

2. DROITS FONDAMENTAUX

2.5. Liberté de réunion, d'association. Liberté syndicale

17. [ATF 144 I 306-318 \(9.10.2018/f; 8C_80/2018\)](#)

[Art. 28 Cst.](#); 8 Pacte ONU I et 11 [CEDH](#); 4 et 38 Cst. FR. Contrôle abstrait de la *loi sur le personnel de l'Etat*. L'interdiction du recours à la grève pour tout le personnel de soins est disproportionnée et viole la garantie de la liberté syndicale de l'[art. 28 Cst.](#)

Le 11 septembre 2017 un projet de loi modifiant la loi cantonale du 17 octobre 2001 sur le personnel de l'État (LPers/FR ; RS/FR 122.70.1), incluant des dispositions sur le droit de grève des employés de l'Etat, a été soumis par le Conseil d'Etat du canton de Fribourg au Grand Conseil. Celui-ci l'a adopté le 17 novembre 2017, après amendement de son article 68 alinéa 7 dans le but d'ajouter le personnel de soins aux catégories de personnel pour lesquels la grève est interdite. La loi a été publiée au recueil officiel le 30 mars 2018.

Le 23 janvier 2018, un recours en matière de droit public tendant à l'annulation partielle de la loi et à la suppression des termes « et personnel de soins » de l'art 68 al. 7 a été formé contre cette modification législative par trois recourants (A., B. et C.).

Par ordonnance du 11 juillet 2018, l'effet suspensif a été accordé.

(c. 2) Le Tribunal fédéral s'impose une retenue dans l'analyse de la conformité d'une norme cantonale. Ainsi, il privilégie la mise en œuvre d'un contrôle concret du texte, plutôt qu'une sanction au stade du contrôle abstrait si, eu égard aux circonstances, aux explications de l'autorité cantonale et aux possibilités d'interprétation du texte, la réglementation apparaît défendable au regard du droit supérieur. Ce n'est pas le cas en l'espèce, il se justifie donc de procéder au contrôle abstrait de la légalité.

(c. 3.) Selon les recourants l'interdiction de grève du personnel de soin n'est pas conforme aux principes constitutionnels des articles 36 et 5 Cst., 27 Cst./FR (RS 131.219), à l'art. 8 al. 1 let. d. Pacte ONU I et à l'art 18 CEDH, car la notion de « personnel de soins », trop générale, ne se limite pas à la seule partie du personnel assurant la préservation de la vie et de la santé des patients.

(c. 4.1) Le droit de grève est régi à l'art. 28 de la Constitution fédérale, traitant de la liberté syndicale, et à l'art. 27 de la Constitution fribourgeoise, qui contient une disposition analogue.

(c 4.2) Sur le plan international, le droit de grève est garanti par l'art 8 Pacte ONU I, dans la limite des législations respectives des Etats parties à cette convention. Il relève également de la jurisprudence de la Cour EDH en application de l'art. 11 CEDH, au titre des droits syndicaux.

(c.4.3) Le droit de grève a été reconnu par le Tribunal fédéral dans une jurisprudence précédant l'entrée en vigueur de la Constitution de 1999, qui lui confère même un effet horizontal. La grève est ainsi soumise à plusieurs conditions cumulatives pour pouvoir être exercée de manière licite : elle doit se rapporter aux relations de travail, respecter l'obligation de préserver la paix du travail ou de recourir à une conciliation et le principe de proportionnalité. De même, son exercice peut être restreint, notamment pour protéger des intérêts publics essentiels. Ainsi, le législateur peut interdire le recours à la grève à certaines catégories de personnes, ce que prévoit l'art. 28 al 4 Cst., afin d'assurer un service public minimum, dans la mesure où la présence de ces personnes est absolument indispensable. Le principe de proportionnalité impose cependant que de telles restrictions soient limitées au strict nécessaire. Ainsi,

par « personnes » il faut entendre les agents dont les tâches constituent un service essentiel pour le public, en l'espèce les soins requis par les malades dans les hôpitaux, qu'il s'agisse ou non d'agents publics.

L'évolution du statut des fonctionnaires, outre la perte de certains avantages, a permis un renforcement de leurs droits fondamentaux, notamment la reconnaissance de leur droit de grève. Ainsi, depuis l'adoption de la Constitution fédérale de 1999, plus aucune loi cantonale sur le personnel, à l'exception du canton de Nidwald, ne prévoit d'interdiction formelle du recours à la grève par les employés de la fonction publique. La doctrine, qui valide la possibilité de limiter l'exercice du droit de grève dans le domaine des soins, ne permet pas de déduire qu'une interdiction pourrait frapper sans distinction l'ensemble du personnel d'un établissement.

(c 4.4) Le Tribunal rappelle qu'en application de l'art. 36 Cst, toute interdiction de grève doit se fonder sur une base légale formelle, être justifiée par un intérêt public et être proportionnée au but visé, c'est-à-dire être apte à atteindre les objectifs poursuivis (règle de l'aptitude) sans qu'une mesure moins incisive ne soit possible (règle de la nécessité). Est en principe interdite toute limitation allant au-delà du but poursuivi ou sans rapport raisonnable avec les intérêts publics ou privés compromis (proportionnalité au sens étroit impliquant une pesée des intérêts).

Lors de la rédaction du projet de loi, le Conseil d'État fribourgeois a estimé qu'une astreinte à un service minimum selon l'art. 68 LPers/FR était suffisante pour garantir la sécurité sanitaire de la population et qu'une mesure plus coercitive d'interdiction de faire la grève serait disproportionnée. Sous l'angle de la proportionnalité, la question se pose donc de savoir si les personnes visées par une telle interdiction fournissent des services essentiels sous l'angle de l'intérêt public ; l'interdiction de la grève permise par l'art. 28 al. 4 Cst. devant rester l'exception. Or en l'espèce, la formulation de la loi vise de multiples professions et ne se limite pas au seul personnel indispensable à la santé et à la sécurité des patients. Par ailleurs les conditions imposées par les art. 68 et 68a LPers/FR qui prévoient la formalisation d'un acte de non-conciliation, un possible arbitrage, la mise en place d'un service minimum en cas de danger même indirect pour la santé publique, ainsi que l'ajout d'autres conditions si nécessaire, qui se cumulent à celles de l'art. 28 Cst., paraissent suffisantes. L'inclusion du personnel de soin dans la catégorie des personnes interdites de grève n'est donc pas nécessaire.

Ainsi, l'interdiction de grève au personnel de soins n'est pas proportionnée et les motifs justificatifs invoqués par les parlementaires ne peuvent être qualifiés de motifs légitimes au titre de l'intérêt public protégé, dans la pesée des intérêts au sens de l'art. 36 Cst., pour justifier la restriction.

En conséquence, le Tribunal énonce que l'expression « et personnel de soins » à l'art. 68 LPers/FR concernant l'interdiction de la grève, touche l'ensemble du personnel de soins et constitue une restriction disproportionnée et non nécessaire à la garantie des prestations indispensables à la population dans le domaine de la santé, elle est donc inconstitutionnelle et justifie une intervention du juge au stade du contrôle abstrait.

Note : Bien qu'elles aient tendance à s'atténuer, notamment depuis l'adoption de la LPers le 24 mars 2000 dont la révision est entrée en vigueur en juillet 2013, des différences existent encore entre le droit privé et le droit public du travail. Ainsi les fonctionnaires ne bénéficient pas de la liberté contractuelle, c'est le principe de légalité qui s'applique. De même, un devoir de fidélité plus important que dans le privé est exigé d'eux. Une des différences les plus importantes réside enfin dans le fait que l'État, en tant qu'employeur, en vertu de l'art. 35al. 2 Cst., est tenu de respecter les principes généraux du droit public et de contribuer à la réalisation des droits fondamentaux qui sont ici directement applicables. Cela concerne notamment la mise en œuvre de l'art. 28 Cst., et la protection l'exercice de la liberté syndicale dont le droit de grève fait partie. C'est ce que rappelle notamment le Tribunal fédéral dans l'arrêt du 9 octobre 2018.

Bien que la liberté syndicale soit considérée par la doctrine comme un droit fondamental majeur, car il conditionne la mise en œuvre de nombreux autres dans l'ordre juridique, en ce sens la liberté syndicale forme un véritable contre-pouvoir à l'État ; historiquement, les États, auxquels la Suisse n'échappe pas, s'en méfient à l'égard de leurs propres employés. Ainsi les fonctionnaires tout comme l'armée sont généralement exclus des titulaires de ce droit (cf. par exemple les art. 5 et 6 de la Convention OIT n°98 concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective, RS 0.822.719.9).

Pourtant depuis quelques années nous assistons à un renversement de ces tendances. Ainsi ce qui fut la règle devient petit à petit l'exception et vice versa. Désormais, les fonctionnaires ont la possibilité de conclure des conventions collectives de travail (cf. art. 33 et 38 LPers). Les syndicats ont le droit d'accéder aux locaux de l'administration pour y exercer leurs activités, l'État ne peut s'y opposer qu'en respectant le principe de proportionnalité (ATF 144 I 50). Bien qu'elle puisse être limitée par l'exigence d'un service minimum ou même interdite dans certains cas, la grève ne fait plus l'objet d'une interdiction générale depuis la LPers (cf. art. 24 LPers). La Suisse a fait pourtant l'objet de critiques de l'OIT¹, car elle n'a pas introduit de mesure compensatoire de règlement des conflits dans les cas où la grève serait interdite, et concernant les deux cantons qui continuaient à l'interdire : le canton de Nidwald et celui de Fribourg. C'est certainement ce qu'avait en tête le Conseil d'État du canton de Fribourg lorsqu'il a soumis au Grand Conseil fribourgeois son projet de loi modifiant la loi cantonale du 17 octobre 2001 sur le personnel de l'Etat (LPers/FR; RSF 122.70.1), sans pour autant parvenir à convaincre totalement le Grand Conseil.

Dans leur décision les juges fédéraux rappellent qu'une grève licite implique déjà la réalisation de conditions strictes, notamment du fait de l'interprétation de son "caractère raisonnable" et du dispositif prévu dans la loi fribourgeoise, en conséquence et en application de l'égalité des droits fondamentaux entre eux, il est nécessaire de procéder à une véritable pesée des intérêts selon l'art. 36 Cst., pour que le législateur puisse, au titre des intérêts publics, restreindre le droit de grève, comme le permet l'art 28 al. 4 Cst. L'État ne peut pas, par des formulations larges, interdire ou limiter la grève au personnel dont la présence au travail ne serait pas absolument indispensable à la préservation de la vie et de la santé des patients.

¹ Demande directe (CEACR) commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations adoptée en 2015, publiée lors de la 105^e session CIT (2016).