterlassungspflichten*), par exemple, l'obligation de ne pas entraver l'exercice d'un

⁵⁸ Cf. Jean-Philippe Dunand et Aurélien Witzig (n. 16), p. 157 ; Christine Kaufmann et Christoph Good (n. 37), pp. 647 et 651 ; Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Maya Hertig Randall et Alexandre Flückiger (n. 9), N 1385.

⁵⁹ Cf. Jean-Philippe Dunand et Aurélien Witzig (n. 16), pp. 158 ss ; Pascal Mahon, La protection contre les licenciements antisyndicaux abusifs selon l'OIT et la CEDH – Vers un changement de paradigme en droit suisse ? in : AJP/PJA 3/2019, pp. 378 s.

⁶⁰ Cf. ATF 109 Ib 173 ; ATF 141 II 436, c. 4.1 ; ATF 144 I 126 ; ATF 146 V 87.

⁶¹ Sur cette question, cf. Conseil fédéral, Rapport du 5 mars 2010 (n. 10), ch. 5.4 et 8.4-8. Voir aussi Pascal Mahon (n. 15), NN 239-241 ; Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Maya Hertig Randall et Alexandre Flückiger (n. 9), NN 1369-1382 ; René Rhinow, Markus Schefer et Peter Uebersax (n. 40), NN 3615-3644a.

droit⁶². Dans le prolongement de cette classification, il est admis que la concrétisation des droits fondamentaux engendre trois niveaux d'obligations pour les Etats : *respecter* (« *Unterlassungspflicht* », obligation de s'abstenir d'en entraver l'exercice), *protéger* (« *Schutzpflicht* », obligation de prendre les mesures afin que l'exercice de ces droits ne soient pas entravés du fait du comportement d'autres individus) et *mettre en œuvre* (« *Gewährleistungspflicht* », obligation d'adopter les mesures appropriées dans le but d'assurer l'exercice effectif de ces droits)⁶³. C'est à la lumière de ces considérations que l'on peut aborder la question du devoir d'abstention en lien avec les normes internationales du travail.

Ainsi, l'art. 3 de la Convention n° 87 de l'OIT concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical (1948)⁶⁴ est libellé comme suit :

« 1. Les organisations de travailleurs et d'employeurs ont 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.

2. Les autorités publiques doivent s'abstenir de toute intervention de nature à limiter ce droit ou à en entraver l'exercice légal ».

L'art. 3, par. 2 susmentionné constitue une consécration manifeste des obligations d'abstention (*Unterlassungspflichten*) que l'on peut trouver dans des traités internationaux. Or, dans un arrêt de 2017, le Tribunal fédéral paraît considérer que les normes comportant de telles obligations doivent être considérées en elles-mêmes comme directement applicables⁶⁵. Notre Haute Cour s'appuie sur un Message du Conseil fédéral, dans lequel le gouvernement suisse affirme qu'il est généralement admis que les « obligations de ne pas faire » contenues dans un traité international sont directement applicables dans l'ordre juridique interne des Etats contractants et qu'elles ne nécessitent pas d'intervention législative de leur part⁶⁶. Elle se fonde également sur un précédent arrêt⁶⁷, dans lequel le Tribunal fédéral reconnaît de manière implicite le caractère directement applicable (*self-executing*) d'un devoir d'abstention contenu à l'art. 5 de la Convention n° 151 de l'OIT⁶⁸.

Selon les considérations qui précèdent, les obligations d'abstention font donc l'objet d'un régime particulier en ce sens qu'elles doivent en principe être considérées comme étant directement applicables.

⁶² Balthasar Müller, Die Umsetzung positiver Schutzpflichten nach Art. 8 EMRK in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen in Schweizer Recht, Zurich 2024, N 84.

⁶³ Cf. ATF 140 I 201, c. 6.7.3. Voir aussi Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Maya Hertig Randall et Alexandre Flückiger, Droit constitutionnel suisse, volume II, Les droits fondamentaux, Berne 2021, NN 165 et 1671 ; René Rhinow, Markus Schefer et Peter Uebersax (n. 40), NN 1173-1181 ; Nesa Zimmermann, Entre innovations et résistances : la garantie des droits humains dans l'Etat fédéral suisse, in : RDS 142 (2023) II, p. 214.

⁶⁴ Convention entrée en vigueur pour la Suisse le 25 mars 1976, RS 0.822.719.7.

⁶⁵ ATF 144 I 50, c. 5.3.3.2.

⁶⁶ Message du Conseil fédéral concernant deux conventions internationales du travail du 8 mai 1974, in : FF 1974 I 1577, 1599.

⁶⁷ ATF 129 I 113, c. 5.3.

⁶⁸ Convention n° 151 concernant la protection du droit d'organisation et les procédures de détermination des conditions d'emploi dans la fonction publique (1978), entrée en vigueur pour la Suisse le 3 mars 1982 (RS 0.822.725.1).

Possibilité de prendre en compte des dispositions non directement applicables

Dans des décisions plus récentes, relatives à la concrétisation des droits fondamentaux, le Tribunal fédéral semble relativiser, en certaines circonstances, l'importance d'établir si une norme internationale est directement applicable ou non.

Deux arrêts rendus en 2017 sont plus particulièrement pertinents. Dans un premier arrêt, déjà cité, portant sur l'exercice de la liberté syndicale⁶⁹, notre Haute Cour semble poser comme règle qu'il n'est pas essentiel de déterminer dans quelle mesure une norme de droit international est directement applicable lorsque son contenu se recoupe partiellement avec des normes d'autres conventions internationales, en l'occurrence de l'art. 11 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)⁷⁰ ou de l'art. 22 du Pacte ONU II⁷¹, dont le caractère *self-executing* a été reconnu par la jurisprudence fédérale⁷².

Le second arrêt concerne l'application d'une disposition de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (CDE)⁷³. La jurisprudence s'était montrée traditionnellement restrictive quant à admettre un effet direct à cette convention⁷⁴. Dans l'arrêt de 2017, le Tribunal fédéral relève que le « *fait qu'un traité international ne soit pas d'application directe n'implique nullement que le juge suisse puisse simplement ignorer son inexistence. Il en va spécialement ainsi dans les matières relatives aux droits de l'homme, qui plus est dans un domaine où l'on a affaire à des personnes en état de faiblesse, par exemple au regard de leur âge* »⁷⁵.

Selon ces deux arrêts, lorsqu'il s'agit de concrétiser les droits fondamentaux, il n'est pas exclu que la jurisprudence puisse tenir compte de normes internationales qui ne sont pas *self-executing* pour interpréter des dispositions du droit interne suisse (interprétation conforme avec les droits fondamentaux)⁷⁶.

C. Pratique du Tribunal fédéral relative aux normes de l'OIT

En droit de l'OIT, il n'existe pas de principe général selon lequel les normes des conventions seraient *self-executing*⁷⁷. Comme nous l'avons vu, décider si une norme est directement applicable ou non est une question d'interprétation, laissée à l'appréciation de chaque Etat qui a ratifié le traité international⁷⁸. En Suisse, le Conseil fédéral donne

⁶⁹ ATF 144 I 50, c. 5.3.3.

⁷⁰ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950), entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974, RS 0.101.

⁷¹ Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966), entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992, RS 0.103.2.

⁷² Cf. Rémy Wyler, Boris Heinzer et Aurélien Witzig (n. 51), pp. 11 s.

⁷³ Convention entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997, RS 0.107.

⁷⁴ Cf. ATF 124 II 90, c. 3a; ATF 125 I 257, c. 3c; ATF 128 I 63, c. 3.2.2.

⁷⁵ ATF 144 II 56, c. 5.2.

⁷⁶ Ulrich Häfelin, Walter Haller, Helen Keller et Daniela Thurnherr (n. 49), N 1894; Nesa Zimmermann (n. 63), p. 216.

⁷⁷ Jean-Philippe Dunand et Aurélien Witzig (n. 16), p. 156.

⁷⁸ Dans le contexte des conventions de l'OIT, cf. Aude Guillot, OIT : Quelles applications judiciaires des NIT ? Chisinau 2021, pp. 10 ss.

parfois une appréciation, *a priori*, dans le Message publié à l'occasion de la ratification⁷⁹. Il a, par exemple, considéré que l'art. 2 de la convention OIT n° 138 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi⁸⁰ et que l'art. 4 de la convention de l'OIT n° 87 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical⁸¹ étaient directement applicables. En principe, le Conseil fédéral estime toutefois que les normes des conventions de l'OIT dont il recommande la ratification s'adressent aux Etats qui les ratifient et qu'elles ne sont pas directement applicables⁸². Il existe aussi divers avis doctrinaux portant sur une appréciation globale ou l'application directe de telle ou telle norme. Selon la doctrine majoritaire, les dispositions des conventions de l'OIT s'adressent généralement au législateur et elles ne possèdent souvent pas un contenu suffisamment clair et précis pour être qualifiées de directement applicables⁸³. Les auteurs relèvent notamment que les conventions de l'OIT sont généralement considérées comme ayant un caractère promotionnel dans le sens qu'elles visent à inciter les gouvernements à mener une politique durable et systématique⁸⁴. Sous réserve de dispositions très spécifiques, qui peuvent avoir un caractère *self-executing*, elles sont conçues de manière à être mises en œuvre par l'intermédiaire de la législation nationale⁸⁵. Selon ces avis, il serait donc le plus souvent illusoire pour les particuliers de saisir les juridictions suisses en se fondant sur des dispositions de conventions de l'OIT⁸⁶.

Il revient cependant aux tribunaux (singulièrement au Tribunal fédéral), qui ne sont pas liés par les avis exprimés par le Conseil fédéral (ou la doctrine)⁸⁷, de trancher la question *in concreto* à l'occasion des litiges qui leur sont soumis. Globalement, la jurisprudence helvétique est plutôt réticente à admettre le caractère directement applicable d'une norme de l'OIT⁸⁸. Cette interprétation restrictive a parfois fait l'objet de critiques doctrinales,

⁷⁹ Cf. Valérie Berset Bircher et Anne Meier, L'impact du droit international en droit suisse du travail, in : Wyler (éd.), Panorama III en droit du travail – Recueil d'études réalisées par des praticiens, Berne 2017, p. 596.

⁸⁰ Cf. FF 1974 I 1577, 1585. Cette disposition conventionnelle fixe l'âge minimum d'admission à l'emploi à quinze ans, avec une possibilité, pour les Etats dont l'économie et les institutions scolaires ne sont pas suffisamment développées, de spécifier, en une première étape, un âge minimum à quatorze ans. La Convention n° 138 est entrée en vigueur pour la Suisse le 17 août 2000 (RS 0.822.723.8).

⁸¹ Cf. FF 1974 I 1577, 1599. Cette disposition conventionnelle a la teneur suivante : « *Les organisations de travailleurs et d'employeurs ne sont pas sujettes à dissolution ou à suspension par voie administrative* ». La Convention n° 87 est entrée en vigueur pour la Suisse le 25 mars 1976 (RS 0.822.719.7). Voir aussi FF 2012 3921, 3926, concernant la convention n° 122 sur la politique de l'emploi, entrée en vigueur pour la Suisse le 11 février 2014 (RS 0.822.722.2).

⁸² Cf. par exemple, le Message concernant la Convention (n° 154) sur la promotion de la négociation collective du 24 novembre 1982, in : FF 1983 I 25, 33 : « *Du moment que les conventions internationales de l'Organisation internationale du Travail s'adressent aux Etats qui les ratifient et ne déploient aucun effet à la charge des particuliers, ...* ».

⁸³ Jean-Philippe Dunand et Kim Dreyer, Protection des travailleurs, in : Hertig Randall/Hottelier (éd.), Introduction aux droits de l'homme, Genève/Zurich/Bâle 2014, p. 216 ; Thomas Geiser, Roland Müller et Kurt Pärli (n. 20), N 2a ; Ullin Streiff, Adrian von Kaenel et Roger Rudolph, Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, Zurich/Bâle/Genève 2012, p. 10 ; Rémy Wyler, Boris Heinzer et Aurélien Witzig (n. 51), p. 11.

⁸⁴ Aurélien Witzig, Droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2018, N 296.

⁸⁵ Valérie Berset Bircher et Anne Meier (n. 79), p. 596 ; Walter Kälin et Jörg Künzli, Universeller Menschenrechtsschutz, Bâle 2019, N 2.46 ; Nicolas Valticos (n. 16), N 745.

⁸⁶ Jean-Philippe Dunand, Pascal Mahon et al., Etude sur la protection accordée aux représentants des travailleurs – Etude établie à la demande et sur mandat du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) et de l'Office fédéral de la justice (OFJ), Berne 2015, N 195.

⁸⁷ Cf. Christine Kaufmann et Christoph Good (n. 37), p. 650, n. 11 ; Nesa Zimmermann (n. 63), p. 215.

⁸⁸ Cf. Jean-Philippe Dunand et Aurélien Witzig (n. 16), pp. 168 ss ; Pascal Mahon (n. 59), pp. 378 s.

notamment en lien avec les conventions dites « fondamentales » de l'OIT⁸⁹. A plusieurs reprises, le Tribunal fédéral s'est toutefois montré plus ouvert à l'admission du caractère directement applicable des conventions de l'OIT⁹⁰. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous citerons à titre illustratif plusieurs arrêts du Tribunal fédéral, avec leur considérant topique, afin de restituer la démarche et le mode de raisonnement retenu. Nous distinguerons les arrêts dans lesquels notre Haute Cour a rejeté (**sous-section 1**), accepté (**sous-section 2**) ou laissée ouverte (**sous-section 3**) la question du caractère *self-executing* de normes de l'OIT.

1. Rejet du caractère directement applicable

Dans plusieurs arrêts, le Tribunal fédéral a refusé d'admettre le caractère directement applicable d'une convention de l'OIT, dans sa globalité ou quant à l'une de ses dispositions. Notre Haute Cour a parfois utilisé une méthode en deux étapes consistant à se prononcer sur l'applicabilité directe d'une convention dans son ensemble, puis des dispositions conventionnelles invoquées par l'une des parties⁹¹. Les arrêts les plus significatifs concernent des conventions fondamentales de l'OIT, soit les Conventions n^{os} 98, 100 et 111.

*Convention n° 98 concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective (1949)*⁹²

Dans un arrêt de 2005 relatif à l'interprétation de la Convention n° 98 de l'OIT, le Tribunal fédéral a mis en œuvre sa méthode d'interprétation en deux étapes. Ainsi, dans un premier temps, notre Haute Cour s'est penchée sur l'applicabilité directe ou non de la convention dans son ensemble :

« Il appert d'emblée que ce traité n'énonce que des lignes directrices afin que chaque Etat contractant donne un cadre institutionnel au dialogue social à l'intérieur de ses frontières. L'art. 3 de ladite Convention dispose d'ailleurs clairement que des organismes appropriés aux conditions nationales doivent, si nécessaire, être institués pour assurer le respect du droit d'organisation défini aux art. 1 et 2 du traité. Et l'art. 4 de prescrire que des mesures adaptées aux circonstances nationales devront être prises en vue de promouvoir la négociation collective. On voit donc que la Convention en cause n'est pas directement applicable (cf. également Susanne Kuster Zürcher, Streik und Aussperrung - Vom Verbot zum Recht, thèse Zurich 2004, p. 152 in fine) »⁹³.

Puis, dans un second temps, notre Haute Cour s'est concentrée sur l'applicabilité directe ou non de l'art. 2 de la Convention n° 98 de l'OIT, selon lequel 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

⁸⁹ Cf. Christine Kaufmann et Christoph Good (n. 37), pp. 647 ss.

⁹⁰ Cf. Jean-Philippe Dunand et Aurélien Witzig (n. 16), pp. 195 ss.

⁹¹ Cf. ATF 106 Ib 182 ; ATF 111 V 201 ; TF 4C.422/2004, c. 3.2.1, considérant non publié de l'ATF 132 III 122.

⁹² Entrée en vigueur pour la Suisse le 17 août 2000, RS 0.822.719.9.

⁹³ TF 4C.422/2004, c. 3.2.2.1, considérant non publié de l'ATF 132 III 122.

membres, dans leur formation, leur fonctionnement et leur administration (par. 1). Sont notamment assimilées à des actes d'ingérence les 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 (par. 2) :

« Il est exclu de considérer que cette norme, telle qu'elle est libellée, est suffisamment précise pour constituer le fondement d'une décision judiciaire. En effet, le premier paragraphe ne pose que le principe de la mise sur pied d'une protection des partenaires sociaux contre des actes d'ingérence réciproques, alors que le second paragraphe ne décrit que le catalogue – du reste non exhaustif comme l'indique l'utilisation de l'adverbe "notamment" – des actes qui sont pris en considération. A cela s'ajoute que les organes mêmes de contrôle de l'OIT admettent que les gouvernements sont tenus d'adopter des mesures spécifiques, notamment par voie législative, lorsque la protection est insuffisante en droit interne ou lorsque des actes d'ingérence sont perpétrés dans la pratique (FF 1999 I p. 508). Il s'ensuit que l'art. 2 de la Convention susrappelée ne crée pas de droits directement invocables par un particulier devant une autorité judiciaire ou administrative »⁹⁴.

Puis, dans un considérant d'un arrêt de 2008 relatif au droit d'être consulté des organisations syndicales, notre Haute Cour a de nouveau retenu que la convention n° 98 ne contenait pas de disposition directement applicable :

« Das Anhörungsrecht gibt keinen Anspruch darauf, dass die von den Arbeitnehmerorganisationen eingebrachten Vorschläge vom zuständigen Gesetzgeber übernommen werden. Solches folgt auch nicht aus der Koalitionsfreiheit (Art. 28 Abs. 1 BV; BGE 129 I 113 E. 3.1 S. 121 f.) oder aus den Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) Nr. 98 vom 1. Juli 1949 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen (SR 0.822.719.9), Nr. 150 vom 26. Juni 1978 über die Arbeitsverwaltung (SR 0.822.725.0) oder Nr. 154 vom 19. Juni 1981 über die Förderung von Kollektivverhandlungen (SR 0.822.725.4), welche die entsprechenden Massnahmen unter den Vorbehalt der innerstaatlichen Gesetzgebung stellen und nicht unmittelbar anwendbar sind (vgl. Pra 95/2006 Nr. 107 S. 731, E. 3, 4C.422/2004) »⁹⁵.

Enfin, dans un arrêt portant sur l'exercice de la liberté syndicale, rendu en 2012, la Cour pénale du Tribunal fédéral a confirmé les conclusions des arrêts de 2005 et de 2008, en utilisant une formulation particulièrement synthétique :

« 1.3.3 Les recourants invoquent comme critère d'interprétation de l'art. 28 Cst. les conventions de l'Organisation internationale du travail. Même ratifiées par la Suisse, de telles conventions ne sont cependant pas directement applicables et ne peuvent être invoquées directement par les particuliers (cf. arrêt

⁹⁴ TF 4C.422/2004, c. 3.2.2.2, considérant non publié de l'ATF 132 III 122.

⁹⁵ ATF 134 I 23, c. 6.4.

4C.422/2004 du 13 septembre 2005 consid. 3.3, non publié in ATF 132 III 122).
Les recourants ne peuvent donc en tirer argument »⁹⁶.

Convention n° 100 concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale (1951)⁹⁷

Selon le Tribunal fédéral, cette convention ne contient pas de normes directement applicables :

« La Suisse étant actuellement liée par ces deux conventions Nos 100 et 111, on peut se demander quelles sont les obligations qu'elle a juridiquement assumées par leur ratification, notamment par celle de la convention No 100. Sous réserve de l'exercice des compétences appartenant au pouvoir fédéral notamment en matière de fixation des traitements du personnel fédéral, la Confédération n'a pas d'influence déterminante sur la fixation des salaires ; il ne lui est dès lors demandé par la convention, en ce qui concerne les fonctionnaires cantonaux ou l'économie privée, que d'encourager l'application du principe de l'égalité de rémunération. La convention ne peut pour le surplus pas être incorporée directement dans le droit interne et être exécutoire comme telle, de sorte que l'application du principe qu'elle pose requiert certainement la mise en œuvre préalable de lois ou arrêtés d'exécution (cf. Budiner, *Le droit de la femme à l'égalité de salaire et la convention No 100*, Paris 1975, p. 57 ss ; Valticos, *Conventions internationales du travail et droit interne*, in *Revue critique de droit international privé*, 1955, No 2) »⁹⁸.

Convention n° 111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession (1958)⁹⁹

Dans le résumé officiel d'un arrêt de 1980, il est indiqué que la Convention n° 111 « ne contient aucune disposition directement applicable (« self-executing ») selon laquelle l'âge de la mise à la retraite des fonctionnaires devrait être identique pour les hommes et les femmes (consid. 3) »¹⁰⁰. Il est toutefois intéressant de citer le considérant pertinent d'une part, car il illustre bien la méthode appliquée par le Tribunal fédéral, et d'autre part, dans la mesure où l'on peut en déduire que la Convention n° 111 ne contient, selon notre Haute Cour, aucune disposition directement applicable :

« Das Übereinkommen Nr. 111, das für die Schweiz am 13. Juli 1962 in Kraft getreten ist, verpflichtet die Vertragsstaaten gemäss Art. 2 im wesentlichen, eine innerstaatliche Politik festzulegen und zu verfolgen, die darauf abzielt, mit Methoden, die den innerstaatlichen Verhältnissen und Gepflogenheiten angepasst sind, die "Gleichheit der Gelegenheiten und der Behandlung in bezug auf Beschäftigung und Beruf" zu fördern, um jegliche Diskriminierung auf

⁹⁶ TF 6B_758/2011 du 24 septembre 2012, c. 1.3.3.

⁹⁷ Entrée en vigueur pour la Suisse le 25 octobre 1973, RS 0.822.720.0.

⁹⁸ ATF 103 Ia 517, c. 4f.

⁹⁹ Entrée en vigueur pour la Suisse le 13 juillet 1962, RS 0.822.721.1.

¹⁰⁰ ATF 106 Ib 182, c. 3.

diesem Gebiet auszuschalten. Art. 3 der Übereinkunft nennt verschiedene Massnahmen, welche die Vertragsstaaten im Rahmen der Durchführung des in Art. 2 genannten Programms zu ergreifen haben. Diesen Bestimmungen fehlt die notwendige Bestimmtheit, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides zu bilden. Sie enthalten vielmehr Leitgedanken eines Programms, zu dessen Durchführung sich die Vertragsstaaten verpflichtet haben, und wenden sich daher an die Gesetzgeber. Die notwendige Bestimmtheit des Übereinkommens Nr. 111 fehlt auch im Bereich des im vorliegenden Fall betroffenen öffentlichen Arbeitsverhältnisses, denn auch in bezug auf die "Beschäftigungen", die der "unmittelbaren Aufsicht einer staatlichen Behörde unterstehen", haben sich die Vertragsstaaten nur verpflichtet, die in Art. 2 umschriebene "Politik" zu verfolgen (Art. 3 lit. d). Bei dieser Rechtslage muss das Übereinkommen Nr. 111 als nicht unmittelbar anwendbar, d.h. als nicht self-executing betrachtet werden. Das Bundesgericht hat im übrigen auch in einem ähnlichen Fall, nämlich in bezug auf das Übereinkommen Nr. 100 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit festgestellt, die Bestimmungen dieses Staatsvertrages seien nicht unmittelbar anwendbar (BGE 103 Ia 524)»¹⁰¹.

Convention n° 154 concernant la promotion de la négociation collective (1981)¹⁰²

Selon notre Haute Cour, la Convention n° 154 ne contient pas non plus de normes directement applicables :

« Cette Convention, considérée dans son ensemble, ne brosse que les orientations générales d'un programme dont l'exécution incombe aux Etats qui l'ont ratifiée (cf. FF 1983 I p. 33 in medio). Il est à cet égard déterminant que l'art. 4 du traité décrit lui-même les diverses méthodes devant permettre son application, à savoir les conventions collectives, les sentences arbitrales ou toute autre voie conforme à la pratique nationale, à leur défaut la législation nationale. Cela démontre avec éclat que la Convention OIT n° 154 a besoin d'être concrétisée dans chaque Etat contractant par des outils spécifiques, que cela soit le fait des partenaires sociaux, des organes judiciaires, étatique ou privé, ou du législateur. Il apparaît manifestement qu'une telle Convention n'est pas susceptible de contenir des dispositions directement applicables dont pourraient se prévaloir les particuliers »¹⁰³.

2. Admission du caractère directement applicable

Dans plusieurs arrêts, le Tribunal fédéral a admis le caractère directement applicable de normes spécifiques contenues dans des conventions de l'OIT. Le plus souvent, les décisions ont concerné des conventions typiques de sécurité sociale (Conventions n° 128 et n° 168) et non de droit du travail.

¹⁰¹ ATF 106 IB 182, c. 3.

¹⁰² Entrée en vigueur pour la Suisse le 16 novembre 1984, RS 0.822.725.4.

¹⁰³ TF 4C.422/2004, c. 3.2.3.1, considérant non publié de l'ATF 132 III 122.

Convention n° 128 concernant les prestations d'invalidité, de vieillesse et de survivants (1967)¹⁰⁴

L'article 32, par. 1, let. e de la Convention OIT n° 128 a la teneur suivante : « *Les prestations auxquelles une personne protégée aurait eu droit en application de l'une quelconque des parties II à IV de la présente convention peuvent être suspendues, dans une mesure qui peut être prescrite: lorsque l'éventualité a été provoquée par une faute grave et intentionnelle de l'intéressé* ».

Après avoir dénié, dans un arrêt de 1985, tout caractère « self-executing » à cette norme conventionnelle¹⁰⁵, le Tribunal fédéral a modifié sa jurisprudence, dans un arrêt de 1993. Notre Haute Cour s'est fondée notamment sur le fait que la doctrine presque unanime considérait que la norme conventionnelle était directement applicable :

« *En l'espèce, la Convention OIT no 128 et le CESS¹⁰⁶ contiennent tout à la fois des dispositions qui fixent des lignes directrices en matière de sécurité sociale et des règles à caractère "self-executing" (Berenstein, Le droit international de la sécurité sociale [...], p. 17). Presque tous les auteurs suisses qui se sont exprimés à ce sujet – en particulier ceux qui ont commenté l'arrêt Courtet – soutiennent que parmi cette seconde catégorie de dispositions figurent les art. 32 § 1 let. e de la Convention OIT no 128 et 68 let. f CESS (par exemple: Berenstein, ibidem; Greber, Le principe de la légalité [...], p. 274, no 55; Spira, loc.cit., p. 475). Leur opinion emporte la conviction: selon les règles conventionnelles, une faute grave non intentionnelle ne permet pas la "suspension" (et donc, en particulier, une réduction) des prestations d'assurance. Ces règles n'exigent pas l'adoption par le législateur national de normes plus précises d'exécution; elles peuvent au contraire s'appliquer comme telles et constituer le fondement d'une décision concrète. En conséquence, la jurisprudence critiquée ne peut pas être maintenue. Les normes de droit international sont en l'occurrence directement applicables. Elles l'emportent sur l'art. 7 al. 1 LAI, dans la mesure où cette norme du droit fédéral permet, notamment, la réduction de prestations pour une faute grave commise par négligence* »¹⁰⁷.

Convention n° 151 concernant la protection du droit d'organisation et les procédures de détermination des conditions d'emploi dans la fonction publique (1978)¹⁰⁸

Dans un arrêt de 2002, sans prendre position de manière expresse sur la question du caractère directement applicable, le Tribunal fédéral s'est référé à l'un des objectifs poursuivis dans la Convention n° 151 de l'OIT pour interpréter le droit interne, en

¹⁰⁴ Entrée en vigueur pour la Suisse le 13 septembre 1978, RS 0.831.105.

¹⁰⁵ ATF 111 V 201, c. 3.2.

¹⁰⁶ Soit le Code européen de sécurité sociale du 16 avril 1964, en vigueur pour la Suisse depuis le 17 septembre 1978, RS 0.831.104.

¹⁰⁷ ATF 119 V 171, c. 4b.

¹⁰⁸ Entrée en vigueur pour la Suisse le 3 mars 1982, RS 0.822.725.1.

l'occurrence pour déterminer la portée de la liberté syndicale. On peut voir dans cette décision une concrétisation d'une obligation d'abstention de l'Etat :

« Les syndicats tirent d'ailleurs précisément leur raison d'être de la qualité qui leur est reconnue de représenter et de défendre les intérêts de leurs membres vis-à-vis notamment de l'employeur soit, dans le secteur public, de l'Etat. C'est donc un corollaire essentiel de la liberté syndicale, considérée sous sa composante collective, que le droit pour les syndicats d'exprimer et de soutenir librement des idées et des opinions en vue de la défense des intérêts de leurs membres (cf. le rapport précité du BIT, Liberté syndicale et négociation collective, p. 19/20).

Afin qu'un tel droit puisse effectivement être exercé dans le secteur public, l'Etat employeur se doit dès lors, dans ses rapports avec les organisations syndicales, de leur garantir non seulement l'existence, mais aussi l'autonomie et une certaine sphère d'activité (cf. Jean-Daniel Delley/Charles-Albert Morand, Rôle et statut constitutionnel des centrales syndicales en Suisse, in Recueil des travaux suisses présentés au Xe Congrès international de droit comparé, Bâle 1979, p. 175 ss, 187). En particulier, l'Etat n'a pas à favoriser l'émergence d'un monopole syndical sous la forme d'un "syndicat d'Etat" ; la liberté syndicale présuppose au contraire une pluralité de syndicats (cf., à propos de l'art. 11 CEDH, Jacques Velu, La Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles 1990, p. 654). Ce souci est exprimé de manière assez nette par l'art. 5 de la Convention no 151 concernant la protection du droit d'organisation et les procédures de détermination des conditions d'emploi dans la fonction publique, entrée en vigueur pour la Suisse le 3 mars 1982 (RS 0.822.725.1), qui énonce que "les organisations d'agents publics doivent jouir d'une complète indépendance à l'égard des autorités publiques" »¹⁰⁹.

Convention n° 168 concernant la promotion de l'emploi et la protection contre le chômage (1988)¹¹⁰

Selon l'art. 20, let. c de la Convention n° 168 de l'OIT, les « indemnités auxquelles une personne protégée aurait eu droit dans les éventualités de chômage complet ou partiel, ou de suspension du gain due à une suspension temporaire de travail sans cessation de la relation de travail, peuvent être refusées, supprimées, suspendues ou réduites dans une mesure prescrite: lorsque, selon l'appréciation de l'autorité compétente, l'intéressé a quitté volontairement son emploi sans motif légitime ».

Dans un arrêt de 1998, le Tribunal fédéral a considéré que cette norme avait un caractère directement applicable: « Art. 20 lit. c ist inhaltlich hinreichend bestimmt und klar, um als Grundlage eines Entscheides im Einzelfall dienen zu können; er ist daher direkt anwendbar »¹¹¹.

¹⁰⁹ ATF 129 I 113, c. 5.3.

¹¹⁰ Entrée en vigueur pour la Suisse le 17 octobre 1991, RS 0.822.726.8.

¹¹¹ ATF 124 V 234, c. 3c.

3. Question laissée ouverte

Il arrive que le Tribunal fédéral laisse ouverte la question de l'applicabilité directe d'une norme de l'OIT, considérant qu'il n'est pas nécessaire de résoudre une telle problématique pour trancher le litige qui lui est soumis. Tel a été le cas dans un arrêt de 2016 concernant l'art. 68, par. 1, de la Convention n° 102 concernant la norme minimum de la sécurité sociale (1952)¹¹², dont la teneur est la suivante : « *Les résidents qui ne sont pas des nationaux doivent avoir les mêmes droits que les résidents qui sont des nationaux. Toutefois, en ce qui concerne les prestations ou les fractions de prestations financées exclusivement ou d'une façon prépondérante par les fonds publics, et en ce qui concerne les régimes transitoires, des dispositions particulières à l'égard des non-nationaux et à l'égard des nationaux nés hors du territoire du membre peuvent être prescrites* ».

Selon le Tribunal fédéral, la question de l'applicabilité directe de cette disposition conventionnelle pouvait, dans le cas d'espèce, être laissée ouverte :

« L'art. 68 cpv. 1 della Convenzione OIL n. 102 prevede il principio della parità di trattamento dei residenti non cittadini dello Stato. Questi ultimi devono avere gli stessi diritti dei residenti che ne sono cittadini. Un'eccezione è prevista tuttavia per quelle prestazioni o le frazioni di prestazioni finanziate esclusivamente o prevalentemente con fondi pubblici, e per quanto concerne i fondi transitori, possono essere istituite disposizioni particolari per i non cittadini e i cittadini nati fuori del territorio di uno Stato membro. Per il caso concreto, la questione dell'applicabilità diretta dell'art. 68 può rimanere aperta [...] »¹¹³.

III. Evaluation de l'applicabilité directe ou indirecte des articles 1 à 12 de la Convention n° 190 de l'OIT en détail

Les articles 1 à 12 de la Convention n° 190 de l'OIT sont répartis en sept chapitres selon la structure suivante :

- I. Définitions (art. 1) ;
- II. Champ d'application (art. 2 et 3) ;
- III. Principes généraux (art. 4 à 6)
- IV. Protection et prévention (art. 7 à 9) ;
- V. Contrôle de l'application et moyens de recours et de réparation (art. 10) ;
- VI. Orientations, formation et sensibilisation (art. 11) ;
- VII. Méthodes d'application (art. 12).

Dans son Message du 18 mai 2022 concernant l'approbation de la Convention n° 190 de l'Organisation internationale du Travail concernant l'élimination de la violence et du harcèlement dans le monde du travail, le Conseil fédéral a procédé à un commentaire détaillé des dispositions de la Convention n° 190 de l'OIT et a conclu qu'elles coïncidaient avec la législation en vigueur en Suisse¹¹⁴. Il ne s'est en revanche pas prononcé sur le caractère directement applicable ou non des normes de cette convention.

¹¹² Entrée en vigueur pour la Suisse le 18 octobre 1978, RS 0.831.102.

¹¹³ ATF 143 I 1, c. 4.3.1.

¹¹⁴ FF 2022 1379.

Il ne semble pas non plus que la doctrine se soit penchée à ce jour sur cette question. En tout état, il reviendra à la jurisprudence de la trancher.

On rappellera que, selon la jurisprudence bien établie déjà citée et explicitée ci-dessus, le Tribunal fédéral considère que, pour être directement applicable dans l'ordre juridique suisse, une norme de droit international doit¹¹⁵ :

- régler la situation juridique de particuliers ;
- revêtir un caractère suffisamment déterminé et précis pour pouvoir servir de base dans un cas d'espèce à une décision judiciaire ;
- avoir pour destinataire les autorités chargées de l'application du droit (autorités administratives ou judiciaires) et non les autorités législatives ;
- ne pas laisser aux autorités une grande marge d'appréciation.

Dans l'analyse du caractère directement ou non directement applicable des art. 1 à 12, il convient de distinguer deux groupes de dispositions, à savoir les art. 1 à 3, concernant les définitions et le champ d'application, d'une part (**section A**), et les art. 4 à 12, contenant les dispositions de fond, d'autre part (**section B**).

A. Définitions et champ d'application (art. 1 à 3)

Par nature, les normes d'un traité international contenant des définitions ou relatives au champ d'application ne sont pas destinées à régler la situation juridique de particuliers dans les ordres juridiques internes des Etats membres, mais servent à déterminer dans quelle mesure les dispositions de fond de la convention sont pertinentes. Elles ne sont donc pas destinées à être directement applicables. A titre d'exemple, on rappellera que le Tribunal fédéral a dénié tout caractère *self-executing* à l'art. 2, par. 2 de la Convention OIT n° 98, qui définit la notion d' « actes d'ingérence », en considérant que cette disposition ne comprenait qu'un « catalogue » des actes qui sont pris en considération¹¹⁶.

Article 1

L'art. 1, par. 1, de la Convention n° 190 contient des définitions de l'expression « *violence et harcèlement* » dans le monde du travail (let. a) et de l'expression « *violence et harcèlement fondés sur le genre* » (let. b).

Ces définitions ne paraissent pas présenter de caractère directement applicable au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Tout d'abord, elles ont pour but de caractériser les comportements ou pratiques prohibées par la convention (« *aux fins de la présente convention* ») et non de servir de définitions impératives qui seraient suffisamment déterminées et précises pour servir de base dans un cas d'espèce à une décision judiciaire nationale. Ainsi, lors des travaux préparatoires, le Bureau international du travail a précisé que la définition retenue dans la convention ne visait pas à se substituer aux définitions existantes dans les législations nationales¹¹⁷. L'essentiel est que les Etats membres adoptent une législation qui définisse la violence et le harcèlement dans le monde du

¹¹⁵ Cf. *supra*, chapitre II.B.1.

¹¹⁶ TF 4C.422/2004, c. 3.2.2.1-2, considérant non publié de l'ATF 132 III 122.

¹¹⁷ Bureau international du travail, Mettre fin à la violence et au harcèlement dans le monde du travail, Rapport V (2A), Genève 2019, p. 18.

travail (cf. art. 7 de la convention). D'ailleurs, l'art. 1, par. 2, de la convention, qui s'adresse aux autorités législatives, confère aux Etats membres une grande marge d'appréciation en la matière puisqu'ils peuvent prévoir dans leur législation nationale des définitions énonçant « *un concept unique ou des concepts distincts* » de violence et de harcèlement (art. 1, par. 2)¹¹⁸. Dans son Guide sur la Convention n° 190, le Bureau international du travail cite, comme exemples, les définitions sur le harcèlement au travail, toutes différentes, contenues dans les législations de plusieurs Etats (Canada, Côte d'Ivoire, Irlande, Japon et Mexique notamment)¹¹⁹.

Article 2

L'art. 2 concerne le champ d'application personnel de la convention. Il vise à englober un large spectre de personnes qui doivent être protégées contre la violence ou le harcèlement dans le monde du travail, soit selon leur statut (la « *convention protège...* »), tels que les travailleurs, les personnes en formation, les stagiaires ou les apprentis (par. 1), soit selon leur secteur d'activité (la « *convention s'applique* »), tels que secteur public ou privé ou économie formelle ou informelle (par. 2). On ne voit guère que cette disposition règle en elle-même la situation juridique de particuliers ou qu'elle puisse servir de base dans un cas d'espèce à une décision judiciaire. En outre, l'art. 2, par. 1, renvoie à la législation et à la pratique nationales en ce qui concerne la notion de « *salarie* » (art. 2, par. 1). L'art. 2 n'est pas opérant de manière indépendante, mais uniquement en relation avec les autres dispositions de la Convention n° 190.

Article 3

Enfin, l'art. 3 concerne le champ d'application matériel de la convention et précise qu'elle s'applique à la violence et au harcèlement dans le monde du travail « *s'exerçant à l'occasion, en lien avec ou du fait du travail* », dans différents lieux ou circonstances énumérés aux lettres a à f.

L'art. 3 ne paraît pas avoir pour destinataire les autorités nationales (suisses) chargées de l'application du droit. Il a pour objet de préciser dans quelles circonstances les dispositions de fond de la convention s'appliquent. Ainsi, l'art. 3 n'est pas opérant de manière indépendante, mais uniquement en relation avec les autres normes de la Convention n° 190. On peut citer dans ce contexte l'art. 9 de la convention selon lequel les législations nationales qui prescrivent aux employeurs de prendre des mesures appropriées pour prévenir la violence et le harcèlement dans le monde du travail doivent tenir compte du « *degré de contrôle* » des employeurs, ainsi que du caractère raisonnable et « *pratiquement réalisable* » des mesures souhaitées. L'art. 9 contient des clauses de flexibilité qui laissent un grand pouvoir d'appréciation aux Etats qui ratifient la convention¹²⁰. Ainsi, l'art. 3 n'a de portée qu'en lien avec la législation et la pratique de ces Etats sur les éléments figurant à l'art. 9, par exemple.

¹¹⁸ Voir aussi, Conseil fédéral, Message du 18 mai 2022 (n. 2), p. 12.

¹¹⁹ Cf. BIT, La violence et le harcèlement dans le monde du travail, Guide sur la convention n° 190 et la recommandation n° 206, Genève 2021, pp. 10 s.

¹²⁰ Cf. Conseil fédéral, Message du 18 mai (n. 2), pp. 14 ss.

B. Dispositions de fond (art. 4 à 12)

Les art. 4 à 12 ne réglementent pas la situation juridique de particuliers, ni ne sont suffisamment déterminés et précis pour pouvoir servir de base dans un cas concret à une décision judiciaire. Ces dispositions contiennent toutes l'expression « *tout membre doit* ». Il s'agit clairement de normes qui ont une portée programmatique, et qui s'adressent aux Etats membres qui ont ratifié la Convention n° 190 et non aux autorités chargées de l'application du droit dans ces Etats. Elles n'ont donc pas de caractère directement applicable. Ainsi que nous l'avons évoqué, le Tribunal fédéral a, par exemple, considéré que l'art. 3 de la Convention OIT n° 111, qui contient une liste d'actions que tout membre pour lequel la convention est en vigueur doit réaliser constitue une disposition d'ordre programmatique qui doit être concrétisée par les législateurs des Etats concernés¹²¹.

Nous procéderons ici à une présentation succincte des articles 4 à 12 en suivant l'ordre des chapitres de la Convention n° 190.

Principes fondamentaux (art. 4 à 6)

Les art. 4 à 6 traitent des programmes et mesures que les Etats doivent suivre et prendre afin de promouvoir et concrétiser les principes fondamentaux de la Convention n° 190 de l'OIT. Les Etats membres qui ont ratifié la convention doivent en particulier :

- respecter, promouvoir et réaliser le droit de toute personne à un monde du travail exempt de violence et de harcèlement (art. 4, par. 1) ;
- adopter une approche inclusive, intégrée et tenant compte des considérations de genre, visant à prévenir et à éliminer la violence et le harcèlement dans le monde du travail (art. 4, par. 2), avec diverses mesures énoncées à l'art. 4, par. 2, lettres a à h ;
- respecter, promouvoir et réaliser les principes et droits fondamentaux au travail (art. 5) ;
- adopter une législation garantissant le droit à l'égalité et à la non-discrimination dans l'emploi et la profession, notamment aux travailleuses et aux travailleurs appartenant à un ou plusieurs groupes vulnérables (art. 6).

Les Etats membres bénéficient d'une grande liberté pour concrétiser ces principes. En effet, selon l'art. 4, par. 2, l'approche inclusive peut être adaptée à leur législation et situation nationales et faire l'objet d'une consultation des organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs. Il s'agit également d'une clause de flexibilité¹²². Par ailleurs, selon l'art. 4, par. 3, les Etats membres sont invités à « *reconnaître les fonctions et rôles différents et complémentaires des gouvernements, et des employeurs et travailleurs et de leurs organisations respectives, en tenant compte de la nature et de l'étendue variables de leurs responsabilités respectives* ». Cette norme, très générale, nécessite des précisions dans les sources juridiques internes des divers Etats.

¹²¹ ATF 106 Ib 182, c. 3.

¹²² Cf. Conseil fédéral, Message du 22 mai 2022 (n. 2), p. 23.

Protection et prévention (art. 7 à 9)

Les art. 7 à 9 traitent des normes et mesures que les Etats doivent adopter afin d'assurer la prévention et la protection contre la violence et le harcèlement dans le monde du travail. Les Etats membres qui ont ratifié la convention doivent en particulier :

- adopter une législation définissant et interdisant la violence et le harcèlement dans le monde du travail (art. 7) ;
- prendre des mesures appropriées, pour prévenir la violence et le harcèlement dans le monde du travail (art. 8), en particulier les mesures préconisées à l'art. 8, lettres a à c ;
- adopter une législation prescrivant aux employeurs de prendre des mesures appropriées pour prévenir la violence et le harcèlement dans le monde du travail, en particulier les mesures détaillées à l'art. 9, lettres a à d.

L'art. 9 de la convention, disposition centrale, confère une grande marge d'appréciation aux Etats. En effet, les « *mesures appropriées* » qui seront prescrites aux employeurs dans leur législation devront être raisonnables, pratiquement réalisables et tenir compte du degré de contrôle de l'employeur sur les situations visées. Il s'agit également d'une clause de flexibilité¹²³.

Contrôle de l'application et moyens de recours et de réparation (art. 10)

L'art. 10 énumère les « mesures appropriées », décrites aux lettres a à h, que les Etats doivent prendre pour assurer le contrôle de l'application de la convention, ainsi que pour conférer des moyens de recours et de réparation aux victimes de violence et harcèlement dans le monde du travail. Les Etats membres qui ont ratifié la convention doivent en particulier :

- suivre et faire appliquer la législation nationale relative à la violence et au harcèlement dans le monde du travail (lit. a) ;
- garantir un accès aisé à des moyens de recours et de réparation appropriés et efficaces, ainsi qu'à des mécanismes et procédures de signalement et de règlement des différends (lit. b) ;
- protéger la vie privée des personnes concernées et la confidentialité (lit. c) ;
- prévoir des sanctions (lit. d) ;
- prévoir que les victimes auront effectivement accès à des mécanismes de plainte et de règlement des différends (lit. e) ;
- reconnaître les effets de la violence domestique, dans la mesure où cela est raisonnable et pratiquement réalisable (lit. f) ;
- garantir le droit de se retirer d'une situation de travail (lit. g) ;
- veiller à ce que l'inspection du travail et d'autres autorités compétentes soient habilitées à traiter la question de la violence et du harcèlement dans le monde du travail (lit. h).

Comme l'ensemble des articles de fond de la convention, cette disposition énumère des principes généraux. L'art. 10 lit. b prévoit, par exemple, que les Etats membres doivent prendre des « mesures appropriées » pour garantir « *un accès aisé à des moyens de*

¹²³ Cf. Conseil fédéral, Message du 18 mai 2022 (n. 2), pp. 5 et 26 ss.

recours et de réparation appropriés et efficaces ». Il est complété par l'art. 10 lit. d, selon lequel les Etats membres doivent « *prévoir des sanctions, s'il y a lieu* ».

L'ensemble de ces dispositions ne revêtent pas un caractère suffisamment déterminé et précis pour pouvoir servir de base dans un cas d'espèce à une décision judiciaire. Elles sont destinées aux autorités gouvernementales et législatives des Etats concernés. Par le choix de formulations de caractère indéterminé ou le recours à des clauses de flexibilité, la Conférence internationale du travail a conféré un large pouvoir d'appréciation aux Etats concernés :

- « *moyens de recours et de réparation appropriés et efficaces* » (lit. b) ;
- « *dans la mesure du possible et selon ce qu'il convient* » (lit. c) ;
- « *s'il y a lieu* » (lit. b/i et lit. d) ;
- « *dans la mesure où cela est raisonnable et pratiquement réalisable* » (lit. f).

Orientations, formation et sensibilisation (art. 11)

L'art. 11 concerne les mesures d'orientation, de formation et de sensibilisation aux objectifs poursuivis dans la Convention n° 190. Les Etats membres qui ont ratifié la convention doivent en particulier « *s'efforcer de garantir* » que la question de la violence et le harcèlement dans le monde du travail :

- est traitée dans les politiques nationales pertinentes (lit. a) ;
- bénéficie d'orientations, de ressources et de formations (lit. b) ;
- soit l'objet d'initiatives, notamment de campagnes de sensibilisation (lit. c).

Méthodes d'application (art. 12)

L'art. 12 de la Convention OIT n° 190 est particulièrement important dans le contexte de notre rapport puisqu'il concerne les « *méthodes d'application* » des dispositions de la convention. Sa teneur est la suivante : « *Les dispositions de la présente convention doivent être appliquées par voie de législation nationale ainsi que par des conventions collectives ou d'autres mesures conformes à la pratique nationale, y compris en étendant, ou en adaptant, les mesures existantes de sécurité et de santé au travail à la question de la violence et du harcèlement et en élaborant des mesures spécifiques si nécessaire* ».

Cette disposition conventionnelle confirme de manière explicite qu'il n'était nullement l'intention de la Conférence internationale du travail de conférer un caractère *self-executing* aux normes de la convention, mais que ces dernières doivent, au contraire, être concrétisées et précisées par les Etats membres pour devenir effectives. Ceux-ci se voient conférer une grande marge d'appréciation pour mettre en œuvre ces dispositions dans leur ordre juridique interne. Ils peuvent ainsi appliquer les dispositions de la convention par voie de la législation nationale, mais aussi de conventions collectives, ou d'autres mesures laissées à leur libre appréciation (« *conformes à leur pratique nationale* »). Les Etats peuvent, par ailleurs, étendre ou adapter les mesures existantes de sécurité et de santé au travail à la question de la violence et du harcèlement ou élaborer des mesures spécifiques, « *si nécessaire* ».

L'art. 12 de la Convention OIT n° 190 est analogue à l'art. 4 de la Convention OIT n° 154. Ainsi que nous l'avons indiqué, le Tribunal fédéral a clairement considéré que cette dernière convention ne brosse que les orientations générales d'un programme dont

l'exécution incombe aux Etats qui l'ont ratifiée. Il est à cet égard déterminant que son art. 4, qui décrit plusieurs méthodes devant permettre son application, démontre que la Convention OIT n° 154 a besoin d'être concrétisée dans chaque Etat contractant par des outils spécifiques et qu'elle ne contient donc pas de dispositions directement applicables¹²⁴.

Comme nous l'avons vu, cette volonté de laisser aux Etats membres une grande liberté dans les moyens d'action et modalités d'application se retrouve dans de nombreuses dispositions de la Convention n° 190, par l'utilisation de divers types de normes ou procédés, tels que :

- clauses de flexibilité (cf. art. 4, par. 2, 9 et art. 10 lit f) ;
- renvois à la législation et à la pratique nationale (cf. art. 4, par. 2) ;
- consultation des organisations nationales représentatives des employeurs et des travailleurs (art. 2, par. 2 ; art. 4, par. 3 ; art. 8 lit. b).
- formulations ouvertes ou indéterminées (cf. art. 10, lit. b, c, d ou e).

IV. Evaluation succincte de l'applicabilité directe ou indirecte des articles 13 à 20 de la Convention n° 190 de l'OIT

Les articles 13 à 20 de la Convention n° 190 de l'OIT figurent tous dans le chapitre VIII (dernier chapitre) qui est consacré aux « dispositions finales ».

Ils concernent le destinataire des ratifications formelles des Etats (art. 13), les conditions de l'entrée en vigueur objective et subjective de la convention (art. 14), les conditions d'une dénonciation (art. 15), le principe de la notification par le directeur général du BIT des ratifications et dénonciations à tous les Etats membres (art. 16) et au secrétaire général des Nations Unies (art. 17), la possibilité pour le Conseil d'administration du BIT de présenter à la Conférence internationale du travail un rapport sur l'application de la convention ou une proposition de sa révision totale ou partielle (art. 18), les conséquences de l'adoption par la Conférence internationale du travail d'une nouvelle convention portant révision de la Convention n° 190, et, enfin, le fait que les versions française et anglaise du texte de la convention font également foi (art. 20).

Il s'agit des dispositions finales usuelles qui se trouvent dans toutes les conventions de l'OIT¹²⁵. Il va de soi que de telles normes s'adressent aux Etats qui ont ratifié la Convention n° 190, ainsi qu'aux organes du BIT, et qu'elles ne contiennent pas, par définition, de règles qui puissent être considérées comme directement applicables dans l'ordre juridique interne d'un Etat, dont la Suisse.

¹²⁴ TF 4C.422/2004, c. 3.2.3.1, considérant non publié de l'ATF 132 III 122.

¹²⁵ Conseil fédéral, Message du 18 mai 2022 (n. 2), p. 7. Voir aussi, Conseil fédéral, in : FF 1960 I, 29, 33, FF 1974 I 1577, 1606, FF 1980 II 444, 450 et FF 2013 6215, 6220.

V. Résumé

Nous résumerons ici les éléments essentiels des développements contenus dans les quatre premiers chapitres.

Chapitre I – Contexte de l’attribution du mandat

Dans son Message du 18 mai 2022, le Conseil fédéral a effectué une analyse complète et détaillée des dispositions de la Convention n° 190 de l’OIT. Notre gouvernement a conclu que ces normes coïncidaient avec les règles actuellement en vigueur en Suisse dans la mesure où les personnes employées sont protégées « *de la violence et du harcèlement par un système complet de plusieurs lois qui reconnaissent le droit de toute personne à un monde du travail exempt de violence et de harcèlement, y compris de violence et de harcèlement fondés sur le genre* »¹²⁶. Ainsi, en l’état actuel du droit, la ratification de la Convention n° 190 ne nécessite ni l’adoption de nouvelles dispositions (lois ou ordonnances), ni la modification de dispositions existantes¹²⁷. Au dernier trimestre 2023, les Chambres fédérales ont décidé de renvoyer le projet de ratification au Conseil fédéral en le chargeant de présenter, dans un rapport complémentaire, quelles dispositions de la Convention n° 190 de l’OIT sont directement applicables et lesquelles le sont indirectement. Le but du présent rapport était précisément de déterminer dans quelle mesure les dispositions de la Convention n° 190 de l’OIT peuvent être considérées comme ayant un caractère directement applicable ou non dans l’ordre juridique suisse.

Chapitre II – Caractère directement applicable ou non directement applicable des normes de l’OIT en Suisse en général

L’applicabilité directe peut se définir comme l’aptitude d’une règle de droit international à conférer par elle-même aux particuliers, sans requérir aucune mesure interne d’exécution, des droits et obligations dont ils peuvent se prévaloir devant les autorités de l’Etat où cette règle est en vigueur. Selon la conception moniste, retenue en Suisse, le droit international et le droit interne constituent deux éléments d’un seul et même ordre juridique. Ainsi, dès leur entrée en vigueur pour la Suisse, les traités internationaux sont incorporés au droit interne et en font partie intégrante. Ils acquièrent alors validité immédiate et s’incorporent au droit fédéral. Il convient toutefois de différencier la question de la validité immédiate d’un traité international de celle du caractère directement applicable de ses dispositions. Alors que la validité immédiate entraîne l’obligation, pour les autorités, de respecter et d’appliquer les traités, l’applicabilité directe permet aux particuliers de s’en prévaloir devant ces autorités.

Une distinction doit être opérée entre deux sortes de normes :

- celles qui visent à imposer des obligations concrètes aux Etats à l’égard des justiciables et qui s’adressent aux autorités d’application du droit (normes dites « directement applicables » ou « *self executing* ») ;

¹²⁶ Conseil fédéral, Message du 18 mai 2022 (n. 2), p. 9.

¹²⁷ Conseil fédéral, Message du 18 mai 2022 (n. 2), p. 40.

- celles qui ne revêtent qu'une portée programmatrice et qui s'adressent aux autorités politiques (normes dites « non directement applicables » ou « *non self-executing* » ou « *executory* »).

En substance, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, pour être directement applicable dans l'ordre juridique suisse, une norme de droit international doit :

- régler la situation juridique de particuliers ;
- revêtir un caractère suffisamment déterminé et précis pour pouvoir servir de base dans un cas d'espèce à une décision judiciaire ;
- avoir pour destinataire les autorités chargées de l'application du droit (autorités administratives ou judiciaires) et non les autorités législatives ;
- ne pas laisser aux autorités une grande marge d'appréciation.

Dans la majorité des cas, le Tribunal fédéral considère que les dispositions contenues dans les conventions de l'OIT ont une portée programmatrice et qu'elles ne sont pas directement applicables (*self-executing*) dans l'ordre juridique suisse.

Chapitre III – Evaluation de l'applicabilité directe ou indirecte des articles 1 à 12 de la Convention n° 190 de l'OIT en détail

Chaque Etat membre de l'OIT peut en principe déterminer librement dans quelle mesure les dispositions de la Convention n° 190 qu'il aurait ratifiée doivent être considérées comme directement applicables ou non dans son ordre juridique interne. En cas de ratification de cette convention par la Suisse, il reviendra aux autorités d'application (administratives ou juridictionnelles) de se pencher sur la question, à l'occasion des dossiers ou litiges qui leur seront soumis.

A teneur de la jurisprudence et des principes d'interprétation dégagés par le Tribunal fédéral, on doit considérer que les art. 1 à 12 de la Convention n° 190 de l'OIT ne sont pas directement applicables. En effet, les art. 1 (définitions), 2 (champ d'application personnel) et 3 (champ d'application matériel) ne sont pas destinés à régler la situation juridique de particuliers ou à leur conférer des droits, mais à préciser les concepts et à déterminer le champ d'application des dispositions de fond de la convention.

Quant aux dispositions de fond (art. 4 à 12), elles comprennent toutes l'expression « tout membre doit ». Elles constituent clairement des normes programmatrices, conférant une marge importante d'appréciation aux Etats, destinées aux autorités gouvernementale et législative. Elles ne contiennent, en revanche, aucune règle suffisamment claire et précise qui permettrait aux autorités d'application du droit de les utiliser pour pouvoir servir de base dans un cas d'espèce à une décision administrative ou judiciaire. Elles ne paraissent donc pas directement applicables non plus.

Chapitre IV – Evaluation succincte de l'applicabilité directe ou indirecte des articles 13 à 20 de la Convention n° 190 de l'OIT

Constituant les dispositions finales usuelles, propres à tout traité international, les art. 13 à 20 ne sont, par essence, pas directement applicables.

Conclusion générale

En synthèse, on doit conclure que, selon les critères définis par le Tribunal fédéral, la Convention n° 190 de l'OIT du 21 juin 2019 ne paraît pas contenir de disposition qui puisse être considérée, en cas de ratification par la Suisse de la convention, comme directement applicable (*self-executing*) dans l'ordre juridique interne suisse.

Neuchâtel, le 30 juin 2024

Prof. Jean-Philippe Dunand