

**Valérie Défago | Jean-Philippe Dunand | Pascal Mahon
Christian Bruchez | Karine Lempen (éd.)**

Julien Billarant | Christian Bruchez | Nicolas Brügger | Damian F. Cathomas
Maeva Ciarleglio | Neïda de Jesus | Jean-Philippe Dunand | Julian Egli
Ness Gomez Rodriguez | Patrick L. Krauskopf | Karine Lempen | Mercedes Novier
Kurt Pärli | Jean Christophe Schwaab | Isabelle Wildhaber | Rémy Wyler | Malika Zürcher

Le droit collectif du travail

Le droit collectif du travail

Edité par

Valérie Défago, Jean-Philippe Dunand, Pascal Mahon,
Christian Bruchez et Karine Lempen

CERT, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Helbing Lichtenhahn

www.unine.ch/droit

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi est strictement interdite et requiert l'accord préalable écrit des éditeurs.

ISBN 978-3-7190-5014-6

© 2025 Helbing Lichtenhahn, Bâle, CERT, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel

www.helbing.ch

www.droitne.ch

Avant-propos

Le droit collectif du travail constitue l'un des piliers du droit du travail. Il comprend notamment la prévention des conflits collectifs, la liberté syndicale, le droit de grève, les conventions collectives de travail et les droits de participation du personnel. Les partenaires sociaux sont ainsi habilités à négocier des accords avec un effet normatif.

C'est pour présenter les normes applicables, leurs enjeux et tenter de répondre aux principales questions posées en pratique que nous avons organisé à l'Université de Neuchâtel, le 20 juin 2025, sous l'égide du Centre d'étude des relations de travail (CERT), un colloque dédié à ces thématiques.

Cet ouvrage est composé de quatorze articles rédigés par des contributrices et contributeurs actives et actifs dans le barreau, l'enseignement et/ou la recherche.

Nos vifs remerciements vont en premier lieu aux auteures et auteurs qui ont rédigé des contributions de qualité malgré leur emploi du temps chargé. Ils s'adressent aussi à toute l'équipe du secrétariat externe de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel et à Alexandra Luisoni (étudiante-assistante à l'Université de Neuchâtel), pour leur collaboration diligente et appréciée à la confection de l'ouvrage.

La direction du CERT est heureuse de la parution de ce livre qui constitue le vingtième de la collection du CERT ! Un autre événement marquant est à signaler, celui du passage de cette collection de la maison d'édition Schulthess à l'éditeur Helbing Lichtenhahn. La direction du CERT tient à remercier chaleureusement Madame Joanna David, cheffe de projet auprès de Schulthess éditions romandes, pour sa collaboration efficace et très appréciée durant de nombreuses années. Elle est aussi reconnaissante envers Monsieur Jérôme Voumard, directeur éditorial auprès des éditions Helbing Lichtenhahn, pour son accueil enthousiaste !

Neuchâtel, avril 2025

Prof. Valérie Défago

co-directrice du CERT

Prof. Jean-Philippe Dunand

co-directeur du CERT

Me Christian Bruchez

avocat, spécialiste FSA en droit du travail

Prof. Karine Lempen

co-directrice du Pôle Berenstein UNIGE

Table des matières

Avant-propos	V	
Table des abréviations	VII	
Table des matières	XXIII	
Première partie :		
Introduction		
Droit collectif du travail et liberté syndicale en Suisse (origine et évolution)		1
<i>Jean-Philippe Dunand</i> Avocat, professeur à l'Université de Neuchâtel		
Deuxième partie :		
Prévention des conflits collectifs, droit de grève		
La prévention et la gestion des conflits collectifs		43
<i>Rémy Wylér</i> Professeur à l'Université de Lausanne, avocat, spécialiste FSA droit du travail, médiateur FSA		
Rôle et efficacité des offices de conciliation dans les conflits collectifs de travail : approche juridique et étude des pratiques en Suisse romande		83
<i>Maeva Ciarleglio</i> Assistante-étudiante à l'Université de Neuchâtel		
Le droit de grève dans la fonction publique cantonale romande : un tour d'horizon		115
<i>Mercedes Novier</i> Avocate, spécialiste FSA en droit du travail, docteure en droit, Pully		
Troisième partie :		
Les conventions collectives de travail : champ d'application et contenu		
Le champ d'application des conventions collectives de travail		157
<i>Julien Billarant</i> Avocat, docteur en droit, Lausanne		

Les salaires minimaux : évolutions en droit suisse 177

Karine Lempen

Professeure à l'Université de Genève

Ness Gomez Rodriguez

Auxiliaire de recherche et d'enseignement à l'Université de Genève

La durabilité environnementale au sein des CCT..... 215

Neïda de Jesus

Assistante-doctorante à l'Université de Neuchâtel

Quatrième partie :

Le contrôle des conditions de travail

Le contrôle des conditions de travail par les partenaires sociaux..... 241

Christian Bruchez

Avocat, spécialiste FSA en droit du travail, Genève

La délégation des activités des organes paritaires..... 267

Nicolas Brügger

Avocat, Tavannes

Cinquième partie :

Les droits de participation du personnel

Procédure en matière de licenciement collectif..... 293

Christian Bruchez

Avocat, spécialiste FSA en droit du travail, Genève

Les décisions collectives de la Loi sur le travail..... 331

Jean Christophe Schwaab

Docteur en droit, Riex VD

La participation des personnes employées dans le contexte de l'IA.... 359

Isabelle Wildhaber

Avocate, professeure à l'Université de Saint-Gall

Damian F. Cathomas

Assistant-étudiant à l'Université de Saint-Gall

Le travail de plateforme et le droit collectif du travail

au niveau de l'Union européenne..... 385

Kurt Pärli

Professeur à l'Université de Bâle

Malika Zürcher

Etudiante-collaboratrice à l'Université de Bâle

Le droit des cartels et les relations collectives de travail..... 415

Patrick L. Krauskopf

Avocat, professeur à la HES de la Suisse orientale OST, Zurich

Jean Christophe Schwaab

Docteur en droit, Riex VD

Julian Egli

Juriste, Zurich

Première partie :
Introduction

Droit collectif du travail et liberté syndicale en Suisse (origine et évolution)

JEAN-PHILIPPE DUNAND

I. Introduction	2
II. La liberté syndicale dans l'ordre juridique suisse	2
A. Liberté syndicale individuelle et collective.....	3
B. Obligations négatives et positives de l'Etat.....	5
III. Naissance et développement du droit collectif du travail.....	6
A. L'abolition des corporations	6
B. La création du droit moderne du travail	9
C. La construction du droit collectif du travail	10
1. La représentation collective	11
2. La négociation collective	13
3. Le droit de grève	16
4. Les droits de participation.....	18
IV. Le droit d'accès des syndicats au lieu de travail.....	19
A. Entreprise privée	20
B. Administration publique.....	22
C. Synthèse	24
V. La protection contre les licenciements antisyndicaux.....	27
A. Protection des membres d'un syndicat ou des personnes exerçant une activité syndicale (art. 336 al. 2 let. a CO).....	28
B. Protection des représentants élus des travailleurs (art. 336 al. 2 let. b CO)	29
C. Améliorations de la protection contre les licenciements antisyndicaux	32
VI. Conclusion.....	36
Bibliographie	38

I. Introduction

1. En Suisse, le droit du travail comprend le droit public de protection des travailleurs, le droit privé du travail, le droit de la fonction publique et le droit collectif du travail.
2. Quant au droit collectif, il règle les relations entre les organisations d'employeurs et de travailleurs, ainsi que les rapports existants entre celles-ci et, d'une part, les employeurs et travailleurs pris individuellement, et d'autre part, l'Etat¹. Il se distingue du droit individuel du travail, lequel régit les relations entre la partie employeuse et la personne salariée².
3. Constituant l'une des expressions originales du droit du travail, le droit collectif du travail est également un moteur important de son évolution³. Comme l'atteste la table des matières de cet ouvrage, il couvre un large spectre. Il englobe notamment la liberté syndicale, la prévention des conflits collectifs, le droit de grève, les conventions collectives de travail et les droits de participation du personnel.
4. La Suisse ne connaît pas une réglementation globale du droit collectif. Comme nous le verrons, les diverses normes résultent d'interventions ponctuelles du constituant et du législateur au gré du temps⁴.
5. La liberté syndicale, garantie dans la Constitution fédérale et plusieurs instruments internationaux ratifiés par la Suisse, constitue aujourd'hui l'un des principes cardinaux du droit collectif du travail (**chapitre II**). La consécration de ce principe a marqué une étape importante dans la construction du droit collectif du travail lequel s'est progressivement développé au cours d'une longue évolution historique (**chapitre III**). Mais le processus de consolidation n'est pas terminé. Nous traiterons deux exemples ayant connu des développements récents, dans lesquels l'influence du droit international est perceptible : le droit des représentants syndicaux d'accéder au lieu de travail (**chapitre IV**) et la protection contre les licenciements antisyndicaux (**chapitre V**).

II. La liberté syndicale dans l'ordre juridique suisse

6. L'art. 28 de la Constitution fédérale est consacré à la liberté syndicale. Il comporte quatre alinéas. Alors que l'alinéa premier définit la portée de la liberté

¹ TSCHUDI, p. 3.

² DUNAND/LEMPEN/DE JESUS/LEUBA/PERDAEMS, N 452.

³ SUPLOT, p. 82.

⁴ DUNAND/MAHON/BOUVERAT ET AL., N 42 ; BK-STÖCKLI, 1999, p. 6.

syndicale (droit des travailleurs, des employeurs et de leurs organisations de se syndiquer pour la défense de leurs intérêts, de créer des associations et d'y adhérer ou non), les alinéas deux à quatre concernent les conflits collectifs de travail et les moyens de les régler.

7. Il faut toutefois rappeler que si la Cst. fédérale garantit la liberté syndicale, elle garantit dans le même temps la propriété (cf. art. 26) et la liberté économique de l'employeur (cf. art. 27). On est donc potentiellement en présence d'un conflit de droits fondamentaux que le législateur et les tribunaux helvétiques ont la possibilité ou le devoir d'harmoniser et de hiérarchiser dans le cadre d'une pesée des intérêts en présence⁵.
8. Plusieurs conventions internationales ratifiées par la Suisse contiennent des normes qui protègent la liberté syndicale⁶. Ainsi, l'art. 8 du Pacte ONU I (droits économiques, sociaux et culturels)⁷ et l'art. 22 du Pacte II (droits civils et politiques)⁸ garantissent tous deux le droit de constituer des syndicats et d'y adhérer. La liberté syndicale est également protégée dans les conventions de l'OIT n° 87 (liberté syndicale et protection du droit syndical)⁹ et n° 98 (principes du droit d'organisation et de négociation collective)¹⁰. Elle constitue enfin une variante spécifique de la liberté de réunion et d'association garantie par l'art. 11 CEDH¹¹.
9. La liberté syndicale comporte une composante individuelle et une composante collective (**section A**). Pour qu'elle puisse être garantie de manière effective, elle impose tant des obligations négatives que positives à l'Etat (**section B**).

A. Liberté syndicale individuelle et collective

10. Selon l'art. 28 al. 1 de la Constitution fédérale, les « travailleurs, les employeurs et leurs organisations ont le droit de de syndiquer pour la défense de leurs intérêts, de créer des associations et d'y adhérer ou non ».

⁵ DUNAND/MAHON/BOUVERAT ET AL., N 307 s.

⁶ Cf. AUBERT/MAHON, art. 28 Cst. N 3 ; BERSET/BIRCHER, pp. 581 ss ; DUNAND/LEMPEN/DE JESUS/LEUBA/PERDAEMS, N 455 ; DUNAND/MAHON/BOUVERAT ET AL., pp. 58 ss.

⁷ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, RS 0.103.1.

⁸ Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, RS 0.103.2.

⁹ Convention n° 87 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical du 9 juillet 1948, RS 0.822.719.7.

¹⁰ Convention n° 98 concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective du 1^{er} juillet 1949, RS 0.822.719.9.

¹¹ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, RS 0.101.

11. Cas spécifique de la liberté d'association, la liberté syndicale a comme titulaires les travailleurs et les employeurs, parties à une relation de travail de droit privé ou de droit public, ainsi que leurs organisations, soit les personnes morales de droit privé qui les représentent et agissent pour la défense de leurs intérêts (syndicats et associations patronales)¹². Commune aux employeurs et aux travailleurs, la liberté syndicale fait toutefois l'objet d'une attention et d'une protection spéciales pour ces derniers, compte tenu des atteintes et des risques particuliers de discriminations auxquels ils sont exposés¹³.
12. La liberté syndicale individuelle comporte une composante positive et une composante négative¹⁴. Sous un angle positif, elle donne au travailleur le droit de contribuer à la création d'un syndicat, d'adhérer à un syndicat existant et de participer à son activité¹⁵.
13. Sous un angle négatif, la liberté syndicale individuelle permet à tout individu de quitter un syndicat ou de refuser d'y adhérer¹⁶. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme a interprété l'art. 11 CEDH comme interdisant des accords (entre une entreprise et un syndicat) de « *closed-shop* » et de « *union-shop* »¹⁷. Les accords de « *closed-shop* » (littéralement, « *boutique fermée* ») réservent l'embauche aux seules personnes déjà membres d'un syndicat ; les accords de « *union-shop* », quant à eux, prévoient qu'en cas d'embauche, les nouvelles recrues disposent d'un certain délai pour adhérer au syndicat, faute de quoi ils seront licenciés¹⁸. Bien avant que l'art. 28 al. 1 de la Cst. fédérale ne prohibe de telles clauses, le Tribunal fédéral avait déjà considéré comme contraire au droit le licenciement d'un employé au motif que ce dernier avait cessé d'appartenir à un syndicat¹⁹. En outre, les art. 2 ch. 5 LECCT²⁰ et 356a al. 1 CO concrétisent cette interdiction (nullité des clauses de contrainte d'affiliation à une association contractante).
14. Quant à la liberté syndicale collective, elle permet aux organisations concernées de se constituer et de disposer de l'exercice des droits civils, de conclure des contrats et d'en réclamer l'exécution en justice, de recruter de nouveaux membres, d'exercer librement leurs activités sans ingérence de l'Etat, ou encore de former des fédérations et d'adhérer à des organisations internationales

¹² AUBERT/MAHON, art. 28 Cst. N 4.

¹³ Cf., pour le droit français, SUPIOT, p. 55.

¹⁴ AUBERT/MAHON, art. 28 Cst. N 6.

¹⁵ ANDERMATT, N 20.

¹⁶ ANDERMATT, N 27 ss.

¹⁷ Cf. arrêt CourEDH, n° 52562/99 et 52620/99 du 11 janvier 2006, Sorensen et Rasmusen contre Danemark.

¹⁸ DUNAND/LEMPEN/DE JESUS/LEUBA/PERDAEMS, N 459.

¹⁹ ATF 54 II 142. Voir aussi ATF 51 II 530 pour un exemple de « *closed-shop* ».

²⁰ Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail du 28 septembre 1956, RS 221.215.311.

patronales ou syndicales²¹. A certaines conditions, les syndicats bénéficient, par exemple, du droit de participer aux négociations et de conclure des conventions collectives de travail ou des plans sociaux, du droit de déclencher une grève et d'un droit d'accès au lieu de travail²². La législation leur confère également d'autres prérogatives, telles qu'un droit d'intervention dans le processus législatif, des tâches de surveillance du marché du travail, un droit de représentation dans des organes de conciliation ou dans des autorités judiciaires, etc.²³.

B. Obligations négatives et positives de l'Etat

15. L'art. 28 Cst. fédérale impose des obligations de deux types à l'Etat. Premièrement, celui-ci doit s'abstenir de porter atteinte à la liberté syndicale, en intervenant de manière injustifiée dans les relations collectives de travail, dans la liberté de créer des associations, d'y adhérer ou non (obligations négatives)²⁴.
16. Toute limitation à la liberté syndicale doit respecter les conditions habituelles de restriction des droits fondamentaux (cf. art. 36 Cst. fédérale) : elle doit reposer sur une base légale, poursuivre un intérêt public prépondérant ou la protection d'un droit fondamental d'autrui, être proportionnée au but visé et respecter l'essence même du droit consid r ²⁵.
17. Secondement, l'Etat doit prendre les mesures adéquates, afin d'assurer la protection effective de la liberté syndicale (obligations positives)²⁶. Selon le Tribunal fédéral, la liberté syndicale déploie un effet horizontal indirect sur les relations de travail dans le secteur privé (cf. art. 35 Cst. fédérale)²⁷. Cet effet a amené le constituant, le législateur ou les tribunaux à concrétiser certains aspects de la liberté syndicale²⁸. L'art. 110 al. 2 Cst. fédérale prescrit, par exemple, que le « *champ d'application d'une convention collective de travail ne peut être étendu* », par une décision des autorités, que si la convention « *respecte [...] la liberté syndicale* ». Par ailleurs, le législateur a adopté des règles spécifiques dans le CO en vue de protéger les travailleurs contre des licenciements antisyndicaux (cf. art. 336 al. 2 let. a et b CO)²⁹. En outre, les autorités d'applications des lois ordinaires (autorités administratives et judiciaires) ont l'obligation d'interpréter

²¹ DUNAND/LEMPEN/DE JESUS/LEUBA/PERDAEMS, N 460 ss.

²² ANDERMATT, pp. 19 ss. Sur la question du droit d'accès des syndicats aux locaux de l'entreprise, cf. chapitre IV *infra*.

²³ DUNAND/LEMPEN/DE JESUS/LEUBA/PERDAEMS, N 463 s ; DUNAND/MAHON/BOUVERAT ET AL., pp. 30 ss.

²⁴ AUBERT/MAHON, art. 28 Cst. N 6.

²⁵ DUNAND/MAHON/BOUVERAT ET AL., N 269.

²⁶ AUBERT/MAHON, art. 28 Cst. N 7.

²⁷ ATF 132 III 122, consid. 4.4.1.

²⁸ DUNAND/MAHON/BOUVERAT ET AL., pp. 121 ss.

²⁹ Sur la question de la protection contre les licenciements antisyndicaux, cf. chapitre V *infra*.

les normes contenues dans ces lois ordinaires conformément à la Constitution et aux droits fondamentaux que celle-ci garantit³⁰.

III. Naissance et développement du droit collectif du travail

18. Il existe dans l'histoire des exemples parfois très anciens de conflits collectifs du travail. Tel serait, par exemple, le cas, dans l'Égypte de Ramsès III (XII^e siècle av. J.-C.), de la grève des ouvriers et artisans travaillant à la nécropole royale, afin d'obtenir le paiement de leur salaire, ainsi que de la nourriture, des boissons et des vêtements. Ou de la grève de deux ans, initiée en 1229, par les professeurs de l'Université de Paris dans le but de protester contre l'assassinat par les gardes de Paris de plusieurs étudiants ayant saccagé une taverne et d'exiger le respect de l'autonomie de l'Université.
19. Mais le droit collectif du travail s'est véritablement développé beaucoup plus récemment. Suite à l'abolition des corporations (**section A**), tout était à (re)construire. Le droit (moderne) du travail est né au XIX^e siècle en réaction aux excès du capitalisme et comme conséquence aux actions et aux revendications du monde ouvrier (**section B**). Le droit collectif du travail s'est quant à lui imposé dans ce contexte comme l'un des moteurs du droit du travail (**section C**).

A. L'abolition des corporations

20. A partir du XII^e siècle, l'Europe connaît un fort développement du commerce qui contribue à la renaissance de ses villes ; de nombreux paysans sont attirés par les possibilités nouvelles de travail et s'installent dans les faubourgs³¹. Les populations des villes, composées notamment d'artisans et de commerçants, obtiennent des franchises de leurs seigneurs (reconnaissance de la liberté personnelle, privilèges de juridiction, suppression de taxes, etc.)³². Les corporations naissent alors de la volonté des commerçants et des artisans de se regrouper pour se défendre contre l'autorité seigneuriale ; suivant les lieux, elles prennent le nom de communautés d'arts et de métiers, de confréries, de guildes ou d'hanses³³.

³⁰ DUNAND/MAHON/BOUVERAT ET AL., N 284.

³¹ Cf. DUNAND, Relations de travail, p. 218.

³² SIMON-MUSCHEID, p. 1.

³³ SIMON-MUSCHEID, p. 1 ; TIMBAL/CASTALDO, p. 470.

21. Presque toutes les professions sont organisées en corporations, lesquelles remplissent des fonctions multiples³⁴. Ainsi, elles défendent les intérêts des membres de la profession concernée et les protègent de la concurrence extérieure, réglementent les standards de production et veillent à leur respect, fixent les prix des produits, organisent la formation professionnelle et les conditions de travail, ou encore, font office de confréries religieuses et de caisses de secours mutuels.
22. Les corporations sont strictement hiérarchisées (apprentis, compagnons et maîtres)³⁵. A partir du XVI^e siècle, les compagnons qui n'ont plus guère de possibilité d'accéder au statut de maître, vont se regrouper dans des sortes d'associations, parfois clandestines, appelées compagnonnages. Ces sortes de corporations parallèles, d'abord destinées à faciliter les déplacements des compagnons de ville en ville, sont ensuite utilisées pour défendre les intérêts communs de ces derniers envers leurs maîtres³⁶. Ces compagnonnages font figure de pionnier du mouvement ouvrier (préfiguration des syndicats)³⁷.
23. Bien qu'elles soient soumises à autorisation et astreintes à un certain contrôle du seigneur ou de la ville dont elles dépendent, les corporations bénéficient en principe du monopole et d'une certaine autonomie pour définir les règles régissant une profession donnée (groupement professionnel fermé)³⁸. Seuls les membres de la corporation peuvent exercer l'activité concernée et recruter des employés ; parallèlement, quiconque souhaite exercer un métier doit au préalable être admis dans la corporation³⁹. Le système corporatiste empêche ainsi l'émergence d'un marché libre du travail⁴⁰.
24. Dans le dernier quart du XVIII^e siècle, des théoriciens de l'économie plaident pour la fin du régime corporatiste et la consécration de la liberté économique (origine du libéralisme économique)⁴¹. Ils trouvent un écho favorable aussi bien auprès du régime royal que des révolutionnaires⁴². Ainsi, l'interdiction des corporations est consacrée lors des premières années de la Révolution française dans un mouvement général d'exaltation des droits de l'individu⁴³.

³⁴ DEWERPE, pp. 65 ss ; DUNAND, Relations de travail, p. 219 ; GNAEGI, pp. 18 ss ; PERRENOUD, pp. 177 ss.

³⁵ AUBIN/BOUVERESSE, N 19 ; DUNAND, Relations de travail, p. 222.

³⁶ AUBIN/BOUVERESSE, N 32 ; LE GOFF, pp. 128 s. ; TIMBAL/CASTALDO, p. 472.

³⁷ DEGEN ET AL., pp. 25 ss.

³⁸ AUBIN/BOUVERESSE, N 19 ; DEWERPE, p. 65.

³⁹ PERRENOUD, p. 178 ; SIMON-MUSCHEID, p. 2.

⁴⁰ DEWERPE, p. 64.

⁴¹ TIMBAL/CASTALDO, p. 472 ; WITZIG, N 33.

⁴² AUBIN/BOUVERESSE, pp. 65 ss ; MÉDA, pp. 44 s.

⁴³ AUBIN/BOUVERESSE, pp. 82 ss ; DUNAND, Relations de travail, pp. 224 ss ; TIMBAL/CASTALDO, p. 491.

25. En date du 4 août 1789, l'Assemblée constituante, récemment créée, vote l'abrogation pleine et entière des droits féodaux et de tous les privilèges des corps et des communautés⁴⁴. Puis, au mois de mars 1791, elle approuve la loi du 17 mars 1791 portant suspension de tous les droits d'aide, de toutes les maîtrises, jurandes et établissements des droits de patente, dit Décret d'Allarde, car résultant du rapport du baron Leroy d'Allarde⁴⁵. Selon l'art. 7 de la loi, « *il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix, et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits* ». Cette première loi est suivie d'une seconde, préparée par l'avocat rennais Isaac Le Chapelier, qui interdit toute forme de corporations ou d'associations de citoyens : « *L'anéantissement de toutes espèces de corporations des citoyens du même état ou profession étant une des bases fondamentales de la constitution française, il est défendu de les rétablir de fait, sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit* » (art. 1 de la loi Le Chapelier du 14 juin 1791)⁴⁶. Il est donc interdit de créer des associations destinées à défendre les intérêts des ouvriers (syndicats) ou des employeurs⁴⁷.
26. Dans l'esprit des révolutionnaires, il ne doit plus y avoir de corporation dans l'Etat, mais seulement l'intérêt particulier de chaque individu et l'intérêt général⁴⁸. La liberté d'entreprendre et la liberté du travail doivent garantir l'exercice libre de toute forme d'activité commerciale, artisanale ou industrielle. Le patron peut désormais embaucher librement la main-d'œuvre⁴⁹. Pleinement autonome, le travailleur peut quant à lui vendre l'usage de sa force de travail sur un marché libre du travail⁵⁰.
27. Des règles similaires sont adoptées à la même époque dans tous les pays en voie d'industrialisation, dont la Suisse⁵¹. Ainsi, dans une loi du 4 mai 1798, la République helvétique abolit « *tous les droits féodaux personnels* », « *sans indemnité* »⁵². Puis, au mois d'octobre de la même année, elle proclame la liberté du commerce et de l'industrie et se prononce contre l'existence de coalitions économiques et politiques⁵³. Sont donc interdits les corporations et les compagnonnages, et donc l'obligation de faire partie d'une corporation pour

⁴⁴ Texte publié in : Décrets de l'Assemblée nationale des 4, 6, 7, 8 & 11 août 1789, Lyon 1789.

⁴⁵ Texte publié in : Archives parlementaires de 1787 à 1860, première série (1787-1799), tome XXIII, du 6 février au 9 mars 1791, Paris 1886, pp. 625 ss.

⁴⁶ Texte publié in : Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat, tome troisième, Paris 1824, pp. 25 s.

⁴⁷ AUBIN/BOUVERESSE, N 105 ss.

⁴⁸ OLSZAK, p. 26.

⁴⁹ WITZIG, N 36.

⁵⁰ AUBIN/BOUVERESSE, N 119 ; DEWERPE, p. 81.

⁵¹ OLSZAK, p. 25.

⁵² Texte publié in : Bulletin des lois et décrets du corps législatif de la République Helvétique, Lausanne 1798.

⁵³ Texte publié in : Bundesarchiv, 1798, vol. 548, folio 159.

exercer le métier concerné⁵⁴. A la Restauration, la majorité des cantons renonce à interdire officiellement les coalitions. Mais les gouvernements de ces cantons ne se privent pas de proscrire leur existence ou leur activité, en invoquant notamment leur caractère séditionnaire⁵⁵.

B. La création du droit moderne du travail

28. Au moment de la Révolution française, la plupart de la population de la France est active dans l'agriculture (et l'artisanat) ; le travail industriel n'existe presque pas. Dans l'idéologie révolutionnaire, l'abolition des corporations et l'avènement de citoyens libres et égaux en droit devait permettre à chacun de devenir un travailleur indépendant ou alors de négocier librement les conditions du contrat de travail⁵⁶. Cette conception ne tenait toutefois pas compte de l'inégalité matérielle entre les parties et de la dépendance économique du travailleur face à son employeur. Elle provoqua, en réalité, l'isolement des travailleurs auxquels on interdisait tout regroupement en vue de défendre leurs intérêts⁵⁷. Elle n'avait, par ailleurs, pas anticipé l'avènement et les effets de la première révolution industrielle (dès la fin du XVIII^e siècle), amplifiés par ceux de la deuxième révolution industrielle (dès la fin du XIX^e siècle)⁵⁸.
29. Dans la première moitié du XIX^e siècle, le nombre d'ouvriers travaillant dans les usines augmente considérablement. Leur situation sociale et économique est précaire⁵⁹. Dans l'esprit du libéralisme, les protections des travailleurs sont presque inexistantes. De plus, suite à l'abolition du système corporatiste, il est interdit aux travailleurs de former des syndicats ou de faire grève. En outre, il n'existe guère de protection contre les aléas de l'existence (maladie, accident, chômage ou grand âge) ; la plupart des travailleurs ne pouvant compter que sur eux-mêmes et sur leur famille⁶⁰. Une telle situation provoque des révoltes ouvrières et révèle la nécessité d'apporter des remèdes aux effets négatifs du capitalisme⁶¹.
30. C'est dans ce contexte que naquirent et se développèrent graduellement le droit (moderne) du travail et le droit de la sécurité sociale, les deux bases essentielles de l'Etat social⁶². En Suisse, le droit du travail résulte dans un premier temps des

⁵⁴ SIMON-MUSCHEID, p. 7.

⁵⁵ DEGEN ET AL., pp. 28 s.

⁵⁶ AUBIN/BOUVERESSE, N 119 ss ; DEWERPE, p. 81.

⁵⁷ MÉDA, pp. 46 s.

⁵⁸ DUNAND, pp. 226 ss.

⁵⁹ DEWERPE, p. 81 ; MAHON, Evolution du droit social, p. 301 ; PERRENOUD, pp. 81 s. ; RAPPARD, pp. 201 ss ; WITZIG, N 40.

⁶⁰ MAHON, Evolution du droit social, pp. 298 s.

⁶¹ DUNAND, Relations de travail, pp. 228 ss.

⁶² TSCHUDI, pp. 23 s. Sur la naissance et le développement des assurances sociales en Suisse, cf. GNAEGI, pp. 35 ss et MAHON, Evolution du droit social, pp. 308 ss.

législations (cantonales puis fédérales) de droit public ayant comme but de protéger les ouvriers (de manière spécifique les enfants et les femmes) travaillant dans les usines (législations industrielles)⁶³. Fondée sur l'art. 34 de la Constitution fédérale de 1874, la loi fédérale sur les fabriques de 1877, qui contient des dispositions sur l'interdiction du travail de nuit des enfants et des femmes, la limitation du temps de travail, une réglementation du travail le dimanche, ainsi que des règles sur la santé et la sécurité, est l'une des premières lois nationales de protection des travailleurs⁶⁴. La loi sur les fabriques sera révisée à plusieurs reprises, dont une révision totale en 1914⁶⁵. En droit privé, alors que la Code fédéral des obligations de 1881 ne comprenait que douze dispositions, essentiellement dispositives, consacrées au contrat de « *louage de services* », la révision totale du code des obligations de 1911, fondée sur une révision constitutionnelle de 1898, porte le nombre d'articles traitant du désormais nommé « *contrat de travail* » à 44, dont de nombreuses dispositions impératives⁶⁶.

31. La dépendance structurelle et économique des travailleurs envers leurs employeurs impose l'adoption de normes légales permettant de limiter la liberté contractuelle des parties et d'encadrer le contenu des contrats individuels de travail (normes de droit public et normes impératives de droit privé). Mais, en parallèle, les ouvriers s'unissent pour défendre leurs intérêts et négocier collectivement des meilleures conditions de travail, cherchant ainsi à établir, sur le plan collectif, l'égalité entre employeurs et travailleurs qui fait défaut sur le plan individuel⁶⁷.

C. La construction du droit collectif du travail

32. Le droit collectif du travail s'est construit progressivement, d'abord au niveau local ou cantonal, puis au niveau fédéral, souvent en réaction aux actions et revendications ouvrières. Nous évoquerons ici quelques étapes importantes : reconnaissance des droits de représentation collective (**sous-section 1**), de négociation collective (**sous-section 2**), de grève (**sous-section 3**) et de participation (**sous-section 4**).

⁶³ PERRENOUD, pp. 81 ss ; TSCHUDI, pp. 6 ss.

⁶⁴ PERRENOUD, pp. 93 ss ; TSCHUDI, pp. 8 s.

⁶⁵ MAHON, Evolution du droit social, pp. 312 s. La loi fédérale sur les fabriques du 18 juin 1914 (RS 821.41) est toujours en vigueur, avec toutefois un périmètre réduit depuis l'adoption de la loi fédérale dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (RS 822.11).

⁶⁶ DUNAND, Relations de travail, pp. 234 s. ; MAHON, Evolution du droit social, pp. 313 s. ; PERRENOUD, pp. 42 ss.

⁶⁷ DUNAND/LEMPEN/DE JESUS/LEUBA/PERDAEMS, N 453 ; SUPLOT, p. 82.

1. La représentation collective

33. Il n'existe pas, en Suisse, de réglementation spéciale concernant les organisations professionnelles⁶⁸. En l'absence de règles spécifiques, l'organisation et le fonctionnement des syndicats sont régis par les règles liées à la forme juridique selon laquelle ils sont constitués, soit généralement celle de l'association (cf. art. 60 ss CC) ou, plus rarement, de la société coopérative (cf. 828 ss CO)⁶⁹. En tant que personnes morales, les syndicats jouissent de l'exercice des droits civils⁷⁰.
34. Les syndicats présentent plusieurs différences avec les (anciennes) corporations⁷¹. Tout d'abord, ils constituent des groupements purement privés dont l'indépendance vis-à-vis de l'Etat est garantie. Par ailleurs, on y adhère de manière libre. Enfin, les syndicats sont des organisations (de travailleurs) dont sont exclus les employeurs.
35. Pour que le droit collectif se mette en place, il a fallu tout d'abord reconnaître l'existence des syndicats, ainsi que leur droit de représenter les travailleurs. En Suisse, il existe dès le début du XIX^e siècle, des sociétés de secours mutuels qui déploient aussi parfois des formes d'activités syndicales (défense des intérêts des ouvriers, organisation de grèves, etc.)⁷². En 1848, une étape importante est franchie avec la reconnaissance du droit d'association dans la première Constitution fédérale (art. 46 aCst. 1848). Dans le courant des années 1860, les syndicats se multiplient. Comme le délit de coalition devient caduc, ces organisations peuvent déployer ouvertement leurs activités⁷³. Les grandes organisations syndicales et patronales voient, quant à elles, le jour dans les années 1870-1880 (1880 pour l'Union syndicale suisse)⁷⁴. La liberté d'association est naturellement confirmée dans la Constitution de 1874 (art. 56 aCst. 1874). Comme nous le verrons, de cette liberté d'association émanera la liberté syndicale⁷⁵. Le taux le plus élevé de syndicalisation a été observé en Suisse en 1976, avec 30% des personnes actives ; aujourd'hui, ce taux est inférieur à 20%⁷⁶.
36. En 1899, le Tribunal fédéral rend un arrêt de principe dans lequel il reconnaît la légitimité d'un syndicat pour représenter les travailleurs syndiqués, ainsi que son droit d'adopter unilatéralement les mesures adéquates pour la sauvegarde des

⁶⁸ MAHON, Réglementation, p. 58.

⁶⁹ CS CIT-BRUCHEZ, art. 356 N 9

⁷⁰ DUNAND/MAHON/BOUVERAT ET AL., N 48.

⁷¹ Cf. SUPIOT, pp. 55 s.

⁷² DEGEN ET AL., pp. 29 ss.

⁷³ DEGEN ET AL., p. 35.

⁷⁴ DEGEN ET AL., pp. 69 ss.

⁷⁵ Cf. aussi ANDERMATT, N 3.

⁷⁶ Cf. DUNAND/MAHON/BOUVERAT ET AL., N 59.

intérêts de ses membres, en l'occurrence une « mise à l'index » de l'employeur⁷⁷ : « Les ouvriers ont un intérêt légitime à améliorer leur condition en louant leur activité le plus avantageusement possible. Dans le fonctionnement de la vie économique moderne, le moyen le plus efficace qui soit à leur disposition pour atteindre ce but est leur constitution en association ou en syndicat. Le syndicat est ainsi le représentant naturel et normal des ouvriers syndiqués pour tout ce qui concerne les conditions du travail. On ne peut donc pas dire, dans le cas particulier, que la Chambre syndicale n'avait ni droit, ni mandat de s'occuper de la situation des ouvriers [...]. De par la nature même et le but du syndicat, elle avait au contraire pour mission de sauvegarder les intérêts des ouvriers syndiqués, d'examiner leurs plaintes et si elle estimait celles-ci fondées, d'agir en vue du redressement des griefs signalés. [...] si le patron refuse de reconnaître le syndicat ou de discuter avec lui les conditions d'une entente, celui-ci peut alors adopter unilatéralement les mesures qui lui paraissent dictées par les circonstances pour la sauvegarde des intérêts de ses membres, et c'est uniquement sur la légalité de ces mesures, et non sur le droit indiscutable du syndicat de s'occuper du différend, que peut porter la discussion »⁷⁸.

37. Cette première étape ne signifiait pas encore la reconnaissance d'un véritable partenariat social ou droit de négociation des syndicats avec les employeurs. Ainsi, le Tribunal fédéral précise dans le même arrêt que l'employeur n'avait aucune obligation d'entrer en discussion avec le syndicat : « Il va de soi d'ailleurs que le patron n'est nullement tenu d'accepter l'intervention du syndicat ni de traiter avec lui. Il n'existe entre eux aucun lien de droit »⁷⁹.
38. Sous l'égide de la Constitution fédérale de 1874, les organisations professionnelles, de même que les employeurs et les travailleurs pris individuellement bénéficient de la liberté syndicale qui découle de la liberté d'association garantie par l'art. 56 aCst. 1874. Selon la jurisprudence et la doctrine majoritaire, la protection de cette disposition ne vaut cependant qu'à l'égard de l'Etat ; le travailleur peut toutefois être protégé, dans sa liberté syndicale, par certaines règles de droit civil⁸⁰. Le Tribunal fédéral considéra, par exemple, que le refus d'admettre un syndicat minoritaire dans une convention collective était susceptible de violer les droits de la personnalité du travailleur, lequel devait pouvoir s'associer avec d'autres travailleurs pour défendre ses intérêts⁸¹.

⁷⁷ Au même titre que la grève, la mise à l'index ou le boycott faisaient partie des actions collectives destinées à faire pression sur les employeurs pour obtenir de meilleures conditions de travail.

⁷⁸ ATF 25 II 800, consid. 2.

⁷⁹ ATF 25 II 800, consid. 2.

⁸⁰ Sur ces questions, cf. MAHON, Réglementation, pp. 59 s.

⁸¹ ATF 113 II 37.

2. La négociation collective

39. Selon l'art. 356 al. 1 CO : « Par la convention collective, des employeurs ou associations d'employeurs, d'une part, et des associations de travailleurs, d'autre part, établissent en commun des clauses sur la conclusion, l'objet et la fin des contrats individuels de travail entre employeurs et travailleurs ». La convention collective est l'instrument juridique qui permet aux organisations d'employeurs et de travailleurs de concrétiser le résultat de la négociation collective⁸². La liberté de négociation collective (appelée « *autonomie tarifaire* ») n'est limitée que par le droit impératif (cf. art. 358 CO)⁸³. En dérogation au principe de la relativité des contrats, la convention est destinée à produire des effets juridiques directs et impératifs pour des tiers, soit les employeurs et les travailleurs liés⁸⁴. Il s'agit d'une source de droit privé avec effet normatif⁸⁵.
40. On considère aujourd'hui que le droit pour un syndicat de participer à des négociations visant à la conclusion d'une convention collective de travail est inhérent à la liberté syndicale et au système de partenariat social⁸⁶. Toutefois, pour se prévaloir de ce droit, les associations professionnelles doivent être reconnues comme partenaires sociaux. La jurisprudence subordonne la qualité de partenaire social à la réalisation de quatre conditions cumulatives : représentativité, loyauté, capacité de contracter et compétence en raison du lieu et de la matière⁸⁷. Corolaire du droit de négocier et de conclure une CCT, une organisation syndicale minoritaire suffisamment représentative peut se prévaloir, à certaines conditions, d'un droit d'adhérer à une CCT signée par un employeur avec une autre organisation syndicale⁸⁸. En revanche, la question de l'obligation pour une partie d'entrer en négociation en vue de conclure une CCT est controversée⁸⁹.
41. Historiquement, les conventions collectives sont issues de la pratique, dans le sens qu'elles ont été négociées et conclues avant même que la loi ne consacre leur existence⁹⁰. Les premières conventions, appelées « *tarifs* », « *conventions tarifaires* » ou « *contrats* »⁹¹, apparaissent dès la seconde moitié du XIX^e siècle,

⁸² CS CIT-BRUCHEZ, art. 356 N 16.

⁸³ CS CIT-BRUCHEZ, art. 356 N 12.

⁸⁴ CS CIT-BRUCHEZ, art. 356 N 15.

⁸⁵ WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 1109.

⁸⁶ CS CIT-BRUCHEZ, art. 356 N 35 ; DUNAND/LEMPEN/DE JESUS/LEUBA/PERDAEMS, N 462.

⁸⁷ ATF 140 I 257, consid. 6 ; ATF 113 II 37.

⁸⁸ ATF 113 II 37. Pour une présentation de cet arrêt dans son contexte historique, cf. AUBERT, pp. 119 ss. Pour un arrêt plus récent confirmant le droit d'adhésion, cf. TF 2C_868/2021 du 24 août 2022, consid. 6.1.

⁸⁹ Cf. CS CIT-BRUCHEZ, art. 356 N 35 s. ; DUNAND/LEMPEN/DE JESUS/LEUBA/PERDAEMS, N 462 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, pp. 1117 ss.

⁹⁰ CS CIT-BRUCHEZ, art. 356 N 4.

⁹¹ DEGEN ET AL., p. 69.

afin de fixer les salaires et diminuer la durée du travail⁹². Les plus anciennes conventions sont signées dans les années 1850 dans les secteurs de l'imprimerie et de la menuiserie⁹³. La conclusion de conventions collectives se multiplie ensuite dans la dernière partie du XIX^e siècle⁹⁴.

42. C'est à l'occasion de la révision du code des obligations de 1911 que la Suisse consacre officiellement au niveau national l'existence du « *contrat collectif de travail* » qui résultait auparavant de la pratique ou des législations cantonales (cf. art. 322 et 323 aCO 1911). L'art. 323 aCO 1911 ancre expressément dans la loi l'effet normatif direct et impératif du contrat collectif⁹⁵. Auparavant, conformément au principe de la relativité des contrats, ces conventions ne créaient directement des droits que pour les associations contractantes et non pour leurs membres⁹⁶.
43. En date du 15 mai 1937, dans l'horlogerie, et du 19 juillet 1937, dans l'industrie des machines et des métaux, deux importants accords sont signés, selon lesquels les organisations patronales et syndicales s'engagent à ne pas recourir à des moyens de lutte collectifs (grève, *lock-out*, mise à l'index)⁹⁷. Ces accords ne contiennent pas de dispositions normatives ; ils prévoient une procédure graduelle destinée à éviter les conflits (commission de médiation et commission arbitrale)⁹⁸. Ils se bornent en réalité à instituer l'arbitrage, en échange de la paix⁹⁹.
44. Ces accords de 1937 sont à la base de ce que l'on a appelé la « *paix du travail* », laquelle constitue l'un des piliers du droit collectif du travail en Suisse¹⁰⁰. Résultant de la confiance réciproque entre les partenaires sociaux, la paix du travail a en quelque sorte été institutionnalisée par le fait du renouvellement régulier et ininterrompu des conventions collectives de travail dans plusieurs branches¹⁰¹. Selon l'art. 357a al. 2 CO, adopté en 1956, chaque partie maintient la paix du travail et, en particulier, s'abstient de tout moyen de combat quant aux matières réglées dans la CCT (« *paix relative* ») ; l'obligation de maintenir la paix n'est illimitée que si les parties à la CCT en sont convenues ainsi (« *paix absolue* »)¹⁰².

⁹² BK-STÖCKLI, 1999, p. 43.

⁹³ Cf. AUBERT, p. 99 ; DEGEN ET AL., p. 38.

⁹⁴ CS CIT-BRUCHEZ, art. 356 N 4.

⁹⁵ CS CIT-BRUCHEZ, art. 356 N 5 ; BK-STÖCKLI, 1999, p. 44.

⁹⁶ CS CIT-BRUCHEZ, art. 356 N 5.

⁹⁷ ANDERMATT, N 50 ; MAHON, Evolution du droit social, p. 318.

⁹⁸ DEGEN ET AL., p. 153.

⁹⁹ AUBERT, p. 102.

¹⁰⁰ WITZIG, N 53.

¹⁰¹ CS CIT-BRUCHEZ, art. 357a N 18 ; DUNAND/LEMPEN/DE JESUS/LEUBA/PERDAEMS, N 466.

¹⁰² Cf. CS CIT-BRUCHEZ, art. 357a N 25 s.

45. La paix du travail favorisera la conclusion de nouvelles CCT qui s'appliqueront au lendemain de la Seconde Guerre mondiale à près de 50% des rapports de travail en Suisse¹⁰³. Au 1^{er} mars 2021, il existait 562 CCT en vigueur en Suisse, couvrant près de 2 millions de travailleurs, soit environ 39% des personnes actives occupées¹⁰⁴.
46. En 1956, le droit des conventions collectives de travail fait l'objet d'une révision importante ayant pour effet de remplacer les art. 322-323 aCO par sept nouvelles dispositions (art. 322 à 323^{quater}) qui précisent et complètent l'ancienne réglementation¹⁰⁵. Au même moment est adoptée la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1957¹⁰⁶. Fondée sur le nouvel art. 34^{er}, adopté en 1947, de la Constitution de 1874, cette loi permet de rendre une convention collective applicable à tous les employeurs et travailleurs qui appartiennent à une branche économique ou à une profession, indépendamment de leur appartenance aux organisations signataires ou de leur soumission individuelle¹⁰⁷.
47. La révision totale de 1971 du Titre X^e du CO substitue à ces dispositions les actuels art. 356-358 CO, avec peu de modifications matérielles¹⁰⁸. Les art. 356, 356a et 356c CO traitent de la définition, de l'objet, de la forme et de la durée de la convention collective, l'art. 356b CO de la soumission individuelle, les art. 357 à 357b CO des effets de la convention collective et l'art. 358 CO de ses rapports avec le droit impératif.
48. Depuis 1971, les art. 356 ss CO n'ont pas été modifiés. En revanche, la LECCT, fondée dans la Constitution de 1999 sur l'art. 110 al. 1 let. d, a fait l'objet de nombreuses révisions portant notamment sur les conditions de l'extension d'une convention collective de travail.
49. La LECCT instaure deux systèmes permettant d'étendre une CCT. D'une part, son art. 1 prévoit le principe d'un mécanisme dit « ordinaire », où l'extension peut intervenir à la « *requête de toutes les parties contractantes* ». D'autre part, dans le cadre des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, les art. 1a et 2 ch. 3^{bis} LECCT instaurent un mécanisme spécial d'extension dite « *facilité* »¹⁰⁹.

¹⁰³ ANDERMATT, N 51.

¹⁰⁴ Cf. WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 1109.

¹⁰⁵ CS CIT-BRUCHEZ, art. 356 N 6 ; PERRENOUD, p. 183.

¹⁰⁶ Loi du 28 septembre 1956, RS 221.215.311.

¹⁰⁷ CS CIT-BRUCHEZ, art. 357a N 2.

¹⁰⁸ CS CIT-BRUCHEZ, art. 356 N 7.

¹⁰⁹ WYLER/HEINZER/WITZIG, pp. 1153 ss.

50. Les syndicats ont souvent fait dépendre leur soutien aux Accords bilatéraux avec l'Union européenne et ses Etats membres, et au principe de la libre circulation des personnes, à l'adoption de mesures nationales d'accompagnement, dont celles permettant d'étendre plus facilement le champ d'application des CCT. Très récemment, soit en date du 21 mars 2025, le Conseil fédéral a adopté un train de mesures visant à garantir la protection des salaires, qui comprend une nouvelle révision de la LECCT.

3. Le droit de grève

51. La liberté de recourir à des moyens de combat est inhérente à la liberté syndicale et à la négociation collective¹¹⁰. A défaut d'une définition dans la Constitution fédérale ou dans la législation, le Tribunal fédéral définit la grève comme le « *refus collectif de la prestation de travail due, dans le but d'obtenir des conditions de travail déterminées de la part de l'employeur* »¹¹¹. Si les premières grèves sont organisées dès la première moitié du XIX^e siècle, il faudra attendre l'année 1999 pour que le droit de grève soit officiellement reconnu à l'art. 28 al. 3 Cst. fédérale !
52. Une des plus anciennes grèves qui est connue en Suisse est celle qui est déclenchée en 1837 à Ennenda par le personnel d'une fabrique d'indiennes qui proteste contre l'installation d'une cloche pour l'appel au travail¹¹². Le nombre de grèves double dans les années 1850 par rapport à la première moitié du XIX^e siècle¹¹³. Entre 1880 et 1914, près de 2'400 conflits collectifs de travail sont enregistrés en Suisse¹¹⁴. De nombreuses grèves sont lancées, parfois pour réclamer la reconnaissance de la liberté syndicale, appelée aussi droit de coalition (autorisation des syndicats, protection contre les licenciements antisyndicaux, etc.). Les tensions sont vives et en l'absence d'une reconnaissance légale du droit de grève les grévistes sont souvent poursuivis en justice et même emprisonnés. Les autorités n'hésitent pas à faire appel à la police, voire à l'armée¹¹⁵.
53. Le 12 novembre 1918, au moment de la fin de la Première Guerre mondiale, qui a provoqué une importante misère sociale également en Suisse, est déclenchée une grève générale nationale portée par des revendications de nature politique et syndicale : garantie de l'approvisionnement alimentaire, élections à la proportionnelle, droit de vote des femmes, semaine de travail de 48 heures, introduction d'une assurance-vieillesse, etc. La grève générale, qui est suivie par quelque 250'000 personnes, se déroule généralement dans le calme. Un incident

¹¹⁰ CS CIT-BRUCHEZ, art. 356 N 12.

¹¹¹ TF 4A_64/2018 du 17 décembre 2018, consid. 4.2.

¹¹² DEGEN ET AL., p. 25.

¹¹³ DEGEN ET AL., p. 31.

¹¹⁴ ANDERMATT, N 6.

¹¹⁵ ANDERMATT, N 48.

grave a toutefois lieu à Granges lorsque des officiers donnent l'ordre de tirer sur la foule ; trois jeunes horlogers sont alors tués¹¹⁶. Le 13 novembre, le Conseil fédéral répond par la mobilisation de quelque 100'000 soldats et fixe un ultimatum aux grévistes. La grève prend fin rapidement¹¹⁷. Ces événements seront à l'origine de réformes politiques importantes et marqueront l'évolution du droit social¹¹⁸. La grève générale de 1918 demeure dans la mémoire collective comme un événement marquant de l'histoire syndicale et de l'émancipation du mouvement ouvrier en Suisse¹¹⁹.

54. Alors que la grande majorité de la doctrine admettait que le droit de grève était garanti, implicitement, par l'art. 56 de la Constitution fédérale de 1874, le Tribunal fédéral a pour sa part longtemps laissé ouverte la question de la reconnaissance d'un tel droit.
55. Dans son célèbre arrêt *Eschler-Urania*, rendu en 1985, notre Haute Cour lia le caractère licite d'une grève à l'existence de quatre conditions cumulatives : elle devait être appuyée par une organisation jouissant de la capacité de conclure des conventions collectives de travail, poursuivre des objectifs pouvant être réglementés dans une CCT, ne pas porter atteinte à l'obligation de maintien de la paix du travail et ne pas être disproportionnée (conditions qui se retrouvent globalement dans la jurisprudence actuelle). Le Tribunal ne prit cependant pas position sur l'existence d'un droit de grève conforme à la Constitution, ni sur la question de savoir si une grève licite portait atteinte au contrat de travail¹²⁰.
56. Il a fallu attendre un arrêt du 28 juin 1999, postérieur à l'adoption de la nouvelle Constitution fédérale (18 avril 1999), mais antérieur à son entrée en vigueur, pour que le Tribunal fédéral reconnaisse l'existence du droit de grève dans l'ordre juridique suisse¹²¹ !
57. Depuis le 1^{er} janvier 2000, date d'entrée en vigueur de la Constitution de 1999, la licéité de la grève est reconnue expressément à l'art. 28 consacré à la liberté syndicale. En effet, selon l'alinéa 3 de cette disposition, 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* ». Par sa formulation, cette disposition constitutionnelle rappelle que, selon la tradition qui prévaut en Suisse, les parties doivent prioritairement rechercher des solutions consensuelles lors d'un conflit collectif de travail¹²².

¹¹⁶ DEGEN ET AL., p. 115.

¹¹⁷ DEGEN ET AL., p. 115.

¹¹⁸ MAHON, pp. 315 s.

¹¹⁹ ANDERMATT, N 48.

¹²⁰ ATF 111 II 245.

¹²¹ ATF 125 III 277.

¹²² WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 1088.

58. Selon la jurisprudence, la licéité d'une grève est subordonnée à l'existence de quatre conditions cumulatives : elle doit se rapporter à la relation de travail, ne pas violer l'obligation de maintenir la paix du travail, être proportionnée et être soutenue par une ou plusieurs organisations de travailleurs ayant la capacité de conclure une CCT¹²³. Alors que les deux premières conditions se retrouvent expressément dans le texte de l'art. 28 al. 3 Cst. fédérale, et que l'on peut déduire implicitement la troisième de l'art. 28 al. 2 Cst. (négociation et médiation) et de l'art. 28 al. 3 *in fine* Cst. fédérale (conciliation), la quatrième ne paraît pas résulter du texte de l'art. 28 Cst. fédérale¹²⁴.
59. Selon l'art. 28 al. 3 Cst., l'employeur a la possibilité d'engager une riposte collective à la grève en organisant un « *lock-out* » qui peut prendre la forme de la fermeture de l'entreprise, voire du licenciement de l'ensemble des employés, les non-grévistes comme les grévistes¹²⁵.
60. Alors que la gestation de la reconnaissance du droit de grève dans l'ordre juridique suisse a été longue et laborieuse, rappelons que le législateur fédéral a adopté dès le mois de juin 1914, à l'occasion d'une révision de la loi sur les fabriques, des dispositions en matière de prévention et de gestion des conflits collectifs de travail. Ainsi, selon l'art. 30 de la loi sur les fabriques, toujours en vigueur, les cantons doivent instituer des offices de conciliation permanents dans le but de régler à l'amiable les conflits collectifs de travail¹²⁶. Par ailleurs, en 1949, un mécanisme institutionnel de règlement des conflits collectifs débordant les limites d'un canton a été mis sur pied, par l'adoption de la loi fédérale concernant l'office de conciliation en matière de conflits collectifs de travail, encore en vigueur¹²⁷.

4. Les droits de participation

61. Les syndicats n'ont pas le monopole de la représentation collective des travailleurs. Celle-ci peut, en effet, dans certaines circonstances, s'exercer par l'intermédiaire des représentations élues du personnel au sein des entreprises. Une telle possibilité révèle le caractère dual de la représentation collective, lequel ne va pas sans créer, parfois, des formes de concurrence entre les deux types de représentation et les personnes impliquées.

¹²³ TF 4A_64/2018 du 17 décembre 2018, consid. 4.2. Cf. WYLER/HEINZER/WITZIG, pp. 1089 ss.

¹²⁴ Cf. AUBERT/MAHON, art. 28 Cst. N 11 ss.

¹²⁵ AUBERT/MAHON, art. 28 Cst. N 8.

¹²⁶ Cf., dans le présent ouvrage, les contributions de CIARLEGLIO et de WYLER.

¹²⁷ Loi fédérale du 12 février 1949, RS 821.42.

62. Les premières représentations du personnel sont déjà apparues en Suisse avec l'essor des grandes entreprises industrielles¹²⁸. Mais c'est seulement en 1993, avec l'adoption de la loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises, que le Parlement donna un cadre légal national à cette institution¹²⁹.
63. La loi sur la participation régit le dialogue social au sein de chaque entreprise privée entre l'employeur et les travailleurs qu'il emploie¹³⁰. La loi s'applique à toutes les entreprises privées qui, en Suisse, occupent des travailleurs en permanence (art. 1 LParticipation). Elle prévoit trois niveaux de participation : l'information, la consultation et la codécision¹³¹. La représentation des travailleurs défend, envers l'employeur, les intérêts communs des travailleurs (art. 8 LParticipation).
64. Selon son art. 10, les droits de participation s'exercent notamment lors d'un transfert de l'entreprise au sens des art. 333 et 333a CO et lors de licenciements collectifs au sens des art. 335d à 335g CO. On peut y ajouter notamment l'hypothèse de la négociation d'un plan social au sens des art. 335h et 335i CO.
65. Le droit suisse relatif à la participation des travailleurs est inspiré du droit de l'Union européenne¹³². Ainsi, le Tribunal fédéral ne s'interdit pas de se référer aux directives européennes pour interpréter le droit suisse relatif au transfert d'entreprise¹³³ ou aux licenciements collectifs¹³⁴.

IV. Le droit d'accès des syndicats au lieu de travail

66. Il n'existe pas, dans la législation de droit interne suisse, de disposition qui ne traiterait expressément des modalités, ni même du principe, d'un droit des représentants syndicaux d'accéder aux locaux de l'entreprise pour informer les employés de leurs droits, diffuser de la propagande syndicale et recruter de nouveaux membres¹³⁵.
67. La question est controversée en doctrine¹³⁶. Certains auteurs ne reconnaissent un droit d'accès des représentants syndicaux que de manière restrictive, par exemple

¹²⁸ WITZIG, N 1908.

¹²⁹ Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (Loi sur la participation) du 17 décembre 1993, RS 822.14.

¹³⁰ Cf. DUNAND/MAHON/BOUVERAT ET AL., pp. 42 ss ; WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 1287.

¹³¹ Cf. WYLER/HEINZER/WITZIG, pp. 1289 ss.

¹³² WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 1285 s.

¹³³ ATF 132 III 32, consid. 4.1.

¹³⁴ ATF 137 III 27, consid. 3.1.

¹³⁵ Cf. DUNAND/LEMPEN/DE JESUS/LEUBA/PERDAEMS, N 461.

¹³⁶ Pour un panorama de divers avis doctrinaux, cf. ATF 144 I 50, consid. 4.3.

lorsque l'entreprise est liée par une CCT qui reconnaît l'obligation des parties d'assurer la liberté syndicale, ou alors uniquement dans le contexte d'une grève ou de la préparation d'une grève¹³⁷. D'autres, en revanche, déduisent directement de l'art. 28 Cst. fédérale un droit d'accès à l'entreprise pour diffuser des tracts ou autres publications, indépendamment d'une grève ou d'une réglementation résultant d'une convention collective de travail¹³⁸.

68. Après avoir laissé la question ouverte de savoir si l'on pouvait déduire directement de l'art. 28 Cst. fédérale un droit d'accès général des syndicats à une entreprise¹³⁹, le Tribunal fédéral a rendu deux arrêts importants sur la question, qui peuvent paraître contradictoires. En effet, dans la première décision, rendue par la Cour pénale dans le cadre de l'accès à une entreprise privée, notre Haute Cour a considéré que le droit d'accès n'était pas une composante indispensable de la liberté syndicale et que les syndicalistes qui étaient entrés sans autorisation sur le parking de l'entreprise s'étaient rendus coupables d'une violation de domicile (**section A**)¹⁴⁰. Alors que dans la seconde, rendue par la deuxième Cour de droit public, le Tribunal fédéral a jugé que le droit des représentants syndicaux d'accéder à des locaux d'une administration publique constituait une composante essentielle de la liberté syndicale (**section B**)¹⁴¹. Il conviendra d'opérer une synthèse, dans laquelle ces deux arrêts seront mis en relation (**section C**).

A. Entreprise privée

69. Présentons tout d'abord la décision de la Cour pénale¹⁴². Au début du mois de septembre 2009, des secrétaires syndicaux se sont présentés devant un bâtiment situé dans le canton de Genève, qui abrite un hôtel-restaurant. Ils souhaitent informer les employés de l'établissement de l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2010, des nouvelles conditions de travail prévues par la convention collective nationale de l'hôtellerie et la restauration. En l'absence des administrateurs exploitants, ils ont été reçus par une employée de l'établissement qui leur a demandé de prendre un rendez-vous avant d'espérer pouvoir entrer. Par courriel du 16 septembre 2009, l'accès à l'établissement a été refusé aux représentants syndicaux. L'avocat des administrateurs leur a indiqué ensuite qu'ils n'avaient aucun droit de pénétrer dans les locaux afin d'y distribuer des tracts informatifs. Le 7 octobre, vers 14h30, plusieurs représentants syndicaux ont toutefois pénétré dans l'enceinte de l'établissement et se sont rendus tant sur le parking réservé à la clientèle que sur celui des employés pour apposer sur les véhicules qui s'y

¹³⁷ Cf., par exemple, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 357a N 7.

¹³⁸ Cf., par exemple, ANDERMATT, N 38.

¹³⁹ TF 5P_482/2002 du 5 mai 2003, consid. 4.2.

¹⁴⁰ TF 6B_758/2011 du 24 septembre 2012.

¹⁴¹ ATF 144 I 50.

¹⁴² TF 6B_758/2011 du 24 septembre 2012.

trouvaient, notamment ceux des clients, des tracts relatifs à la convention collective.

70. Par jugement du 3 mars 2011, le Tribunal de police genevois a reconnu les syndicalistes coupables de violation de domicile et les a condamnés à une peine de dix jours-amende, dont le montant variait en fonction de la situation de chacun d'eux, avec sursis pendant trois ans. Par arrêt du 10 octobre 2011, la Chambre d'appel et de révision de la Cour de justice genevoise a rejeté l'appel formé par les condamnés. Ceux-ci ont formé un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral contre cet arrêt. Selon les recourants, le principe de la liberté syndicale, consacré par l'art. 28 Cst. fédérale, confère aux syndicats un droit d'accès aux entreprises. Il en résultait, selon eux, que les représentants syndicaux pouvaient se prévaloir d'un fait justificatif (cf. art. 14 CP) permettant d'exclure le caractère illicite de leur comportement et donc toute condamnation pour violation de domicile (cf. art. 186 CP).
71. La Cour pénale du Tribunal fédéral a rejeté les arguments et le recours des représentants syndicaux. Tout d'abord, les juges de Mon-Repos ont considéré que les recourants ne pouvaient « *tirer argument* » des conventions de l'OIT pour interpréter l'art. 28 Cst. fédérale, dans la mesure, où mêmes ratifiées par la Suisse, de telles conventions « *ne sont cependant pas directement applicables et ne peuvent être invoquées directement par les particuliers* » (consid. 1.3.3).
72. Par ailleurs, selon notre Haute Cour, le principe de la liberté syndicale devait céder le pas, dans le cas d'espèce, à la garantie de la propriété (cf. art. 26 Cst. fédérale ; art. 641 CC), selon laquelle le propriétaire d'une entreprise « *est 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. [fédérale.] 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...* » (consid. 1.3.4).
73. Enfin, la Cour pénale du Tribunal fédéral a encore examiné s'il existait un motif justificatif non prévu par la loi, comme la sauvegarde d'intérêts légitimes. Elle a considéré, dans ce cadre, que les représentants syndicaux ne pouvaient se prévaloir d'un tel motif, car leurs actes ne constituaient pas le seul moyen possible pour la défense d'intérêts légitimes (consid. 2).
74. En effet, comme l'autorité cantonale l'avait noté, les recourants disposaient de moyens licites pour informer les employés des intimés : ils auraient pu, par exemple, se poster sur les vingt premiers mètres du chemin qui menait au

restaurant, demeurant ainsi sur la voie publique. L'autorité cantonale avait relevé « *que d'autres moyens, moins incisifs, étaient encore concevables, comme demander aux intimés la liste des employés afin de les contacter par courrier postal ou électronique ou pour le moins agir à une heure creuse de manière à éviter d'importuner la clientèle* » (consid. 2).

75. Le Tribunal fédéral a largement validé cette interprétation : « Dans ces circonstances, force est de constater que les recourants auraient eu la possibilité d'atteindre leur but, qui était d'informer les employés de l'établissement des intimés sur les conditions de travail prévues par la nouvelle convention collective, sans pénétrer dans l'enceinte du domaine » (consid. 2).
76. Notons que dans un arrêt de 2019, relatif au conflit survenu à l'Hôpital de la Providence à Neuchâtel, la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral s'est référée à l'arrêt de 2012 et a confirmé que la liberté syndicale ne pouvait constituer un fait justificatif d'une violation de domicile que lorsque l'accès à l'entreprise s'opérait dans le cadre d'une grève licite¹⁴³.

B. Administration publique

77. Le second arrêt important, celui de la deuxième Cour de droit public du Tribunal fédéral, de 2017, s'est inscrit dans un contexte différent, puisqu'il ne concernait pas l'accès à une entreprise privée, mais aux locaux d'une administration publique cantonale¹⁴⁴.
78. Les faits de la cause peuvent être résumés comme suit. Par résolution du 29 novembre 2011, le Conseil d'Etat tessinois a communiqué aux associations du personnel du canton du Tessin les règles suivantes :

« L'accès aux locaux de l'administration cantonale est en principe interdit pour toute activité syndicale.

La Chancellerie cantonale peut toutefois autoriser, sur demande préalable, des réunions à caractère syndical, qui se tiendront dans les salles de réunion de l'administration, avec les membres du personnel de l'Etat qui sont affiliés aux associations syndicales concernées, pour autant que les réunions portent sur des thèmes spécifiques relatifs aux relations de travail et qu'elles soient organisées en dehors des horaires usuels de travail.

¹⁴³ TF 6B_1010/2018 du 1^{er} juillet 2019, consid. 2.2.

¹⁴⁴ ATF 144 I 50.

La pose d'affiches et la distribution de dépliants ou journaux périodiques sont autorisées moyennant le dépôt des documents auprès des services d'information et des concierges des bâtiments de l'administration cantonale, qui se chargeront de les exposer dans des lieux prévus à cet effet ».

79. Débouté par le Tribunal administratif du canton du Tessin, le Syndicat suisse des services publics (SSP/VPOD) a interjeté le 2 juin 2015 un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral dans lequel il demandait l'annulation de l'arrêt cantonal, ainsi que l'annulation de la résolution du Conseil d'Etat. En substance, le syndicat faisait valoir que l'interdiction opposée aux syndicats d'accéder aux locaux de l'administration cantonale lésait de manière inadmissible aussi bien le principe de la liberté syndicale que celui de la liberté d'opinion et d'information, tous deux garantis autant par la Constitution fédérale que par divers textes de droit international.
80. Relevons, à titre liminaire, que sur la question de la possibilité de tenir compte des instruments de l'OIT, le Tribunal fédéral a, dans cette affaire, opté pour une solution totalement différente de celle retenue dans l'arrêt de 2012. En effet, selon notre Haute Cour, il n'importe pas (ou plus) de déterminer dans quelle mesure les Conventions OIT n° 87 et 98 ont un caractère *self-executing*, puisque leur contenu se recouvre partiellement avec celui des art. 11 CEDH et 22 Pacte ONU II dont le caractère obligatoire a été reconnu par le Tribunal fédéral, alors même que leur contenu n'est pas plus précis que celui des conventions pertinentes de l'OIT (consid. 5.3.3).
81. Après une analyse détaillée des fondements, de droit interne (consid. 4.1) et de droit international (consid. 4.2), de la liberté syndicale, la deuxième Cour de droit public s'est penchée sur le droit d'accès des syndicats aux locaux de l'administration, en précisant qu'elle ne s'était encore jamais clairement prononcée sur la question (consid. 5). Notre Haute Cour a présenté les opinions doctrinales divergentes sur le droit d'accès (consid. 4.3) et considéré que l'arrêt de la Cour pénale de 2012 n'était pas applicable en l'espèce, puisque le droit d'accès au lieu de travail concernait, ici, des bâtiments publics et non pas des biens-fonds privés (consid. 5.1-2).
82. La seconde Cour de droit public du Tribunal fédéral a précisé ensuite que la liberté syndicale constituait un droit de défense à l'encontre de l'Etat, qui imposait à ce dernier de s'abstenir en particulier d'adopter des mesures de droit privé ou de droit pénal susceptibles de rendre plus difficile ou d'empêcher l'action syndicale. L'Etat ne doit donc pas, en empêchant les représentants syndicaux d'accéder aux locaux de l'administration, rendre plus difficile toute une série de composantes essentielles de la liberté syndicale, comme l'acquisition de nouveaux membres, la communication entre le syndicat et ses membres, la surveillance de la bonne application d'une convention collective de travail ou la mobilisation des travailleurs en vue d'une possible grève (consid. 5.3.1).

83. Finalement, prenant appui sur l'interprétation de l'art. 28 Cst. fédérale, ainsi que sur l'interprétation des conventions n° 87 et 98 de l'OIT, telle qu'elle résulte de la pratique des organes de contrôle de cette organisation internationale (soit le Comité de la liberté syndicale, CLS, et la Commission d'experts pour l'application des conventions et des recommandations, CEACR), le Tribunal fédéral a considéré que, dans le secteur public, le droit des représentants syndicaux d'accéder aux locaux de l'Etat lorsque celui-ci exerce le rôle d'employeur constituait une « *composante essentielle de la liberté syndicale collective au sens de l'art. 28 Cst. fédérale* » (consid. 5.4). Les représentants syndicaux ont ainsi le droit d'entrer en contact avec les membres du syndicat, afin que leur soit garantie la possibilité effective d'exercer toutes les activités susceptibles de maintenir le caractère opérationnel de l'organisation et de poursuivre ses objectifs (consid. 5.4).
84. Comme toute autre liberté constitutionnelle, le droit d'accès n'est toutefois pas absolu et ses modalités doivent être convenues avec l'employeur de droit public. Des restrictions ne sont cependant admissibles que si elles se fondent sur une base légale, qu'elles sont justifiées par un intérêt public et qu'elles sont proportionnées (art. 36 Cst. fédérale). En l'espèce, notre Haute Cour a considéré que si la résolution tessinoise poursuivait bien un intérêt public pertinent (consid. 6.4.1), elle était toutefois disproportionnée et prévoyait une restriction excessive de la liberté syndicale (consid. 6.4.2.2 et 6.4.3).
85. En conclusion, le Tribunal fédéral a préconisé que les syndicats et les services de l'administration compétents négocient de bonne foi afin de convenir des modalités d'un droit d'accès qui garantisse le bon fonctionnement de l'activité administrative et des institutions publiques. Si un tel accord s'avérait impossible, l'autorité était en droit de le réglementer de manière unilatérale en respectant le principe de proportionnalité (consid. 6.4.3).

C. Synthèse

86. Même si les arrêts de la Cour pénale (2012) et celui de la Cour de droit public (2017) concernent des questions spécifiques (locaux privés et locaux publics) mettant en œuvre des normes différentes (droit pénal et droit public), on peut légitimement se demander s'ils ne sont pas contradictoires. Dans l'arrêt de 2017, le plus développé et le mieux argumenté sur la question, le Tribunal fédéral a pris soin de limiter la portée de l'arrêt de 2012. Ainsi, selon la 2^e Cour de droit public, la Cour pénale ne s'est pas prononcée de manière « *systématique* » sur l'éventuelle exigence de reconnaître un droit d'accès comme résultant directement de la liberté syndicale ; elle s'est limitée à faire prévaloir, dans le contexte du cas d'espèce, la garantie de la propriété privée sur la liberté syndicale (consid. 5.2).

87. Selon l'état actuel de la jurisprudence du Tribunal fédéral, il existe ainsi un doute quant à la question de savoir si le droit d'accès des syndicats aux lieux de travail ne concerne que les administrations publiques ou également les entreprises privées¹⁴⁵. Dans l'ATF 144 I 50, notre Haute Cour a indiqué : « *La questione dell'accesso dei rappresentanti sindacali alla proprietà privata può invero rimanere indecisa* » (la question de l'accès des représentants syndicaux à la propriété privée peut rester indéterminée)¹⁴⁶.
88. L'apport des avis des organes de contrôle de l'OIT est ici primordial¹⁴⁷. Le droit d'accès y est considéré comme un droit dérivé de la liberté syndicale, soit une composante essentielle pour assurer son exercice effectif. Ce droit existe autant dans les administrations publiques que dans les entreprises privées. Par ailleurs, il n'est pas limité au contexte d'une grève ou de la mise en œuvre d'une convention collective de travail. Enfin, il est indépendant des droits conférés aux représentants des travailleurs au sein de l'entreprise (cf. par exemple art. 11 al. 2 LParticipation). En revanche, le droit d'accès n'existe que si au moins un employé de l'entreprise concernée est membre du syndicat qui souhaite accéder aux lieux de travail.
89. Comme l'a relevé le Tribunal fédéral, le « *droit d'accès aux bâtiments administratifs est une composante essentielle de la liberté syndicale* »¹⁴⁸. Aucune raison ne permet de douter qu'il ne constituerait plus une composante essentielle, dès lors qu'il s'agirait de l'accès aux locaux d'une entreprise privée. D'ailleurs, la plupart des sources citées dans l'ATF 144 I 50 portent sur la liberté syndicale en général, voire plus spécifiquement sur le droit d'accès aux entreprises privées, et non sur le droit d'accès aux locaux de l'administration¹⁴⁹.
90. Admettre que le droit d'accès existe quelle que soit la nature de la relation de travail (fonction publique ou secteur privé) correspond en outre à une tendance claire, dans notre ordre juridique, de rapprochement progressif du droit de la fonction publique et du droit privé du travail¹⁵⁰.
91. Si le principe du droit d'accès doit ainsi être reconnu aussi bien aux locaux d'une administration publique qu'à ceux d'une entreprise privée, ses modalités d'exercice dépendent nécessairement du contexte, des normes spécifiques applicables (de droit public, de droit pénal ou de droit privé), ainsi que de l'évaluation du principe de la proportionnalité.

¹⁴⁵ Cf. WYLER/HEINZER/WITZIG, pp. 1107 s.

¹⁴⁶ ATF 144 I 50, consid. 5.3.

¹⁴⁷ Cf. DUNAND/WITZIG, pp. 229 ss, et les nombreuses références citées. Voir aussi VACOTTO, p. 1433.

¹⁴⁸ ATF 144 I 50, consid. 5.4.

¹⁴⁹ Cf. DUNAND/LEMPEN/DE JESUS/LEUBA/PERDAEMS, N 461.

¹⁵⁰ Cf. DUNAND/LEMPEN/DE JESUS/LEUBA/PERDAEMS, N 55 ss.

92. Il faut, dans tous les cas, tenir compte des besoins légitimes de l'employeur, dans le cadre d'une harmonisation des droits fondamentaux (liberté syndicale, liberté économique, garantie de la propriété) et procéder à une pesée des intérêts en présence. Comme l'a relevé le Comité de la liberté syndicale, le droit d'accès ne doit pas entraver le fonctionnement efficace de l'entreprise intéressée ou porter préjudice au fonctionnement de l'entité publique concernée.
93. La prise en compte de la jurisprudence du Tribunal fédéral, ainsi que des avis des organes de contrôle de l'OIT, permettent de dresser les lignes directrices suivantes. Tout d'abord, les modalités du droit d'accès devraient faire l'objet de discussions et négociations, de bonne foi, entre les partenaires sociaux de la branche, de l'entreprise ou de l'administration concernée¹⁵¹.
94. Dans ce sens, certaines conventions collectives contiennent des clauses visant à permettre aux syndicats d'accéder à l'entreprise à des fins d'information du personnel ou de recrutement de nouveaux membres. Ainsi, l'art. 17.2 de la CCT Coop 2022 prévoit que les « *organisations de travailleurs contractantes peuvent afficher à l'intention de leurs membres les invitations aux réunions et assemblées ainsi que les communications et supports publicitaires aux endroits prévus à cet effet. Les campagnes de recrutement des membres sont également autorisées. Leurs modalités sont réglées par le Code de conduite (voir art. 9.3)* ». Autre exemple, l'art. 9.3 de la CCT in globo (2020-2023) dispose : « *Les entreprises sont favorables aux associations de travailleurs. Elles donnent l'assurance aux associations de travailleurs contractantes qu'elles les autorisent à effectuer des démarches en vue de recruter des membres, pour autant qu'il n'en résulte pas de perturbations dans le travail* ». L'art. 5 de la CCT Sunrise UPC/syndicom 2023 prévoit, quant à lui, que « *syndicom dispose de 4 heures au maximum par année pour organiser des assemblées d'information pendant le temps de travail des employé-e-s. Dans le cadre de ces assemblées, la direction de Sunrise est habilitée à exprimer son opinion et à présenter la position de Sunrise* ».
95. A défaut d'accord, l'employeur a la possibilité de régler de manière unilatérale le droit d'accès. Les éléments suivants peuvent être prévus : annonce préalable, avec un préavis adéquat, de la visite des locaux ; accès aux locaux pendant ou en dehors des heures de travail usuelles ; nombre de visites limité par année ; possibilité de remettre des dépliants ou autres informations écrites aux heures d'entrée et de sortie du personnel (sans entrer dans les locaux).
96. L'employeur peut aussi favoriser un moyen considéré comme moins intrusif que l'accès aux locaux, à savoir l'accès à son réseau informatique¹⁵². L'employeur devrait être tenu de fournir au syndicat, à sa demande, la liste des employés et de leurs adresses électroniques professionnelles, afin qu'il puisse les contacter par

¹⁵¹ ATF 144 I 50, consid. 6.4.3.

¹⁵² Cf. ORDOLLI, pp. 222 ss.

courriel ou une page dédiée sur l’Intranet de l’entreprise¹⁵³. Avec le développement de nouvelles formes d’organisations du travail, en particulier le télétravail, il est de plus en plus fréquent que des employés n’exécutent plus leur prestation de travail dans les locaux de leur employeur¹⁵⁴. Il est donc opportun de développer le droit à l’accès au réseau informatique afin que la liberté syndicale puisse être effectivement exercée. On peut citer dans ce contexte l’art. 5 de la CCT Sunrise UPC/syndicom 2023 : « *Sunrise soutient syndicom dans son droit d’information. L’accès à l’entreprise et aux locaux de l’entreprise ainsi que l’accès aux employé-e-s via l’Intranet est accordé à syndicom après entente préalable avec Sunrise* ».

V. La protection contre les licenciements antisyndicaux

97. Le concept de congé abusif apparaît dans le CO à l’occasion de la révision totale du titre X^e (sur le contrat de travail) de 1971. Le périmètre de protection est toutefois limité puisqu’il ne concerne que les cas de licenciement pour cause de service militaire ou de service civil (cf. art. 336g aCO). Il faudra attendre la révision partielle des dispositions sur le contrat de travail de 1988 pour que le principe du congé abusif soit généralisé (art. 336 à 336b CO)¹⁵⁵. Depuis l’entrée en vigueur du nouveau régime, en 1989, le CO contient des règles spécifiques concernant les licenciements antisyndicaux. En outre, ont été adoptées, en 1993, des dispositions sur le licenciement collectif (art. 335d à 335g CO), qui trouvent leur origine dans le droit européen¹⁵⁶. Ces dispositions ont été complétées, par des règles sur le plan social (art. 335h à 335k CO), adoptées en 2013¹⁵⁷.
98. Au sens large, les activités syndicales peuvent être de diverses natures, telles que le fait d’être membre d’un syndicat, de déployer une activité de délégué syndical au sein d’une entreprise ou d’exercer une fonction de représentation des collègues de travail¹⁵⁸. Le CO régit ces différentes situations. Ainsi, selon l’art. 336 al. 2 let. a CO, est considéré comme abusif le congé 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 (**section A**). Par ailleurs, selon l’art. 336 al. 2 let. b CO, est considéré comme 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 (**section B**). La sanction des licenciements antisyndicaux est la même que pour les autres licenciements

¹⁵³ TF 6B_758/2011 du 24 septembre 2012, consid. 2.

¹⁵⁴ Cf. PÄRLI, p. 1455.

¹⁵⁵ Cf. CS CIT-DUNAND, art. 336 N 6.

¹⁵⁶ RO 1994 804 ; FF 1993 I 757.

¹⁵⁷ RO 2013 4111 ; FF 2010 5871.

¹⁵⁸ DUNAND/MAHON/BOUVERAT ET AL., pp. 53 ss.

abusifs. Le caractère abusif d'un congé n'affecte pas sa validité (il n'est ni nul ni annulable) et il n'y a pas, sous le régime du CO, de droit à la réintégration¹⁵⁹. En revanche, le travailleur licencié de manière abusive a droit une indemnité dont le montant est fixé par le juge, mais correspondant au plus à six mois de salaire (cf. art. 336a al. 1 et 2 CO)¹⁶⁰. Demeure la question de l'amélioration *de lege lata* ou *de lege ferenda* de la protection contre les licenciements antisyndicaux (section C).

A. Protection des membres d'un syndicat ou des personnes exerçant une activité syndicale (art. 336 al. 2 let. a CO)

99. L'art. 336 al. 2 let. a CO instaure une protection spéciale de la liberté syndicale garantie à l'art. 28 Cst.¹⁶¹, en lui conférant un effet horizontal direct dans les relations entre employeurs et employés du secteur privé¹⁶². Elle vise deux cas. La disposition protège, premièrement, la liberté syndicale positive, soit le fait de fonder, d'adhérer ou de rester membre d'un syndicat, aussi bien que la liberté syndicale négative, soit le droit de ne pas faire partie ou de démissionner d'un syndicat. Pour que le congé soit considéré comme abusif, il ne suffit pas que le travailleur soit syndiqué ou non, il faut que le congé lui ait été donné parce qu'il est syndiqué¹⁶³.
100. Deuxièmement, la disposition protège également l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale, c'est-à-dire la possibilité d'informer l'ensemble des travailleurs sur le rôle et l'organisation des syndicats, la nécessité de défendre, le cas échéant, les droits des travailleurs, ainsi que le renforcement de l'organisation syndicale sur le lieu de travail¹⁶⁴. La protection n'existe que pour les employés syndiqués¹⁶⁵. Pour que le congé soit abusif, il doit exister un lien de causalité entre l'activité syndicale exercée conformément au droit et le licenciement¹⁶⁶.
101. Les CCT ou les règlements d'entreprise précisent souvent les modalités de l'exercice de l'activité syndicale¹⁶⁷. La liberté syndicale englobe, par exemple le recrutement de nouveaux membres, l'exercice de tâches pour le syndicat, comme

¹⁵⁹ TF 4A_372/2016 du 2 février 2017, consid. 5.3.

¹⁶⁰ Cf. CS CIT-DUNAND, art. 336 N 9.

¹⁶¹ TF 4A_485/2015 du 15 février 2016, consid. 3.1 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 336 N 11, p. 1029.

¹⁶² CAPH/GE du 18 avril 2002, consid. 23, *in* : JAR 2003, p. 281.

¹⁶³ TF 4A_485/2015 du 15 février 2016, consid. 3.1 ; TC/FR du 19 janvier 1998, consid. 4, *in* : RFJ 1998, p. 68.

¹⁶⁴ TF 4A_485/2015 du 15 février 2016, consid. 3.1 ; TC/FR du 19 janvier 1998, consid. 4, *in* : RFJ 1998, p. 68.

¹⁶⁵ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 336 N 45, p. 274.

¹⁶⁶ TF 4A_485/2015 du 15 février 2016, consid. 3.1 ; TF 4A_169/2013 du 18 juin 2013, consid. 4.1.2.

¹⁶⁷ DUNAND/MAHON/MATTHEY/RUSSO, N 328.

la négociation d'une CCT, la participation à des négociations salariales, la récolte de signatures ou la distribution d'une revue syndicale¹⁶⁸.

102. Pour que l'activité syndicale soit protégée, il faut qu'elle soit exercée conformément au droit, c'est-à-dire qu'elle respecte le contrat et la loi, ainsi que les dispositions de la CCT ou du contrat-type de travail applicables¹⁶⁹. Parmi les activités contraires au droit, on peut citer le refus injustifié de travailler, en particulier lors de la participation à une grève illicite, de même que toute manifestation syndicale qui génère de la violence ou la destruction de biens appartenant à l'employeur¹⁷⁰. Il faut toutefois tenir compte du fait que l'intervention d'un syndicat pour appuyer un affilié ou l'exercice d'une activité syndicale par le travailleur lui-même sont inévitablement la source potentielle d'une certaine tension au sein de l'entreprise, laquelle devrait être tolérée par l'employeur¹⁷¹.
103. L'employeur a, en principe, le droit de limiter l'exercice de l'activité syndicale par contrat (avec l'accord de l'employé), règlement ou directives (cf. art. 321d CO), pour autant que cette limitation repose sur des motifs objectifs, tels le souci de la bonne marche de l'entreprise ou les rapports avec la clientèle¹⁷². Sous peine de rendre inopérant l'exercice d'une activité syndicale et la protection contre le congé y relative, l'employeur ne saurait toutefois interdire à son personnel toute activité syndicale¹⁷³.

B. Protection des représentants élus des travailleurs (art. 336 al. 2 let. b CO)

104. L'art. 336 al. 2 let. b CO a pour but d'assurer aux représentants élus des travailleurs la protection nécessaire, afin qu'ils puissent défendre effectivement les intérêts de ceux-ci sans craindre des sanctions de leur employeur¹⁷⁴. La protection concerne en particulier les représentants élus des travailleurs, au sens des art. 5 à 7 LParticipation¹⁷⁵. Elle vise, plus généralement, les travailleurs élus dans toute commission au sein de laquelle, seuls ou à plusieurs, ils accomplissent une activité de représentation de leurs collègues, par exemple : commission de négociation ou de travail ; comité de sécurité ; conseil de fondation de

¹⁶⁸ Cf. CS CIT-DUNAND, art. 336 N 63 et les références citées en nbp 206.

¹⁶⁹ TF 4A_485/2015 du 15 février 2016, consid. 3.1 ; TF du 9 janvier 1995, consid. 5a/aa, *in* : JAR 1996, p. 198.

¹⁷⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 336 N 11, p. 1029.

¹⁷¹ CCC/NE du 8 août 2000, consid. 2, *in* : RJN 2000, p. 124.

¹⁷² CAPH/GE du 18 avril 2002, consid. 30, *in* : JAR 2003, p. 281.

¹⁷³ DUNAND/LEMPEN/DE JESUS/LEUBA/PERDAEMS, N 457 ; SCHWAAB, p. 42.

¹⁷⁴ TF 4D_14/2014 du 7 juillet 2014, consid. 4.1 ; TF 4C.459/1996 du 12 août 1997, consid. 2, *in* : JAR 1998, p. 199.

¹⁷⁵ WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 873.

prévoyance ; commission paritaire ; commission d'entreprise ; institution liée à l'entreprise, etc.¹⁷⁶. Les suppléants sont également protégés¹⁷⁷. On ne devrait pas exiger le respect de règles formelles trop strictes pour reconnaître le statut de représentant élu¹⁷⁸. Ainsi, un représentant est généralement élu par un vote formel, mais il peut aussi se prévaloir d'une approbation tacite de ses collègues de travail¹⁷⁹.

105. Comme cela ressort du texte clair de la disposition, la protection du travailleur nécessite uniquement un rapport de temps et nullement que le congé soit notifié parce que l'employé est un représentant élu des travailleurs¹⁸⁰. Le Tribunal fédéral a retenu qu'il était sans importance que la commission, en l'occurrence une commission paritaire, n'ait jamais fonctionné ; en effet, l'application de l'art. 336 al. 2 let. b CO ne présuppose pas que le représentant élu des travailleurs ait déployé une quelconque activité. Il suffit, pour que le caractère abusif du congé soit présumé en vertu de l'art. 336 al. 2 let. b CO, que celui-ci ait été notifié à l'employé pendant la durée de son mandat¹⁸¹. Il faut encore relever que, selon l'art. 336 al. 3 CO, la protection du représentant des travailleurs dont le mandat a pris fin en raison d'un transfert des rapports de travail au sens de l'art. 333 CO est maintenue jusqu'au moment où ce mandat aurait expiré si le transfert n'avait pas eu lieu¹⁸².
106. Le licenciement d'un représentant élu des travailleurs, pendant la durée de son mandat, est présumé abusif, à moins que l'employeur ne prouve qu'il avait un motif justifié de résiliation. Il s'agit d'un renversement du fardeau de la preuve¹⁸³. L'employeur ne doit pas seulement établir qu'il avait, ou aurait pu avoir un motif justifiant le congé ; il lui faut encore prouver que le congé litigieux a effectivement été notifié au travailleur pour ce motif-là¹⁸⁴.
107. La notion de « *motif justifié* », que l'on trouve aussi à l'art. 340c al. 2 CO¹⁸⁵, ainsi qu'à l'art. 10 al. 1 LEg, est moins restrictive que celle de « *juste motif* » au sens de l'art. 337 CO¹⁸⁶ : elle vise tout motif qui, pour un employeur raisonnable et pondéré ne permet pas d'éviter un licenciement, même s'il ne présente pas une

¹⁷⁶ CAPH/GE du 3 octobre 2007, consid. 3.2, *in* : JAR 2008, p. 409. Cf. aussi CS CIT-DUNAND, art. 336 N 64 et les références citées en nbp 229.

¹⁷⁷ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 336 N 48, p. 275.

¹⁷⁸ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 336 N 9, p. 382.

¹⁷⁹ DUNAND/MAHON/MATTHEY/RUSSO, N 330 ; SCHWAAB, p. 42 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 336 N 12, p. 1030.

¹⁸⁰ CCC/NE du 28 janvier 1991, consid. 2a, *in* : RJN 1991, p. 46.

¹⁸¹ TF 4C_459/1996 du 12 août 1997, consid. 2, *in* : JAR 1998, p. 199.

¹⁸² Cf. SUBILIA/DUC, art. 336 N 51, pp. 568 s.

¹⁸³ ATF 133 III 512, consid. 6.1 ; TF 4A_298/2015 du 13 avril 2016, consid. 3.

¹⁸⁴ TF 4D_14/2014 du 7 juillet 2014, consid. 4.1.

¹⁸⁵ Cf. ATF 92 II 31, consid. 3.

¹⁸⁶ TF 4A_387/2016 du 26 août 2016, consid. 5.5.

gravité suffisante pour justifier une résiliation immédiate¹⁸⁷. Le motif justifié peut être inhérent à la personne du travailleur, soit lié à ses performances ou à son comportement, ou être de nature objective (économique), soit lié à l'entreprise¹⁸⁸. Il n'est donc pas nécessaire que l'employé ait commis une faute¹⁸⁹.

108. On comptera comme motif inhérent à la personne du travailleur, les comportements qui violent les prescriptions d'une entreprise ou les dispositions contractuelles de telle manière qu'une collaboration fructueuse ne semble plus possible (absences répétées et non excusées, non-observation continue des instructions, travail effectué avec retard ou entaché d'erreurs)¹⁹⁰. Constitue ainsi un motif justifié de licenciement, au sens de l'art. 336 al. 2 let. b CO, la rupture du lien de confiance avec un cadre de l'entreprise qui enregistrait régulièrement sur un support personnel des données qui n'étaient pas liées à l'accomplissement de ses tâches, créant ainsi une base de données parallèle à celle de l'employeur¹⁹¹. En revanche, la manière dont le représentant élu assume son mandat de représentation des autres travailleurs ne devrait pas être prise en considération¹⁹². Ne peut dès lors être considéré comme un motif justifié le fait que le travailleur prenne des positions contraires aux intérêts de l'employeur dans le cadre de ce mandat¹⁹³.
109. Certains auteurs sont d'avis qu'un motif d'ordre purement économique ne saurait constituer un « motif justifié » au sens de l'art. 336 al. 2 let. b CO, car c'est justement en cas de difficultés économiques que la représentation des travailleurs doit pouvoir jouer efficacement son rôle de défense des intérêts des travailleurs¹⁹⁴. Dans un arrêt de principe, le Tribunal fédéral a cependant rejeté ce raisonnement en considérant qu'un congé donné pour un motif économique n'est en principe pas abusif pour autant qu'il ne soit pas lié à l'activité du travailleur en sa qualité de représentant élu des travailleurs ou qu'il ne constitue pas un simple prétexte pour licencier celui-ci¹⁹⁵. Dans un autre arrêt, également publié aux ATF, notre Haute Cour a précisé que l'interprétation littérale, historique et téléologique de l'art. 336 al. 2 let. b CO n'excluait pas qu'un motif

¹⁸⁷ CAPH/GE du 3 octobre 2007, consid. 3.4, in : JAR 2008, p. 409.

¹⁸⁸ TF 4A_387/2016 du 26 août 2016, consid. 5.5 ; TF 8C_541/2015 du 19 janvier 2016, consid. 6.

¹⁸⁹ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 336 N 49, p. 276 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 336 N 12, p. 1031.

¹⁹⁰ TC/VD du 4 avril 1995, consid. 4b-c, in : JAR 1997, p. 172 ; CCC/NE du 28 janvier 1991, in : RJN 1991, p. 46.

¹⁹¹ TF 4A_387/2016 du 26 août 2016, consid. 5.5.

¹⁹² BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, art. 336 N 18 ; SCHWAAB, p. 44.

¹⁹³ TF 4D_14/2014 du 7 juillet 2014, consid. 4.2.2. Cf. aussi STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 336 N 12, p. 1033.

¹⁹⁴ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 336 N 9, p. 383.

¹⁹⁵ ATF 133 III 512, consid. 6.

économique puisse constituer un « *motif justifié* »¹⁹⁶. Ces jurisprudences ont été confirmées à plusieurs reprises¹⁹⁷.

110. L'employeur doit démontrer que la situation économique dans laquelle il se trouvait concrètement justifiait qu'il licencie un ou plusieurs de ses employés¹⁹⁸. Ainsi, une restructuration d'entreprise fondée sur des motifs économiques objectifs, tenant par exemple à la prévention de difficultés envisageables dans la marche future des affaires, peut constituer un motif justifié propre à renverser la présomption selon laquelle le congé est abusif¹⁹⁹. Selon le Tribunal fédéral, l'employeur ne doit pas nécessairement attendre la survenance concrète de difficultés économiques. Il peut licencier à titre préventif, s'il anticipe des difficultés liées à l'exploitation de l'entreprise ou aux conditions du marché²⁰⁰.
111. Il résulte de la jurisprudence que le représentant élu ne bénéficie pas d'une protection accrue contre un congé fondé sur des circonstances économiques ; l'employeur n'est donc pas tenu d'appliquer des mesures de restructuration d'abord au détriment d'autres travailleurs²⁰¹. Pour échapper au grief d'abus, l'employeur devrait toutefois être en mesure d'établir les critères de sélection des travailleurs impactés²⁰². La mise au bénéfice d'un plan social peut constituer un élément de nature à exclure le caractère abusif du licenciement²⁰³.

C. Améliorations de la protection contre les licenciements antisyndicaux

112. La protection des victimes d'un licenciement antisyndical est relativement réduite dans le droit interne suisse, puisque la sanction est limitée au montant maximal de six mois de salaire de la personne concernée (cf. art. 336a CO). Certes, la loi prévoit un renversement du fardeau de la preuve en cas de licenciement d'un représentant élu des travailleurs (cf. art. 336 al. 2 let. b CO), mais la possibilité pour l'employeur de faire valoir un motif économique au titre de motif justifié limite la portée de la protection.
113. En date du 14 mai 2003, l'Union syndicale suisse a déposé une plainte contre la Suisse devant le Comité de la liberté syndicale de l'OIT, en alléguant que le droit

¹⁹⁶ ATF 138 III 359, consid. 6.

¹⁹⁷ TF 4A_656/2016 du 1^{er} septembre 2017, consid. 3.2 ; TF 4A_298/2015 du 13 avril 2016, consid. 3.

¹⁹⁸ TF du 9 janvier 1995, consid. 5b, *in* : JAR 1996, p. 198 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 336 N 49, p. 276.

¹⁹⁹ ATF 133 III 512, consid. 6.2-4.

²⁰⁰ ATF 133 III 512, consid. 6.2.

²⁰¹ ATF 133 III 512, consid. 6.

²⁰² WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 875.

²⁰³ WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 875.

interne suisse ne prévoyait pas de protection adéquate des victimes de licenciements antisyndicaux (cf. art. 1 Convention n° 98 OIT)²⁰⁴. Cette plainte, qui est toujours pendante, a donné lieu à une longue procédure, particulièrement complexe, dans laquelle plusieurs instances sont intervenues²⁰⁵. Dans une recommandation intérimaire du 15 novembre 2006, le Conseil d'administration du Bureau international du travail (BIT) a prié le Conseil fédéral de prévoir une révision du droit suisse permettant de réintégrer les représentants syndicaux victimes d'un licenciement antisyndical, à l'instar de ce qui est prévu en matière d'égalité entre femmes et hommes (cf. art. 10 al. 1 LEg). Au mois de juin 2019, le Conseil fédéral a souhaité mettre en place une médiation confidentielle externe à l'administration fédérale dans le but de trouver un accord entre les partenaires sociaux en vue d'une réforme législative.

114. En 2022, la CEACR (organe de contrôle de l'OIT) a rédigé une observation à l'attention du Conseil fédéral. On y trouve notamment, les remarques suivantes qui sont intéressantes à citer pour une bonne compréhension du contexte : *« La commission note avec regret l'absence d'évolution sensible sur ce dossier, tout en reconnaissant les efforts du gouvernement pour continuer à favoriser le dialogue social en vue d'aboutir à une solution. Dans ces conditions, la commission ne peut que rappeler que : i) bien que la convention n'exige pas des Etats qu'ils introduisent la réintégration du travailleur dans leur législation, celle-ci constitue le remède le plus efficace aux actes de discrimination antisyndicale et ii) lorsqu'un pays opte en revanche pour un système d'indemnisation en cas de licenciement antisyndical, celle-ci doit remplir certaines conditions, et en particulier : i) être plus élevée que celle prévue pour les autres types de licenciement, afin de dissuader de manière efficace celui-ci ; et ii) être adaptée à la taille de l'entreprise concernée (Etude d'ensemble de 2012 sur les conventions fondamentales, paragr. 182-185). Relevant que les efforts du gouvernement pour favoriser un accord entre les partenaires sociaux sur cette question s'étendent maintenant à de nombreuses années, la commission souligne que, s'il n'est pas possible de trouver un consensus, il incombe alors au gouvernement de prendre les décisions nécessaires pour respecter des conventions internationales du travail qu'il a ratifiées. **Tout en espérant que la médiation en cours permettra d'aboutir à un accord, la commission prie le gouvernement de prendre les mesures nécessaires pour assurer la pleine conformité avec la convention de la législation et de la pratique en matière de protection contre le licenciement antisyndical. La Commission prie le gouvernement de fournir des informations sur les progrès réalisés à cet égard** »* [les caractères gras sont repris de la version originale]²⁰⁶.

²⁰⁴ Sur la protection contre les licenciements antisyndicaux abusifs selon le droit de l'OIT, cf. MAHON, La protection, pp. 374 ss.

²⁰⁵ Sur l'ensemble de la procédure et ses conséquences, cf. DUNAND/WITZIG, pp. 143 ss.

²⁰⁶ Observation de la CEACR adoptée en 2022 et publiée en 2023 lors de la 111^e session de la Conférence internationale du travail (consultable sur le site Internet Normlex.ilo.org).

115. On comprend de l'observation susmentionnée que, selon la CEACR, le respect de la convention n° 98 de l'OIT nécessite une protection spécifique contre les licenciements antisyndicaux qui doit prendre l'une des deux formes suivantes : soit, la possibilité d'annuler le licenciement et de prévoir la réintégration dans l'entreprise, soit le paiement d'une indemnité dissuasive plus élevée que pour les autres types de licenciement et dont l'ampleur tient compte de la taille de l'entreprise.
116. La tentative de médiation entre les représentants des partenaires sociaux, intervenue sous l'office du médiateur externe désigné par la Confédération, n'a finalement pas abouti. Au mois de décembre 2023, Monsieur Guy Parmelin, chef du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR), l'a formellement suspendue.
117. Le dossier a toutefois connu une évolution remarquable dans le cadre du train de mesures visant à garantir la protection des salaires que nous avons évoqué plus haut. En effet, dans sa séance du 21 mars 2025, le Conseil fédéral a proposé comme quatorzième mesure une amélioration de la protection contre les licenciements des représentants élus des travailleurs, pour les membres d'un organe d'une institution de prévoyance professionnelle et pour les membres des comités de branche nationaux actifs dans le cadre d'une CCT étendue. Il est prévu que le contenu précis de la réforme législative soit rendu public au mois de juin 2025, soit après la publication de la présente contribution.
118. Dans l'attente d'une éventuelle réforme législative (amélioration de la protection *de lege ferenda*), on peut constater que les Conventions collectives de travail contiennent souvent des règles relatives à la protection des travailleurs contre des licenciements antisyndicaux au sens large (*de lege lata*)²⁰⁷.
119. Ainsi, certaines conventions comprennent des règles prévoyant des procédures détaillées préalables au licenciement (avertissement, entretien, consultation d'un syndicat, etc.). Selon le Contrat collectif de travail pour l'industrie graphique 2025-2026, par exemple, si une entreprise envisage de licencier un représentant du personnel, « *elle est tenue de le lui annoncer préalablement par écrit en énonçant les motifs de cette décision* » (art. 306 ch. 2). Dans les trois jours ouvrables suivant la réception de la communication, la personne concernée « *peut demander au moyen d'une objection écrite un entretien entre la direction et la représentation du personnel sur l'intention de licenciement. Cet entretien doit avoir lieu dans les 3 jours ouvrables suivant la réception de l'objection* » (art. 306 ch. 3). A la demande d'une des parties, les partenaires sociaux « *peuvent être consultés pour clarification et médiation* » (art. 306 ch. 3). La procédure ne doit pas dépasser le délai d'un mois, voire deux mois après une période de mandat de quatre ans (art. 306 ch. 4). La CCT de l'industrie des machines, des

²⁰⁷ Cf. AUBERT, pp. 147 ss ; DUNAND/MAHON/BOUVERAT ET AL., pp. 154 ss.

équipements électriques et des métaux 2023-2028 prévoit une procédure similaire (cf. art. 38.5).

120. Plusieurs conventions collectives contiennent des clauses desquelles on peut déduire une forme de restriction au droit de licencier des représentants des travailleurs. Ainsi, selon le Contrat collectif de travail pour l'industrie graphique précité, les membres élus de la représentation des travailleurs ainsi que les représentant-e-s élu-e-s aux conseils de fondation des institutions de prévoyance « *ne seront ni licenciés ni désavantagés en raison de leur activité normale en tant que représentant-e-s du personnel* » (art. 306 ch. 1). En outre, si l'employeur souhaite notifier un licenciement pour une autre raison et si la personne concernée a soulevé une objection, « *un éventuel licenciement peut intervenir au plus tôt* » après un mois, respectivement deux mois pour un mandat de quatre ans, à partir de la communication de l'employeur (art. 306 ch. 4).
121. La CCT des industries horlogère et microtechnique suisses 2024-2029 mérite également d'être citée dans ce contexte. Elle prévoit qu'un délégué syndical en titre ou ses adjoints « *ne peuvent pas être licenciés pour des motifs en relation avec leur activité de délégué syndical ; demeurent réservés les cas d'abus. Ces cas sont préalablement discutés entre le secrétaire patronal, le secrétaire syndical et la direction de l'entreprise* » (art. 4.6 ch. 9). Des règles de protection similaires sont prévues pour les membres des commissions du personnel (art. 4.3.9 ch. 6).
122. La question des conséquences d'une violation de ces règles conventionnelles est controversée²⁰⁸. Sans trancher définitivement la question, le Tribunal fédéral a considéré que lorsqu'un « *accord spécifique des parties soumet la résiliation du contrat individuel de travail à des conditions ou modalités particulières, il semble que l'éventuelle violation de ces conditions ou modalités doit soit entraîner l'invalidité du congé, soit engager la responsabilité contractuelle de la partie en faute ; il est en revanche douteux que la partie lésée puisse se prévaloir d'un licenciement abusif selon l'art. 336 CO. En d'autres termes, il est douteux que l'accord des parties puisse créer des cas supplémentaires de licenciement abusif* »²⁰⁹.
123. Dans un autre arrêt rendu la même année, notre Haute Cour a interprété l'art. 17.2 de la Convention collective cadre genevoise du commerce de détail 2008-2010 lequel interdisait la discrimination ou le licenciement d'un employé en raison de son activité exercée en qualité de représentant des travailleurs, de délégué syndical ou de membre d'une commission du personnel. Selon le Tribunal fédéral, dans la mesure où cette disposition ne prévoyait aucune sanction spéciale en cas de violation de la norme, on ne pouvait pas en déduire, par voie

²⁰⁸ Cf. DUNAND/MAHON/BOUVERAT ET AL., pp. 156 ss ; WYLER/HEINZER/WITZIG, pp. 856 s.

²⁰⁹ TF 4A_92/2012 du 3 juillet 2012, consid. 6.5.

d'interprétation, que les parties avaient voulu la nullité ou l'annulabilité des congés qui y contreviendraient ; il s'agissait en réalité d'un complément qui s'insérait dans le système légal, de sorte que sa violation ne trouvait pas d'autre sanction que celle prévue par l'art. 336a CO²¹⁰. On a pu déduire de cette jurisprudence, par un raisonnement *a contrario*, qu'il aurait été possible aux parties de prévoir un régime de sanction spécifique aux licenciements antisyndicaux, tel que la nullité du congé (?) qui aurait dérogé au régime légal prévu à l'art. 336a CO²¹¹.

124. Fruit de la négociation entre les partenaires sociaux et se trouvant dans de nombreuses CCT, les règles spécifiques en matière de protection des travailleurs contre des licenciements antisyndicaux au sens large confèrent aux clauses conventionnelles une légitimité évidente et une influence importante sur la pratique des entreprises concernées. Leur portée juridique doit toutefois être évaluée de cas en cas par le biais de l'interprétation de la volonté réelle des parties²¹².

VI. Conclusion

125. Le droit collectif du travail est l'un des piliers du droit du travail. Il s'est construit progressivement, souvent en réaction aux revendications ouvrières. L'intégration de la liberté syndicale dans la Constitution fédérale du 18 avril 1999 en a constitué une sorte de consécration.
126. L'essor du droit collectif et la réalisation du principe de la liberté syndicale reposent également sur les sources de droit international. Nous avons vu, par exemple, l'influence du droit de l'OIT sur la question du droit d'accès des syndicats au lieu de travail ou sur celle de la protection contre les licenciements antisyndicaux. Nous avons également évoqué les réformes successives de la législation interne (en matière d'extension du champ d'application des CCT ou de lutte contre la sous-enchère salariale) comme mesures nationales accompagnant les accords bilatéraux avec l'Union européenne et ses Etats membres.
127. La vitalité du droit collectif du travail dépend cependant de l'existence de syndicats puissants et représentatifs. Or, ces derniers connaissent depuis quelques décennies années une réduction de leurs membres due certainement à plusieurs facteurs dont une perte d'attractivité de la cause syndicale et de la compréhension de leur utilité. Avec un affaiblissement continu du secteur secondaire, bastion historique des luttes syndicales, l'isolement des travailleurs du secteur tertiaire,

²¹⁰ TF 4A_316/2012 du 1^{er} novembre 2012, consid. 2.2.

²¹¹ Cf. DUNAND/MAHON/BOUVERAT ET AL., N 371.

²¹² Cf. WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 857.

lié au développement du numérique et des nouvelles formes d'organisation du travail (horaires libres, télétravail), le développement des robots ou de l'intelligence artificielle, qui se substituent aux employés, ou encore une forme de rejet du salariat et la tentation de favoriser des micro-entrepreneurs pseudo-indépendants, censés déployer leurs activités en dehors des relations de travail, les défis pour préserver l'outil syndical sont de taille²¹³ !

²¹³ Cf. ANDERMATT, N 8 ; LE GOFF, pp. 515 ss ; SUPLOT, pp. 62 ss.

Bibliographie

ANDERMATT ARTHUR, Liberté syndicale et droit de grève, *in* : Andermatt et al. (édit.), *Droit collectif du travail*, Bâle 2010, pp. 3 ss.

AUBERT GABRIEL, *Etudes de droit du travail*, Zurich 1995.

AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003.

AUBIN GÉRARD/BOUVERESSE JACQUES, *Introduction historique au droit du travail*, Paris 1995.

BERSET BIRCHER VALÉRIE/MEIER ANNE, *L'impact du droit international en droit suisse du travail*, *in* : Wyler (édit.), *Panorama III en droit du travail*, Berne 2017, pp. 579 ss.

BRUCHEZ CHRISTIAN/MANGOLD PATRICK/SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, *Commentaire du contrat de travail*, 4^e éd., Lausanne 2019.

DEGEN BERNARD ET AL., *Histoire et histoires des syndicats suisses*, Lausanne 2006.

DEWERPE ALAIN, *Histoire du travail*, Paris 2001.

DUNAND JEAN-PHILIPPE, *De l'esclave Stichus au chauffeur Uber – Six modalités du lien de subordination dans les relations de travail*, *in* : Wyler (édit.), *Panorama IV en droit du travail*, Berne 2023, pp. 209 ss (cité : DUNAND, *Relations de travail*).

DUNAND JEAN-PHILIPPE/LEMPEN KARINE, avec la collaboration de de Jesus Neïda/Leuba Alexandre/Perdaems Elsa, *Droit du travail*, 2^e éd., Bâle 2024.

DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (édit.), avec la collaboration de ZIMMERMANN CAMILLE, *Commentaire du contrat de travail*, 2^e éd., Berne 2022 (cité : CS CIT-AUTEUR).

DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL/BOUVERAT CATHERINE/BRÜGGER NICOLAS/HASSISSENE INÈS/MADER MÉLANIE, *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 (cité : DUNAND/MAHON/BOUVERAT ET AL.).

DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL/MATTHEY FANNY/RUSSO ALFIO, *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)*, Berne 2016.

DUNAND JEAN-PHILIPPE/WITZIG AURÉLIEN, *La Suisse et l'Organisation internationale du travail (OIT) – Fondamentaux et portée pratique*, Bâle 2022.

GNAEGI PHILIPPE, *Histoire, structure et financement des assurances sociales en Suisse*, Genève/Zurich 2024.

LE GOFF JACQUES, Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours, Rennes 2004.

MAHON PASCAL, Réglementation du travail, Lausanne 1984 (cité : MAHON, Réglementation).

MAHON PASCAL, L'évolution du droit social (1874-1998) et ses perspectives, *in* : Geiser/Schmid/Walter-Busch (édit.), Arbeit in der Schweiz des 20. Jahrhunderts, Berne/Stuttgart/Vienne 1998, pp. 293 ss (cité : MAHON, Evolution du droit social).

MAHON PASCAL, La protection contre les licenciements antisyndicaux abusifs selon l'OIT et la CEDH, *in* : PJA 3/2019, pp. 371 ss (cité : MAHON, La protection).

MÉDA DOMINIQUE, Le travail, Paris 2022.

OLSZAK NORBERT, Histoire du droit du travail, Paris 2011.

ORDOLLI GENEVIÈVE, Utilisation d'Internet et de l'intranet par les syndicats et les représentants élus des travailleurs, *in* : Dunand/Mahon (édit.), Internet au travail, Genève/Zurich/Bâle 2014, pp. 205 ss.

PÄRLI KURT, Betriebliche Zutrittsrechte der Gewerkschaften aus Arbeitsrecht und Gesamtarbeitsvertrag, *in* : PJA 11/2014, pp. 1454 ss.

PERRENOUD STÉPHANIE, L'évolution historique du droit de la relation de travail, *in* : Dunand/Mahon/Perrenoud (édit.), Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins : Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique, Genève/Zurich/Bâle 2017, pp. 1 ss.

RAPPART WILLIAM E., La Révolution industrielle et les origines de la protection légale du travail en Suisse, Genève/Zurich/Bâle 2008 [nouvelle réimpression de l'ouvrage paru en 1914].

REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Berner Kommentar – Der Arbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 331-355 und Art. 361-362 OR, 2^e éd., Berne 2014 (cité : BK-REHBINDER/STÖCKLI).

SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, Le licenciement en cas d'exercice de la liberté syndicale, *in* : plaidoyer 4/2011, pp. 38 ss.

SIMON-MUSCHEID KATHARINA (traduction de Martin Pierre-G.), Corporations, *in* : Dictionnaire historique de la suisse (DHS), version du 3 février 2015.

STÖCKLI JEAN-FRITZ, Berner Kommentar – Der Arbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 356-360 OR, 2^e éd., Berne 1999 (cité : BK-STÖCKLI, 1999).

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2012.

SUBILIA OLIVIER/DUC JEAN-LOUIS, Droit du travail – Eléments de droit suisse, Lausanne 2010.

SUPIOT ALAIN, Le droit du travail, Paris 2020.

TIMBAL PIERRE-CLÉMENT/CASTALDO ANDRÉ, Histoire des institutions publiques et des faits sociaux, Paris 2000.

TSCHUDI HANS PETER, La protection des travailleurs en droit suisse, Berne 1987.

VACOTTO BEATRIZ, Droit d'accès des représentants syndicaux aux lieux de travail : un élément fondamental de la liberté syndicale, *in* : PJA 2014, pp. 1433 ss.

WIDMER LÜCHINGER CORINNE/OSER DAVID (édit.), Basler Kommentar – Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7^e éd., Bâle 2020 (cité : BSK OR I-AUTEUR).

WITZIG AURÉLIEN, Droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2018.

WYLER RÉMY/HEINZER BORIS/WITZIG AURÉLIEN, avec la collaboration de HENDERICKX MAXIME, Droit du travail, 5^e éd., Berne 2024.