

Festschrift für Wolfgang Portmann

Herausgegeben von
Roland A. Müller
Roger Rudolph
Anton K. Schnyder
Adrian von Kaenel
Bernd Waas

Schulthess § 2020

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2020

ISBN 978-3-7255-8103-0

www.schulthess.com

La Suisse et la « liste noire » de l'Organisation internationale du travail (OIT)

JEAN-PHILIPPE DUNAND

Table des matières

I.	Introduction	125
II.	Caractéristiques principales de l'OIT	127
III.	Plainte de l'USS auprès du Comité de la liberté syndicale (2003).....	128
	A. Convention de l'OIT n° 98 et protection contre les licenciements antisyndicaux.....	129
	B. Contenu de la plainte de l'USS (2003).....	132
IV.	Interventions des organes de contrôle de l'OIT envers la Suisse	134
	A. Diversité des interventions	134
	1. Recommandations du Comité de la liberté syndicale	134
	2. Observations de la Commission d'experts	136
	3. Conclusions de la Commission des normes	138
	B. Valeur des avis des organes de contrôle.....	139
	1. Absence de valeur contraignante	139
	2. Autorité certaine.....	140
V.	Démarches du Conseil fédéral.....	141
	A. Avant-projet de réforme législative (2010–2012).....	142
	B. Demande d'une étude approfondie (2012–2017).....	142
	C. Médiation externe (2019–2020).....	143
VI.	Conclusions.....	144

I. Introduction

La Suisse est un membre originaire de l'Organisation internationale du travail (ci-après : OIT).¹ Notre pays est particulièrement concerné par les activités de l'Organisation du fait

¹ FF 1919 IV 567, 651 ; FF 1920 V 443, 455.

qu'il abrite le siège du Bureau international du travail (ci-après : BIT) depuis 1920.² Et pourtant, le 15 mai 2019, l'on apprenait que la Suisse était susceptible de figurer sur la « liste noire » des pays qui ne respectent pas les normes des conventions de l'OIT qu'ils ont ratifiées, établie par la Commission de l'application des normes de la Conférence internationale du travail (ci-après : CAN) et dont les cas seraient discutés lors de la 108^{ème} session de la Conférence (10–21 juin 2019), année du Centenaire de l'Organisation !

Il faut rappeler que suite à une plainte déposée en 2003 par l'Union syndicale suisse (ci-après : USS) auprès du Comité de la liberté syndicale (ci-après : CLS), les organes de contrôle de l'OIT ont reproché à la Suisse de ne pas conférer une protection adéquate aux employés qui sont victimes d'un licenciement antisyndical.

Finale­ment, le 11 juin 2019, il a été décidé, *in extremis*, ne pas inscrire la Suisse sur la liste noire restreinte dans la mesure où Monsieur le Conseiller fédéral Guy Parmelin, chef du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche, venait d'annoncer que le Conseil fédéral avait décidé de mettre sur pied, avec l'accord des partenaires sociaux, une médiation indépendante externe en vue de trouver une solution concrète.

Cette affaire nous paraît emblématique de la manière de fonctionner de l'OIT et des moyens que l'Organisation met en œuvre pour diffuser, interpréter et faire respecter les normes internationales du travail. Elle est aussi révélatrice du dialogue permanent qui existe entre les Etats (en l'occurrence la Suisse) et l'OIT.

Nous souhaitons consacrer à ces questions les lignes qui suivent. Nous traiterons de la plainte de l'USS (**chapitre III**), des interventions des organes de contrôle de l'OIT qu'elle a suscitées (**chapitre IV**) et des démarches entreprises par le Conseil fédéral suite aux demandes de l'OIT (**chapitre V**). Ces développements seront précédés d'une brève présentation des caractéristiques principales de l'OIT (**chapitre II**) et ponctués par quelques remarques conclusives (**chapitre VI**).

Nous sommes heureux de contribuer, modestement, à cet ouvrage destiné à rendre hommage à notre éminent collègue Wolfgang Portmann, dont les écrits et les réflexions portant sur le droit suisse et international du travail constituent des sources inépuisables de connaissance et d'inspiration. L'occasion aussi de lui dire le plaisir que nous avons éprouvé à collaborer avec lui pendant plus de dix ans à l'édition des livraisons successives du *Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts* (JAR) et de la revue *Arbeitsrecht / Droit du travail* (ARV-DTA).

² BARTOLOMEI DE LA CRUZ/EUZÉBY, L'Organisation internationale du travail, Paris 1997, p. 19.

II. Caractéristiques principales de l'OIT

L'OIT a été créée en 1919 dans le cadre du Traité sur les conditions de paix, qui est imposé à l'Allemagne par les Etats vainqueurs de la Première Guerre mondiale et signé dans la Galerie des Glaces du Château de Versailles en date du 28 juin 1919 (Traité de Versailles).³ L'OIT fonctionne comme une sorte d'agence technique de la Société des Nations (ci-après : SDN).⁴ Après la Seconde Guerre mondiale, la SDN est remplacée par l'Organisation des Nations Unies (ONU) ; l'OIT en devient la première institution spécialisée.⁵ Cent ans après sa création, soit en 2019, l'OIT ne comptait pas moins de 187 Etats membres.

L'Organisation comprend dès l'origine trois organes principaux, dont les attributions sont fixées dans sa Constitution : la Conférence internationale du travail (ci-après : CIT), organe législatif, le Conseil d'administration (ci-après : CA), organe exécutif, et le BIT, organe administratif (art. 2 Constitution OIT). En outre, elle nous semble pouvoir être caractérisée par les trois éléments suivants.⁶

Premièrement, l'OIT est une Organisation productrice de normes internationales du travail qui se trouvent principalement dans les conventions (en 2019, on en comptait 190, plus six protocoles) et les recommandations (en 2019, on en comptait 206). D'autres instruments à la portée très variable sont également élaborés, telles que les déclarations, les résolutions et les directives. Adoptées par la CIT, les conventions constituent les instruments les plus importants car elles sont destinées à créer des obligations internationales pour les Etats qui les ratifient. L'OIT classe les conventions en trois catégories : les conventions dites « fondamentales » qui régissent les droits fondamentaux au travail (huit conventions), les conventions dites « de gouvernance » qui concernent notamment la politique de l'emploi et l'inspection du travail (quatre conventions) et les conventions dites « techniques » qui comprennent toutes les autres. La Suisse a ratifié une soixantaine de conventions, y compris les huit conventions fondamentales.⁷

Deuxièmement, l'Organisation a mis en place divers mécanismes de contrôle des conventions ratifiées. Prévu dès l'origine, le système de contrôle a été concrétisé et étendu avec le temps. Toutes les procédures visent à exercer un contrôle de légalité et d'efficacité des

³ PÄRLI et al., *Arbeitsrecht im internationalen Kontext – Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht*, Zurich/Saint Gall 2017, N 43–44.

⁴ KOTT, *Quelles normes pour quelle justice sociale ? 100 ans d'histoire moderne*, in : *L'OIT et le droit social en Suisse : 100 ans et après ?*, Genève 2019, p. 8.

⁵ DUNAND/DREYER, *Protection des travailleurs*, in: *Introduction aux droits de l'homme*, Genève/Zurich/Bâle 2014, p. 203.

⁶ Pour une présentation des caractéristiques principales de l'OIT, cf. BERSSET BIRCHER/MEIER, *L'impact du droit international en droit suisse du travail*, in : *Panorama III en droit du travail*, Berne 2017, pp. 581 ss ; DUNAND, *La portée du droit de l'Organisation internationale du travail en Suisse (1919–2019)*, in : *Les aspects internationaux du droit du travail*, Genève/Zurich/Bâle 2019, pp. 60 ss ; PÄRLI et al. (n. 3), N 67 ss.

⁷ Cf. le site Normlex de l'OIT : www.ilo.org/dyn/normlex/fr > Ratification des conventions de l'OIT > Ratification par pays > Suisse.

conventions ratifiées. On peut distinguer le mécanisme de contrôle régulier des divers mécanismes de contrôle spécifiques. Le contrôle régulier consiste à réunir toutes les informations possibles sur la manière dont un pays respecte les engagements auxquels il est tenu.⁸ C'est ainsi que les Etats membres de l'Organisation doivent communiquer régulièrement des rapports au BIT, qui sont examinés par la Commission d'experts des conventions et recommandations (ci-après : CEACR). La Commission est composée d'une vingtaine d'experts éminents, qui sont choisis en raison de leurs qualités professionnelles (autorité juridique confirmée) et morales (impartialité et indépendance d'esprit reconnues).⁹ Le rapport annuel de la CEACR est transmis à la CAN, commission permanente tripartite de la CIT qui est composée de délégués des gouvernements, des employeurs et des travailleurs. Cette commission porte son attention sur les cas comportant généralement des manquements graves des Etats.¹⁰ Elle établit à cet effet la fameuse « liste noire », expression qui ne semble pas consacrée dans le langage officiel de l'OIT, mais qui a eu les faveurs des médias suisses ! La CAN fait ensuite rapport à la CIT en séance plénière. En plus d'être soumis au contrôle régulier, les Etats doivent collaborer aux mécanismes de contrôle spécifiques pour répondre en particulier aux allégations portées contre eux pour violation d'une convention. On distingue les réclamations, les plaintes et les plaintes devant le CLS.

Troisièmement, enfin, contrairement aux autres organisations internationales, l'OIT ne comprend pas seulement des représentants gouvernementaux, mais aussi des représentants des employés et des employeurs. Visant à établir des consensus, le principe du tripartisme est notamment appliqué au sein de la CIT, du CA et du CLS. Ce dernier est un organe tripartite permanent du CA, composé d'un président indépendant, de trois représentants d'Etats membres, de trois représentants des travailleurs et de trois représentants des employeurs.¹¹

III. Plainte de l'USS auprès du Comité de la liberté syndicale (2003)

La protection de la liberté syndicale est un élément crucial de l'action et des valeurs de l'OIT, qui apparaît déjà dans le préambule de la Constitution de l'OIT en 1919 et qui sera ensuite proclamée dans divers textes et déclarations, dont la Déclaration de Philadelphie de 1944 qui a été annexée à la Constitution.¹² Les principes généraux sont concrétisés dans divers instruments protégeant la liberté syndicale (liberté d'association et droit de négociation), dont les conventions de l'OIT n° 87 concernant la liberté syndicale et la protection

⁸ SERVAIS, *Droit international du travail*, Bruxelles 2015, N 1033.

⁹ SERVAIS (n. 8), N 1069.

¹⁰ SERVAIS (n. 8), N 1039.

¹¹ BARTOLOMEI DE LA CRUZ/EUZÉBY (n. 2), p. 59 ; SERVAIS (n. 8), N 1051.

¹² DUNAND/DREYER (n. 5), pp. 208 ss ; LA HOVARY, *Les droits fondamentaux au travail – Origines, statut et impact en droit international*, Paris 2009, p. 41 ; PÄRLI et al. (n. 3), N 274 et 1984.

du droit syndical et n° 98 concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective, qui font partie des huit conventions fondamentales de l'Organisation et des conventions ayant recueilli le plus de ratifications. Suite à l'adoption de ces deux conventions, l'OIT a considéré que le respect de la liberté syndicale et du droit de négociation collective devaient être soumis à une procédure de contrôle spécifique pour garantir que la liberté syndicale soit également respectée dans les pays qui n'ont pas ratifié ces conventions.¹³

C'est ainsi qu'a été instituée en 1951 la procédure de plainte devant le CLS, organe nouvellement créé à cet effet.¹⁴ Selon les règles établies, des organisations de travailleurs peuvent déposer plainte devant le CLS contre un Etat membre qui ne respecterait pas le principe de la liberté syndicale. Il doit s'agir de véritables organisations et non de groupements éphémères.¹⁵ Les plaignants ne sont pas tenus d'épuiser les voies de recours nationales avant de former la plainte. Le CLS peut en revanche tenir compte du fait qu'une affaire est pendante devant une juridiction nationale.¹⁶

Utilisant cette procédure, l'USS a déposé par communication du 14 mai 2003 une plainte contre la Suisse en alléguant que la législation helvétique ne respectait pas la convention de l'OIT n° 98 s'agissant de la protection contre les licenciements antisyndicaux. Après un examen de la protection offerte dans la convention n° 98 aux victimes de licenciements antisyndicaux (**section A**), nous évoquerons les aspects principaux de la plainte de l'USS (**section B**).

A. Convention de l'OIT n° 98 et protection contre les licenciements antisyndicaux

L'article 1 de la convention n° 98 traite de la protection contre les licenciements antisyndicaux. Avant de commenter cette disposition, nous prendrons soin de distinguer la portée des conventions n° 87 et n° 98 puisque toutes deux visent à protéger la liberté syndicale.

La convention n° 87 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical a été adoptée par la Conférence internationale du travail le 9 juillet 1948 et est entrée en vigueur le 4 juillet 1950. Elle a été ratifiée par 155 Etats, dont la Suisse. Approuvée par l'Assemblée fédérale le 26 novembre 1974, elle est entrée en vigueur pour la Suisse le 25 mars 1976.¹⁷ Son objectif principal est de protéger l'autonomie et l'indépendance des organisations de

¹³ OIT, Les règles du jeu – Une introduction à l'action normative de l'Organisation internationale du travail, Genève 2019, Edition du Centenaire, p. 114.

¹⁴ BERSET BIRCHET/MEIER (n. 6), pp. 585 s.

¹⁵ SERVAIS (n. 8), N 1053.

¹⁶ OIT (n. 13), p. 115.

¹⁷ RS 0.822.719.7.

travailleurs et d'employeurs par rapport aux pouvoirs publics, dans leur constitution, leur fonctionnement ou leur dissolution.¹⁸

Quant à la convention n° 98 concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective, elle a été adoptée le 1^{er} juillet 1949 et est entrée en vigueur le 18 juillet 1951. Elle a été ratifiée par 167 Etats, dont la Suisse. Approuvée par l'Assemblée fédérale le 18 mars 1999, elle est entrée en vigueur pour la Suisse le 17 août 2000.¹⁹ La convention apporte une protection supplémentaire aux travailleurs contre la discrimination antisyndicale, et aux organisations de travailleurs et d'employeurs à l'encontre d'une ingérence des uns vis-à-vis des autres.²⁰

On l'aura compris, ces deux conventions se complètent. Alors que la convention n° 87 s'intéresse aux relations des employeurs, des travailleurs et de leurs organisations avec les autorités publiques (rapports verticaux, protection de la liberté syndicale contre les ingérences de l'Etat), la convention n° 98 porte sur les relations entre les employeurs, les travailleurs et leurs associations respectives (rapports horizontaux, protection, principalement, de la liberté syndicale des travailleurs contre les ingérences des employeurs).²¹

Le CLS a précisé que le niveau de protection de l'exercice des droits syndicaux qui découle de ces deux conventions constituait un minimum qui peut évidemment être complété par des garanties supplémentaires qui sont adaptées aux ordres juridiques nationaux.²² Contrairement à de nombreuses conventions de l'OIT, la convention n° 87 et la convention n° 98 ne sont pas accompagnées de recommandations qui en préciseraient la mise en œuvre et les obligations des Etats les ayant ratifiées.²³

Nous nous concentrerons ici sur l'article 1 de la convention n° 98.²⁴ Selon cette disposition, les « travailleurs doivent bénéficier d'une protection adéquate contre tous actes de discrimination tendant à porter atteinte à la liberté syndicale en matière d'emploi » (§ 1). Une telle protection doit notamment s'appliquer en ce qui concerne les actes ayant pour but de subordonner l'emploi d'un travailleur à la condition qu'il ne s'affilie pas à un syndicat ou cesse de faire partie d'un syndicat (§ 2, lit. a) ou de congédier un travailleur ou de lui porter préjudice par tous autres moyens, en raison de son affiliation syndicale ou de sa participation à des activités syndicales en dehors des heures de travail ou, avec le consentement de

¹⁸ CEACR, Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales concernant les droits au travail à la lumière de la Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, Genève 2012, N 55.

¹⁹ RS 0.822.719.9.

²⁰ LA HOVARY (n. 12), p. 66.

²¹ LA HOVARY (n. 12), p. 66 ; SERVAIS (n. 8), N 256.

²² CLS, La liberté syndicale, Compilation des décisions du Comité de la liberté syndicale, Genève 2018, N 56.

²³ LA HOVARY (n. 12), p. 61.

²⁴ Pour un commentaire de cette norme conventionnelle, cf. DUNAND, La discrimination antisyndicale au sens de l'art. 1 de la Convention OIT n° 98 et sa portée en droit privé suisse du travail, in : L'OIT et le droit social en Suisse : 100 ans et après ?, Genève 2019, pp. 150 ss.

l'employeur, durant les heures de travail (§ 2, lit. b). La protection vise trois formes principales de discrimination antisyndicale : la discrimination à l'embauche, la discrimination en cours d'emploi et le licenciement discriminatoire.²⁵

Selon l'article 1, paragraphe 1 de la convention OIT n° 98, les travailleurs doivent bénéficier d'une « protection adéquate » contre les actes de discrimination antisyndicale. La portée de cette notion juridique indéterminée a donné lieu à de vifs débats dans notre pays.²⁶ Les organes de contrôle de l'OIT ont pour leur part donné de nombreux avis dans lesquels ils interprètent la notion.²⁷ En voici quelques lignes directrices.

Pour que les sanctions prévues dans les ordres juridiques nationaux à l'encontre d'un acte de discrimination syndicale puissent être considérées comme conférant une « protection adéquate », il faut qu'elles soient « suffisamment dissuasives ».²⁸ La protection peut être garantie par divers moyens, adaptés aux pays concernés, pour autant qu'ils puissent prévenir les actes de discrimination antisyndicaux ou y remédier efficacement. Les modes de réparation devraient cependant avoir pour but la réparation intégrale du préjudice subi tant sur le plan financier que professionnel.²⁹

Les organes de contrôle se sont souvent prononcés sur la question de la nature des sanctions qui devraient être ordonnées en cas de licenciement antisyndical. Selon la CEACR, sont compatibles avec la convention n° 98 les systèmes qui prévoient des mesures préventives comme la nécessité d'obtenir une autorisation préalable d'une autorité judiciaire, des indemnités et des sanctions suffisamment dissuasives, et/ou la réintégration des travailleurs licenciés.³⁰

Bien que la convention ne l'exige pas, la CEACR estime que la réintégration devrait au moins figurer parmi l'éventail des mesures pouvant être ordonnées par les autorités judiciaires en cas de licenciement antisyndical.³¹ La Commission considère en effet que la réintégration du travailleur licencié, accompagnée du versement d'indemnités rétroactives, constitue le moyen le plus approprié de remédier aux licenciements antisyndicaux. Elle précise encore que lorsqu'un pays opte pour un système d'indemnisation et d'amendes, l'indemnisation pour licenciement antisyndical devrait être plus élevée que celle prévue

²⁵ DUNAND (n. 24), pp. 158 ss.

²⁶ Cf. plus particulièrement AUBERT, Droit du licenciement : la Suisse « condamnée » par l'OIT ?, in : Piliers du droit social – Mélanges en l'honneur de Jacques-André Schneider, Berne 2019, pp. 261 ss.

²⁷ Cf. DUNAND (n. 24), pp. 154 ss ; MAHON, La protection contre les licenciements antisyndicaux abusifs selon l'OIT et la CEDH – Vers un changement de paradigme en droit suisse ?, in : AJP/PJA 3/2019, pp. 376 ss.

²⁸ CEACR (n. 18), N 193.

²⁹ CEACR (n. 18), N 193.

³⁰ CEACR (n. 18), N 182.

³¹ CEACR (n. 18), N 183.

pour d'autres types de licenciements et qu'elle devrait aussi être adaptée à la taille de l'entreprise concernée.³² Selon la CEACR, il n'apparaît pas qu'une protection suffisante soit accordée par une législation permettant en pratique aux employeurs, à condition de verser l'indemnité prévue par la loi interne pour tous les cas de licenciement injustifié, de licencier un travailleur lorsque le motif réel en est son affiliation ou son activité syndicale.³³

Quant au CLS, il a souvent demandé aux Etats concernés de garantir que les travailleurs qui ont été victimes de licenciements antisyndicaux soient réintégrés dans leur poste de travail, sans perte de rémunération.³⁴ Lorsqu'une réintégration s'avère impossible, pour des raisons objectives et impérieuses, les gouvernements doivent veiller à ce que soit versée aux travailleurs licenciés une indemnisation adéquate qui constitue une sanction suffisamment dissuasive.³⁵

Relevons enfin que les organes de contrôle ont indiqué que si la convention n° 98 requiert d'assurer une protection contre les actes de discrimination antisyndicale à l'égard de tous les travailleurs, la protection de la convention est particulièrement importante pour les délégués et représentants syndicaux.³⁶ En effet, pour pouvoir remplir leurs fonctions syndicales en pleine indépendance, ils doivent avoir la garantie qu'ils ne subiront pas de préjudice en raison du mandat syndical qu'ils détiennent.³⁷ Evidemment, les représentants syndicaux n'ont toutefois pas le droit à une immunité absolue qui les protégerait contre toute mesure alors qu'ils auraient commis des actes répréhensibles.³⁸ Les Etats doivent cependant veiller à leur assurer une protection spécifique.³⁹

B. Contenu de la plainte de l'USS (2003)

Dans sa plainte du 14 mai 2003, l'USS a allégué que la législation suisse protégeait mal les délégués et représentants syndicaux, en violation de l'article 1 de la convention n° 98.⁴⁰ A l'appui de sa plainte, elle a présenté, d'une part, les dispositions législatives applicables et, d'autre part, des exemples de licenciements qui démontreraient l'ampleur des pratiques antisyndicales en Suisse.

On rappellera qu'en droit suisse prévaut la liberté de chacune des parties de résilier le contrat de travail dans le respect des délais, même sans justification ou motifs particuliers, seul

³² CEACR (n. 18), N 185.

³³ CEACR (n. 18), N 180.

³⁴ CLS (n. 22), N 1163–1171.

³⁵ CLS (n. 22), N 1172–1177.

³⁶ CEACR (n. 18), N 186.

³⁷ CLS (n. 22), N 1117.

³⁸ CLS (n. 22), N 1119.

³⁹ SERVAIS (n. 8), N 298.

⁴⁰ La plainte a été répertoriée comme cas no 2'265 auprès du CLS. Sur la plainte et la procédure, cf. le site Normlex : www.ilo.org/dyn/normlex/fr > Contrôle de l'application des normes internationales du travail > Cas liberté syndicale > Suisse.

l'abus étant sanctionné.⁴¹ Le Code suisse des obligations (ci-après : CO) contient quelques règles en matière de congé abusif (art. 336 à 336b CO). Ces dispositions ne remettent pas en cause le principe de la liberté fondamentale pour l'employeur ou le travailleur de mettre fin unilatéralement au contrat de travail.⁴² Ainsi, le caractère abusif d'un congé n'en affecte pas sa validité. En effet, la victime d'un tel congé ne peut que solliciter le paiement d'une indemnité dont le montant est fixé par le juge, compte tenu de toutes les circonstances, mais correspondant au maximum à six mois de salaire du travailleur (art. 336a al. 2 CO). En revanche, il n'existe pas, sous le régime du CO, de possibilité de demander la réintégration.⁴³ Par ailleurs, il faut préciser que la personne victime d'un licenciement antisyndical ne bénéficie pas d'une protection supplémentaire, mis à part le cas spécifique du renversement du fardeau de la preuve lors du licenciement d'un représentant élu des travailleurs (cf. art. 336 al. 2 lit. b CO).

Selon l'USS, la pratique des tribunaux dans les années précédant le dépôt de la plainte consistait à n'allouer, dans la plupart des cas, que trois mois de salaire au maximum. Or, un tel montant n'aurait aucun effet dissuasif pour un employeur qui veut licencier un représentant syndical.

L'USS a également regretté que la législation suisse ne prévoit pas la réintégration dans l'entreprise des délégués syndicaux ou des représentants des travailleurs ayant été licenciés abusivement. En fait, seule la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995⁴⁴ (ci-après : LEg) réserve la possibilité d'ordonner la réintégration en cas de congé repréailles, soit lorsque la personne employée est licenciée par ce qu'elle s'est plainte sur son lieu de travail, devant un office de conciliation ou un tribunal, d'avoir subi une discrimination interdite par la loi (cf. art. 10 LEg).⁴⁵ L'USS était d'avis qu'une protection similaire devait être accordée aux représentants syndicaux.

Précisons encore qu'en date du 10 avril 2013, le Syndicat des services publics (ci-après : SSP) a lui aussi déposé une plainte contre la Suisse devant le CLS.⁴⁶ Par cette plainte, le SSP poursuivait globalement les mêmes objectifs que ceux poursuivis par l'USS. Le SSP s'est fondé sur les événements qui se sont déroulés à l'Hôpital de la Providence, dans le canton de Neuchâtel, en 2012–2013. Le SSP a dénoncé une insuffisance de la législation

⁴¹ Sur le régime du congé abusif en droit suisse, cf. DUNAND, Commentaire *ad* art. 336 CO, in : Commentaire du contrat de travail, Berne 2013 ; PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, Zurich/Saint Gall 2013, N 686 ss ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, Zurich/Bâle/Genève 2012, *ad* art. 336 CO ; WITZIG, Droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2018, pp. 264 ss ; WYLER/HEINZER, Droit du travail, Berne 2019, pp. 781 ss.

⁴² ATF 132 III 115, c. 2.1, JdT 2006 I 152.

⁴³ TF du 12 mars 1992, c. 3, in : SJ 1993 361.

⁴⁴ RS 151.1.

⁴⁵ Pour une analyse de l'art. 10 LEg, cf. PORTMANN/STÖCKLI (n. 41), N 725 ss.

⁴⁶ La plainte a été répertoriée comme cas no 3'023 auprès du CLS. Sur la plainte et la procédure, cf. le site Normlex : www.ilo.org/dyn/normlex/fr > Contrôle de l'application des normes internationales du travail > Cas liberté syndicale > Suisse.

suisse en matière de protection des travailleurs contre les congés donnés en cas d'exercice licite du droit de grève. Le SSP a conclu à ce que l'OIT constate que l'ordre juridique suisse n'est pas conforme aux normes de l'OIT et qu'elle invite la Suisse à modifier sa législation pour permettre la réintégration d'un travailleur licencié de manière abusive. La procédure devant le CLS est en cours. Sur le plan interne, des procédures judiciaires, de nature civile⁴⁷ et pénale,⁴⁸ ont été tranchées récemment par le Tribunal fédéral, au détriment des employés licenciés. L'avocat de ces derniers a semble-t-il porté l'affaire devant la Cour européenne des droits de l'homme.

IV. Interventions des organes de contrôle de l'OIT envers la Suisse

Suite au dépôt de la plainte de l'USS en 2003 contre le gouvernement suisse, divers organes de contrôle de l'OIT ont réagi. Après avoir fait l'inventaire des interventions (**section A**), nous nous interrogerons sur leur valeur ou force contraignante (**section B**).

A. Diversité des interventions

Plusieurs organes de contrôle de l'OIT ont donné leur avis sur la conformité ou plutôt la non-conformité au droit de l'OIT de la législation suisse applicable en matière de protection contre les licenciements antisyndicaux. On peut différencier les recommandations émises par le Comité de la liberté syndicale, dans le cadre de la procédure de contrôle spécifique découlant de la plainte déposée par l'USS (**sous-section 1**), des observations de la Commission d'experts (**sous-section 2**) et des conclusions de la Commission des normes (**sous-section 3**), dans le cadre du mécanisme de contrôle régulier.

1. *Recommandations du Comité de la liberté syndicale*

Après avoir admis la recevabilité d'une plainte, le CLS recueille toutes les informations utiles. Il établit notamment divers contacts avec le gouvernement concerné. Il peut aussi inviter les plaignants ou le gouvernement à fournir des renseignements complémentaires, étant entendu que ce dernier a la possibilité de donner la dernière réplique.⁴⁹

A l'issue de l'instruction du dossier, le CLS adopte un rapport qui prend l'une des formes suivantes :⁵⁰ rapport de suivi, dans lequel le comité demande à être tenu informé de l'évolution du cas et des mesures prises par l'Etat membre pour se conformer aux principes de la liberté syndicale ; rapport intérimaire, dans lequel le comité peut soit demander des in-

⁴⁷ TF 4A_64/2018 du 17 décembre 2018.

⁴⁸ TF 6B_1020/2018 du 1^{er} juillet 2019.

⁴⁹ SERVAIS (n. 8), N 1053–1058.

⁵⁰ OIT, Droit international du travail et droit interne, Turin 2009, p. 85.

formations complémentaires au gouvernement ou aux plaignants, soit demander au gouvernement de prendre les mesures nécessaires pour remédier à une situation spécifique et d'être tenu informé à cet égard ; ou enfin, rapport définitif, dans lequel le comité peut soit considérer que la plainte ne mérite pas un examen plus approfondi (par exemple, parce que les faits allégués ne constituent pas une atteinte à la liberté syndicale), soit au contraire demander au gouvernement de prendre les mesures nécessaires pour remédier aux anomalies ou encore porter à son attention l'importance de certains principes. Les rapports du CLS sont soumis au CA qui a pris l'habitude de les accepter sans apporter de modifications.

Dans le cas de la plainte contre le gouvernement de la Suisse présentée par l'USS, le CLS a rendu deux rapports intérimaires, le premier en 2004 et le second en 2006, tous deux approuvés par le CA.⁵¹

C'est ainsi que dans son rapport intérimaire de 2004,⁵² le CLS a donné la « recommandation » suivante : « Le comité invite le gouvernement, de concert avec les organisations d'employeurs et de travailleurs, à examiner la situation actuelle en droit et en pratique en matière de protection contre les licenciements pour motifs antisyndicaux afin que, à la lumière des principes exposés ci-dessus et si la discussion tripartite l'estime nécessaire, des mesures soient prises pour qu'une telle protection soit réellement efficace dans la pratique. Le comité demande au gouvernement de lui fournir des informations sur l'évolution de la situation... ».

L'on constate que dans ce premier rapport, le CLS a demandé au gouvernement suisse de vérifier, en collaboration avec les partenaires sociaux, si la législation suisse (« en droit ») et la manière dont elle est appliquée par les tribunaux (« en pratique ») offrait une protection « réellement efficace » aux personnes victimes de licenciements antisyndicaux. Le Conseil fédéral était également invité à fournir des informations sur des cas concrets de licenciement signalés par l'USS.

Suite à cette recommandation, le gouvernement suisse et l'USS ont donné des informations complémentaires portant notamment sur les protections accordées dans des cas réels de licenciements antisyndicaux. Ces divers éléments ont convaincu le CLS que la Suisse, en droit et en pratique, ne conférerait pas de « protection adéquate », au sens de l'article 1, paragraphe 1 de la convention n° 98. Le CLS a donc rédigé un second rapport intérimaire, en 2006,⁵³ dans lequel il a émis les quatre recommandations suivantes :

- « a) Le comité prie le gouvernement de prendre des mesures pour prévoir le même type de protection pour les représentants syndicaux victimes de licenciements antisyndicaux que pour ceux victimes de licenciements violant le principe d'égalité de traitement entre

⁵¹ On peut consulter les deux rapports sur le site Normlex : www.ilo.org/dyn/normlex/fr > Contrôle de l'application des normes internationales du travail > Cas liberté syndicale > Suisse > Cas no 2'265.

⁵² Cf. le 335^e rapport du Comité de la liberté syndicale.

⁵³ Cf. le 343^e rapport du Comité de la liberté syndicale.

hommes et femmes, y compris la possibilité d'une réintégration, eu égard aux principes fondamentaux mentionnés plus haut et conformément aux conventions n° 87 et 98 ratifiées par la Suisse.

- b) Le comité encourage la poursuite des discussions tripartites sur l'ensemble de la question, y compris la situation dans certains cantons relative aux indemnités pour licenciement antisyndical.
- c) Le comité demande au gouvernement de lui soumettre dès que possible ses commentaires relatifs aux dernières allégations de l'organisation plaignante contenues dans sa communication du 7 avril 2006.
- d) Le comité rappelle que l'assistance technique du Bureau est à la disposition du gouvernement ».

Les recommandations contenues dans ce rapport intérimaire sont représentatives de la palette des avis exprimés par le CLS : recommandation, de manière incisive, de modifier la législation suisse ; encouragement à poursuivre les négociations tripartites ; demande d'informations ou prise de position complémentaires ; et enfin, rappel de la disponibilité du BIT pour aider le gouvernement à trouver les solutions adéquates.

En 2009, le traitement de la plainte a été suspendu, en accord avec l'USS, dans l'attente (déçue) d'une réforme du droit suisse. En l'absence d'évolutions concrètes, l'USS a réactivé sa plainte en date du 19 septembre 2012. La procédure est toujours en cours.

2. *Observations de la Commission d'experts*

Dans le cadre du mécanisme de contrôle régulier, la CEACR examine les rapports reçus des gouvernements, ainsi que les observations des organisations d'employeurs et de travailleurs, afin d'évaluer si les pays appliquent correctement les conventions de l'OIT qu'ils ont ratifiées.⁵⁴ Elle rédige ensuite un rapport qui contient des commentaires généraux et un examen d'ensemble des lois et des pratiques relatives à un ou plusieurs instruments déterminés.⁵⁵

La CEACR peut décider d'adresser deux types de commentaires aux gouvernements, à savoir des demandes directes ou des observations.⁵⁶ Les demandes directes sont communiquées directement aux gouvernements concernés, sans être publiées, et visent généralement à obtenir des informations complémentaires ou des précisions sur les pratiques. Les cas de mauvaise application des conventions de l'OIT sont le plus souvent réglés au stade des demandes directes. Si tel n'est pas le cas, ou lorsque la question est particulièrement sensible, la Commission formule des observations qui sont alors publiées et communiquées à

⁵⁴ SERVAIS (n. 8), N 1038.

⁵⁵ SERVAIS (n. 8), N 1038.

⁵⁶ Cf. BARTOLOMEI DE LA CRUZ/EUZÉBY (n. 2) p. 55 ; OIT (n. 50), pp. 72 ss.

la CIT lors de sa prochaine session. Aucun Etat n'échappe à la vigilance de la CEACR. Ainsi, la Suisse reçoit chaque année des demandes directes et souvent aussi des observations.⁵⁷

Dans le domaine de la protection contre les licenciements antisyndicaux, la CEACR a été particulièrement active puisqu'elle a communiqué pas moins de sept observations au Conseil fédéral depuis 2005. Nous nous référerons ici aux observations de la Commission adoptées en 2008 et en 2018 qui nous paraissent particulièrement significatives.

Dans son observation de 2008,⁵⁸ la CEACR a indiqué que « les indemnités applicables pour licenciement abusif (jusqu'à six mois de salaire) peuvent avoir un caractère dissuasif pour les petites et moyennes entreprises mais n'ont pas ce caractère pour les entreprises à forte productivité ou pour les grandes entreprises ». La commission a dès lors demandé au Conseil fédéral de relancer le dialogue tripartite à la lumière de ses commentaires sur la question de la protection adéquate contre les licenciements antisyndicaux ». La CEACR a également prié le gouvernement « d'indiquer toute évolution de la jurisprudence quant aux indemnités allouées et aux modalités de réparation intégrale sur le plan professionnel en cas de licenciement abusif pour des motifs antisyndicaux, y compris au niveau des juridictions cantonales ». Enfin, la Commission a souhaité que les autorités judiciaires prennent « ses commentaires en considération ».

On trouve dans l'observation de 2018⁵⁹ les commentaires suivants : « La commission rappelle que la protection accordée aux travailleurs et aux dirigeants syndicaux contre les actes de discrimination antisyndicale constitue un aspect capital du droit syndical [...]. La commission souligne que l'indemnisation pour licenciement antisyndical 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 ; ii) être adaptée à la taille de l'entreprise concernée [...]. La commission espère que le dialogue tripartite ouvert que le gouvernement entend maintenir sur la question de la protection adéquate contre le licenciement antisyndical se poursuivra et permettra d'aboutir à une solution qui donne pleinement application à l'article 1 de la convention n° 98. La commission invite le gouvernement à faire état de tout fait nouveau à cet égard ».

Ces observations illustrent la méthode de dialogue qui caractérise les mécanismes de contrôle de l'OIT. En effet, la CEACR n'a pas pour fonction ou comme compétence de condamner les Etats qui violeraient les conventions ratifiées. Elle tente plutôt de leur rappeler

⁵⁷ Les diverses demandes directes et les observations de la Commission d'experts concernant la Suisse peuvent être consultées sur le site www.ilo.org/dyn/normlex/fr > Contrôle de l'application des normes internationales du travail > Contrôle par pays > Suisse.

⁵⁸ Cf. l'observation de la CEACR adoptée en 2008 et publiée en 2009 lors de la 98^{ème} session de la CIT.

⁵⁹ Cf. l'observation de la CEACR adoptée en 2018 et publiée en 2019 lors de la 108^{ème} session de la CIT.

la teneur de leurs obligations et de leur suggérer les moyens les plus appropriés pour qu'ils les mettent en œuvre.⁶⁰

Précisons que ces commentaires ont été donnés dans le cadre du mécanisme de contrôle régulier qui est indépendant du mécanisme de plainte devant le CLS. Les deux procédures n'en sont pas moins complémentaires. En effet, comme on peut le constater d'ailleurs dans le cas d'espèce de l'application de l'article 1 de la convention n° 98, la CEACR et le CLS œuvrent généralement dans le même sens sur la base des mêmes interprétations des instruments de l'OIT. Il y a un effort évident de coordination.⁶¹

3. *Conclusions de la Commission des normes*

Etape suivante du mécanisme de contrôle régulier, la CAN analyse et discute le rapport de la CEACR, en particulier les observations de celle-ci sur le respect des conventions ratifiées par les Etats membres.⁶² Comme nous l'avons vu, à partir des observations de la CEACR, la CAN établit une liste de cas de violation des instruments de l'OIT considérés comme les plus sérieux. Ce sont en réalité les délégués employeurs et travailleurs membres de la CAN qui établissent cette liste (« liste noire »).⁶³ Il peut arriver, comme en 2019, que soit élaborée une première liste plus large (*longlist*) visant une quarantaine de cas, qui est ensuite réduite dans une liste finale restreinte (*shortlist*) à environ vingt-cinq cas, lesquels seuls seront finalement pris en compte et discutés par la CAN.

A l'issue de ces travaux, la CAN adopte des conclusions dans lesquels elle exprime son point de vue sur le respect de la convention ratifiée par l'Etat membre et sur les actions qui devraient être prises par ce dernier.⁶⁴ Le rapport de la CAN est ensuite adopté par la CIF et publié dans son compte-rendu. Il est alors demandé aux Etats concernés de mettre leur législation ou leur pratique en conformité avec les conventions qu'ils ont ratifiées et d'indiquer le moment venu les mesures effectivement prises.⁶⁵ La CEACR peut se charger du suivi.

La Suisse a été placée une fois sur la « liste noire » de la CAN, non pas en 2019, puisqu'elle a été retirée de la liste restreinte, mais en 2006, précisément eu égard à la question de la liberté syndicale et de la protection contre les licenciements antisyndicaux. Notre gouvernement a ainsi dû apporter des explications devant les membres de la CAN et répondre à

⁶⁰ OIT (n. 50), p. 76.

⁶¹ SERVAIS (n. 8), N 1062.

⁶² OIT (n. 50), p. 79.

⁶³ OIT (n. 50), p. 79, note de bas de page 65.

⁶⁴ OIT (n. 50), p. 79.

⁶⁵ CHATTON, *Aspects de la justiciabilité des droits sociaux de l'Homme*, Berne 2012, pp. 53 ss.

leurs questions. Les conclusions écrites de la Commission des normes comportent les considérants suivants :⁶⁶ « Rappelant qu'il est important d'assurer une protection adéquate contre la discrimination antisyndicale et les actes d'ingérence, ainsi que la promotion effective de la négociation collective, comme le prévoit la convention n° 98, la commission a noté l'engagement pris par le gouvernement de soumettre un rapport en vue de son examen par la commission d'experts cette année et a prié le gouvernement de répondre intégralement aux commentaires formulés par l'Union syndicale suisse au sujet de l'application de la convention dans la pratique. Notant que des discussions tripartites ont déjà eu lieu en ce qui concerne plus particulièrement les mesures de protection contre la discrimination antisyndicale, la commission a invité le gouvernement à poursuivre un véritable dialogue avec les partenaires sociaux sur ces questions et à informer la commission d'experts de tout nouveau développement en la matière ».

L'action de la CAN illustre l'esprit et les méthodes qui sous-tendent les mécanismes de contrôle en accordant une place importante au dialogue, mais aussi à la pression médiatique que constitue pour les Etats membres l'obligation de s'expliquer devant un forum mondial tel que la CIT.⁶⁷

B. Valeur des avis des organes de contrôle

Nous avons vu que plusieurs organes de contrôle de l'OIT ont communiqué des avis au gouvernement suisse sur les démarches qui devraient être entreprises pour que notre pays se conforme aux exigences de la convention n° 98 en matière de protection contre les licenciements antisyndicaux. Qu'il s'agisse des recommandations du CLS, des observations de la CEACR ou des conclusions de la CAN, encore faut-il déterminer quelle est la valeur de tels avis ? On peut affirmer qu'ils n'ont, certes, pas de valeur contraignante (**sous-section 1**), mais ils ne sont pas moins revêtus d'une autorité certaine (**sous-section 2**).

1. Absence de valeur contraignante

La Constitution de l'OIT met en place certains mécanismes de contrôle sans toutefois conférer de valeur contraignante aux commentaires et recommandations des organes de contrôle vis-à-vis des Etats concernés (cf. art. 22 ss Convention OIT).

⁶⁶ Cf. les conclusions de la CAN publiée en 2006 lors de la 95^{ème} session de la CIT sur le site Normlex : www.ilo.org/dyn/normlex/fr > Contrôle de l'application des normes internationales du travail > Contrôle par pays > Suisse.

⁶⁷ OIT (n. 50), p. 79.

Il est admis que ces organes ne sont pas des autorités judiciaires. Ils ne rendent donc pas de jugements qui auraient un caractère exécutoire.⁶⁸ Leurs avis n'ont pas vocation à sanctionner un comportement, mais ils tendent plutôt à aider ou parfois à faire pression sur un Etat dans la mise en œuvre d'un instrument.⁶⁹

Dans le système de l'Organisation, seule la Cour internationale justice, dont le siège est à la Haye, a la compétence de trancher toutes questions ou difficultés relatives à l'interprétation de la Constitution et des conventions de l'OIT (cf. art. 37, § 1 Constitution OIT).

2. *Autorité certaine*

Cela étant, les organes de contrôle présentent certaines caractéristiques qui accordent à leurs travaux une importance et une légitimité qui ne sauraient être contestées. Ainsi, les membres de ces organes proviennent du monde entier (caractère universel) et ont généralement des connaissances spécifiques étendues des normes internationales du travail (spécialisation). Par ailleurs, la nature équilibrée de leurs avis résulte soit de leur organisation tripartite, en ce qui concerne le CLS et la CAN, soit de l'impartialité et de l'indépendance de leurs membres, en ce qui concerne la CEACR.⁷⁰

Globalement, l'autorité des avis des organes de contrôle de l'OIT résulte du fait que les Etats les prennent régulièrement en compte pour faire évoluer leur droit ou leur pratique dans le sens d'un meilleur respect des instruments de l'Organisation. Les exemples sont innombrables. Ainsi, le mécanisme de contrôle régulier a souvent montré une certaine efficacité, notamment pour les cas qui ont été sélectionnés pour faire l'objet d'une discussion au sein de la CAN.⁷¹ Depuis 1964, la CEACR relève le nombre de cas de « progrès » qui ont fait suite aux commentaires qu'elle a formulés. A ce jour, pas moins de 3'000 cas ont été répertoriés !⁷² De même, les travaux du CLS ont été récompensés par de nombreux succès : le dialogue entre les Etats et des partenaires sociaux a été renoué, des lois peu compatibles avec le principe de la liberté syndicale ont été amendées, de nombreux syndicalistes arrêtés sommairement ont été libérés, d'autres licenciés en raison de leur activité syndicale ont été réintégrés.⁷³

Enfin, la valeur et l'autorité des avis des organes de contrôle résultent également du fait que de nombreuses juridictions nationales ou internationales⁷⁴ s'y réfèrent dans leurs décisions à des fins d'interprétation. Le Tribunal fédéral a lui-même tenu compte de ces avis dans deux décisions récentes. En effet, dans un arrêt de 2017, publié aux ATF, notre Haute Cour

⁶⁸ AUBERT (n. 26), pp. 268 ss ; SERVAIS (n. 8), N 1069.

⁶⁹ SERVAIS (n. 8), N 1074.

⁷⁰ OIT (n. 50), p. 92.

⁷¹ BERSER BIRCHER/MEIER (n. 6), pp. 584 ss.

⁷² OIT (n. 13), p. 108.

⁷³ SERVAIS (n. 8), N 1103.

⁷⁴ Sur la prise en compte des instruments de l'OIT par la Cour européenne des droits de l'homme, cf. MAHON (n. 27), pp. 380 s.

a relevé que la pratique du CLS et de la CEACR faisait partie du dénommé « matériau pertinent non conventionnel » auquel même la Cour européenne fait référence dans sa jurisprudence. Cette pratique doit donc être considérée comme une source importante d'information pour l'interprétation des conventions de l'OIT.⁷⁵ Puis dans un arrêt de 2018, le Tribunal fédéral a encore précisé que la pratique du CLS pouvait servir, en fonction des circonstances, à l'interprétation du droit suisse.⁷⁶

V. Démarches du Conseil fédéral

Depuis la plainte de l'USS en 2003, le Conseil fédéral n'a cessé d'être occupé par le dossier de la protection contre les licenciements antisyndicaux. Il a notamment dû répondre, par de nombreux rapports et communications, aux multiples sollicitations de l'OIT.

Dans un premier temps, le gouvernement suisse a paru ne pas vouloir tenir compte des avis des organes de contrôle.⁷⁷ Il considérait, d'une part, que le droit interne suisse était intégralement conforme à la convention de l'OIT n° 98, et que d'autre part, les conclusions du CLS n'avaient, dans la mesure où elles interprètent les conventions internationales en matière de liberté syndicale, qu'une valeur informelle et officieuse. Sur ce second point, le Conseil fédéral se basait notamment sur un avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 8 mars 2006.⁷⁸

Notre gouvernement a par la suite assoupli sa position et a entrepris plusieurs démarches en vue de trouver une solution constructive. Il a ainsi élaboré un avant-projet de réforme du droit du licenciement (**section A**), puis demandé une étude approfondie (**section B**), et enfin mis en œuvre, récemment, une médiation externe (**section C**). Notons que le Conseil fédéral s'est le plus souvent appuyé sur le secteur « Affaires internationales du travail », unité d'état-major de la Direction du travail du Secrétariat à l'économie (ci-après : SECO), ainsi que sur la Commission fédérale tripartite pour les affaires de l'OIT (ci-après : CFTOIT). Cette dernière a été créée en 2000 suite à la ratification par la Suisse de la convention de l'OIT n° 144 concernant les consultations tripartites destinées à promouvoir la mise en œuvre des normes internationales du travail.⁷⁹ Pour l'instant, aucune de ces démarches n'a abouti.

⁷⁵ ATF 144 I 50, c. 5.3.3.1.

⁷⁶ TF 4A_64/2018 du 17 décembre 2018, c. 5.3.3.2.

⁷⁷ Cf. le 335^e rapport du Comité de la liberté syndicale, N 1282 ss.

⁷⁸ Publié au JAAC 70.94 (2006), 1594.

⁷⁹ La convention n° 144 a été adoptée le 21 juin 1976 et est entrée en vigueur le 16 mai 1978. Approuvée par l'Assemblée fédérale le 9 mars 2000, elle est entrée en vigueur pour la Suisse le 28 juin 2001 (RS 0.822.724.4).

A. Avant-projet de réforme législative (2010–2012)

Le 1^{er} octobre 2010, le Conseil fédéral a mis en consultation un avant-projet de révision partielle du CO portant sur la « sanction en cas de congé abusif ou injustifié ». Il s’agissait notamment pour le gouvernement d’aller « dans le sens des recommandations formulées par le Comité de la liberté syndicale de l’OIT ». ⁸⁰ Tout en maintenant sa position relative à la compatibilité du droit suisse avec les exigences de la convention n° 98 et en contestant que l’annulabilité du licenciement abusif de représentants syndicaux soit le seul moyen d’assurer une protection adéquate au sens de la convention, notre gouvernement a fait plusieurs propositions en vue d’améliorer le régime helvétique de la protection contre le licenciement abusif et contre le licenciement immédiat injustifié.

Dans les grandes lignes, les propositions suivantes ont été émises :

- augmenter le maximum de l’indemnité de six à douze mois de salaire (modification de l’art. 336a al. 2 CO) ;
- conférer une meilleure protection aux représentants élus des travailleurs en limitant le motif justifié aux seuls motifs inhérents à la personnalité du travailleur, le licenciement pour motif économique devenant pour cette catégories d’employés un motif abusif de congé (modification de l’art. 336, al. 2, lit. b CO) ;
- permettre des solutions conventionnelles qui étendent la protection contre les congés abusifs (modification de l’art. 361 CO).

La consultation s’est achevée le 14 janvier 2011. Au mois d’octobre 2012, le Département fédéral de justice police (ci-après : DFJP) a rendu public son rapport sur les résultats de la consultation. Dans la mesure où six cantons, trois partis politiques et les associations patronales et économiques s’étaient prononcés contre une amélioration générale de la protection contre le licenciement, le Conseil fédéral a décidé le 21 novembre 2012 de suspendre les travaux devant mener à une réforme législative.

B. Demande d’une étude approfondie (2012–2017)

Pour tenter de débloquer la situation, le Conseil fédéral a chargé, toujours le 21 novembre 2012, le DFJP de rédiger, en collaboration avec le Département fédéral de l’économie, une étude approfondie sur les conditions et les aspects déterminants de la protection des représentants des travailleurs face aux licenciements. Cette étude était destinée à fournir des informations pertinentes pour parvenir, au sein de la CFTOIT, à une solution qui recueillerait l’aval des partenaires sociaux. Le gouvernement annonçait qu’il se fonderait aussi sur

⁸⁰ Conseil fédéral, Révision partielle du code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié), Rapport explicatif et avant-projet, Berne, septembre 2010, N. 5.2.

les résultats de l'étude et des discussions pour décider si une amélioration générale de la protection contre le licenciement était nécessaire.

L'étude a été confiée par l'Office fédéral de la justice et le Secrétariat à l'Economie au Centre d'étude des relations de travail de l'Université de Neuchâtel (ci-après : CERT), dont le soussigné est le codirecteur. C'est ainsi qu'en date du 14 août 2015, le CERT a rendu son étude portant sur « la protection accordée aux représentants des travailleurs ». ⁸¹ Nous avons considéré que la réintégration était un mécanisme qui est peu compatible avec les principes qui régissent le droit privé suisse du travail. D'ailleurs, l'article 10 LEg, bien qu'entré en vigueur en 1995, n'avait presque jamais donné lieu à une réintégration effective. En lieu et place d'un tel régime, nous avons notamment proposé une modification de l'art. 336a CO dans le sens d'une augmentation de six à douze mois du montant maximum de l'indemnité en cas de congé abusif. Nous avons estimé que le droit suisse serait alors susceptible d'être considéré par les organes de contrôle de l'OIT comme conforme à la convention n° 98 puisqu'il proposerait une alternative crédible sous la forme d'une indemnisation adéquate.

Nous avons présenté notre étude devant les membres de la CFTOIT, puis à l'initiative de cette commission lors d'un séminaire qui s'est tenu en date du 8 mai 2017 à Berne en présence des représentants des principaux partenaires sociaux de notre pays. Ces diverses discussions n'ont malheureusement pas permis de trouver un accord ou un compromis. Le Conseil fédéral a cependant informé le BIT qu'il entendait poursuivre ses efforts en vue de trouver une solution concrète.

Relevons encore que suite à la plainte du SSP dont nous avons fait état ci-dessus, le CERT a été une deuxième fois mandaté par la Confédération pour réaliser une étude portant sur la « protection en cas de grève licite ». Nous avons rendu l'étude en date du 11 avril 2016. ⁸²

C. Médiation externe (2019–2020)

Absence de volonté ou de majorité politique, absence d'accord entre les partenaires sociaux, le dossier de la protection contre les licenciements antisyndicaux en droit suisse paraissait bloqué. C'était sans compter sur les interventions incessantes des organes de contrôle de l'OIT.

C'est ainsi que l'on apprenait le 16 mai 2019 qu'en prévision des discussions qui interviendraient lors de la Conférence internationale du 100^{ème} anniversaire de l'OIT qui se tiendrait à Genève au mois de juin suivant, la CAN avait placé la Suisse sur la liste noire large (*longlist*), comportant quarante Etats, tels que la Biélorussie ou le Tadjikistan, suspectés de violations sérieuses des instruments de l'OIT. Se fondant sur les observations de la CEACR

⁸¹ DUNAND/MAHON et al., Etude sur la protection accordée aux représentants des travailleurs, établie à la demande et sur mandat du SECO et de l'OFJ, Berne, 2014, consultable sur les sites Internet de l'OFJ et du SECO.

⁸² DUNAND/MAHON et al., Etude sur la protection en cas de grève licite, établie à la demande et sur mandat du SECO et de l'OFJ, Berne, 2016, consultable sur les sites Internet de l'OFJ et du SECO.

de 2018, la CAN reprochait à notre pays de ne pas respecter la convention n° 98, ratifiée par la Suisse en 1999.

Suite à cette nouvelle, le Conseil fédéral, par l'intermédiaire de M. Parmelin, décida d'intervenir en toute urgence pour proposer l'organisation d'une médiation externe (à l'administration). Dans la foulée, la délégation suisse auprès de la CIT proposa à la CAN, avec l'accord de l'USS, de retirer la Suisse de la liste noire. Il s'ensuivit que la Suisse ne figurait en effet plus sur la liste noire définitive (*shortlist*) qui a été communiquée le 11 juin 2019.

Afin de répondre aux questions déposées au Conseil national, le 12 juin 2019, par deux Conseillers nationaux, M. Parmelin a eu l'occasion de donner le 17 juin suivant des précisions sur les objectifs et le déroulement de la médiation : « En tant que chef du Département de l'économie, j'ai proposé aux partenaires sociaux une médiation externe et indépendante pour traiter la question de la protection des syndicalistes en cas de licenciement. Cette médiation a été acceptée par les représentants des associations faitières. Elle débutera à la fin de l'été [2019]. Le délai fixé pour la médiation est d'un an. Afin que cette médiation se fasse dans un climat de confiance, le processus et le contenu des discussions doivent rester confidentiels. Il en va des chances de succès d'une médiation. En instaurant cette médiation externe et neutre, l'intention est de parvenir à un résultat concret entre les partenaires sociaux par rapport à cette problématique qui se pose depuis plus de quinze ans. Il est judicieux d'attendre la fin de la médiation avant de décider des prochaines étapes ». ⁸³

Selon nos informations, le Conseil fédéral a sollicité l'assistance technique du BIT durant la médiation. Par ailleurs, le gouvernement communiquera au BIT en 2020, de son propre gré, un rapport sur l'application par la Suisse de la convention n° 98.

La proposition d'organiser une médiation externe est une démarche tout à fait originale du Conseil fédéral qui s'inscrit dans la tradition helvétique de recherche du compromis entre les partenaires sociaux, discussions paritaires qui sont pleinement soutenues par les organes de l'OIT.

VI. Conclusions

Les instruments de l'Organisation internationale du travail ont eu et continuent d'avoir un impact réel, parfois sous-estimé, dans l'ordre juridique suisse, autant dans la législation que dans la jurisprudence.⁸⁴ Il est incontestable que la plupart des conventions ratifiées ont exercé une influence substantielle sur le développement du droit social en Suisse.⁸⁵ Ainsi,

⁸³ Conseil national, questions 19.5335 de M. Nicolas RoCHAT Fernandez et 19.5371 de M. Mathias REYNARD.

⁸⁴ DUNAND (n. 6), pp. 74 ss.

⁸⁵ BERENSTEIN, L'influence des conventions internationales du travail sur la législation suisse, Extrait de la Revue internationale du travail, Genève 1958, pp. 7 ss.

le droit de l'OIT a suscité de nombreuses adaptations du droit interne suisse, selon des modalités diverses.⁸⁶ La forme la plus fréquente est celle de la mise en conformité avant ou à l'occasion de la ratification d'une convention par notre pays.

Le cas de la protection contre les congés antisyndicaux dont nous avons traité dans notre contribution est particulier. La Suisse a ratifié la convention n° 98 concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective en 1999, en considérant, à tort, que le droit suisse lui était conforme. Suite à la plainte de l'Union syndicale suisse de 2003 et plusieurs interventions des organes de contrôle de l'OIT, il semblerait qu'une solution puisse désormais être trouvée permettant d'adapter le droit suisse dans le sens d'une meilleure protection contre les congés antisyndicaux. Certes, au moment d'écrire ces lignes, nous ne connaissons pas encore le résultat de la médiation externe imaginée par le Conseil fédéral. Il est toutefois vraisemblable qu'elle débouche sur des propositions concrètes, selon les vœux du Conseiller fédéral Guy Parmelin.

Malgré le caractère juridiquement peu contraignant des mécanismes de contrôle de l'OIT, force est de constater que cette organisation internationale n'est de loin pas dépourvue de moyens en vue d'inciter les Etats membres à respecter pleinement les conventions qu'ils ont ratifiées. Le système de contrôle de l'application des normes comprend un arsenal de mesures originales qui, combinées à des contacts permanents avec les Etats concernés, ont démontré une réelle efficacité. Tel est le cas des discussions devant la Commission de l'application des normes de la Conférence internationale du travail. En effet, les Etats cherchent généralement à éviter d'être cités sur la « liste noire » de la Commission et de voir leur situation évoquée et critiquée devant la communauté internationale.⁸⁷ Le cas de la Suisse que nous avons traité dans cette contribution en est un bon exemple!

⁸⁶ BERENSTEIN (n. 85), pp. 9 ss ; BERSET BIRCHER/MEIER (n. 6), p. 597; VALTICOS, L'attitude de la Suisse à l'égard des conventions internationales du travail, in: ZSR/RDS 100 (1981), pp. 136 ss.

⁸⁷ SERVAIS (n. 8), N 1106.