



ÉTUDE SUR LA PROTECTION EN CAS DE GRÈVE LICITE

Etude
établie à la demande et sur mandat
du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) et
de l'Office fédéral de la justice (OFJ),

du 11 avril 2016

Réponses aux questions et synthèse générale (partie IV de l'étude)

Réponses aux questions et synthèse générale

A. Introduction

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

B. Réponses aux cinq questions développant la question générale

1. Question 1

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

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

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

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

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

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

La grève et le lock-out peuvent être définis de la manière suivante : la grève consiste en une abstention collective et concertée, de la part des travailleurs, de fournir la prestation de travail, généralement dans le but de faire pression sur l'employeur afin d'obtenir un accord dans le domaine des conditions de travail ; le lock-out, ou mise à pied collective, constitue un moyen de pression de l'employeur, en réponse à la grève, qui vise à infléchir la position des grévistes.

Quant au Tribunal fédéral, il définit la grève comme une « kollektive Verweigerung der geschuldeten Arbeitsleistung zum Zwecke der Durchsetzung von Forderungen nach bestimmten Arbeitsbedingungen gegenüber einem oder mehreren Arbeitgebern »¹.

4. En ce qui concerne les *conditions* du droit de grève, l'art. 28 al. 2 et 3 de la Constitution fédérale prévoit que toute grève ou tout lock-out doit, pour être licite et bénéficier de la protection de la liberté syndicale, respecter les trois conditions suivantes :
- se rapporter aux relations de travail (au sens large) ; en d'autres termes, et selon certains auteurs, le moyen de combat doit poursuivre des buts susceptibles d'être réglés dans une convention collective de travail ;
 - respecter une obligation existante de préserver la paix du travail ;
 - n'intervenir que lorsque les moyens de négociation et de médiation ont été épuisés (idée de l'« *ultima ratio* », cf. art. 28 al. 2 Cst., ou, pour certains auteurs, de la proportionnalité).

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

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

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

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

Ensuite, le droit de grève est certes, à l'instar de plusieurs autres droits fondamentaux (comme les libertés d'association et de réunion, par exemple), un droit qui doit – et ne peut que – être exercé collectivement, sans que cela n'empêche toutefois que chaque travailleur individuel puisse en être ou en soit titulaire.

Du point de vue de la *finalité* de cette condition, ce qui nous semble primordial est d'avoir des acteurs à même de représenter les travailleurs en grève et de défendre leurs revendications, en bref d'avoir des interlocuteurs, ou des porte-paroles, pour mener les négociations avec l'autre partie. En ce sens, il nous paraît donc que

¹ ATF 125 III 277, c. 3a. Cf. également ATF 134 IV 216, c. 5.1 ; ATF 132 III 122, c. 4.3.

l'élément essentiel de cette quatrième condition consiste dans le fait que les travailleurs soient *organisés*. Il importe peu que la grève soit soutenue par un syndicat.

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

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

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

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

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

Le travailleur qui n'offre pas sa prestation de travail commet une violation du contrat de travail, ce qui donne à l'employeur le droit de résilier le contrat en respectant les délais ordinaires de congé (art. 335a ss CO). La résiliation ordinaire du contrat faisant suite à une grève illicite n'est pas abusive. L'employeur peut également licencier avec effet immédiat un employé du fait de sa participation à une grève illicite pour autant que les conditions de l'art. 337 CO soient réalisées : existence d'un juste motif, réaction immédiate, avertissement suivant la gravité du manquement. Selon l'art. 337 al. 2 CO, sont « notamment considérés comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail ». En cas de litige, le juge appréciera « librement » s'il existe des justes motifs en tenant compte de l'ensemble des circonstances (cf. art. 337 al. 3 CO). Il tiendra notamment compte du rôle du travailleur dans le déclenchement et la conduite de la grève.

Dans la mesure où, même pour un juriste averti, il est difficile de distinguer dans un cas d'espèce les limites entre une grève licite et illicite, plusieurs avis doctrinaux estiment, à juste titre selon nous, que dans le cadre de l'examen d'éventuels justes motifs, il faut tenir compte de la possibilité pour le travailleur de reconnaître – ou non – son caractère illicite.

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

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

Plus précisément, les obligations principales des parties sont suspendues (art. 82 CO), alors que les obligations secondaires perdurent. Le travailleur en grève n'est ainsi pas tenu de fournir sa prestation de travail, alors que l'employeur, lui, n'est pas tenu de verser le salaire. En pratique, les travailleurs membres d'un syndicat sont souvent indemnisés (partiellement) par leur association professionnelle. Quant aux travailleurs non syndiqués, ils n'ont en principe droit à aucune indemnité. Mais il n'est pas exclu qu'ils s'affilient au syndicat au moment de la grève.

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

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

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

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

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

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

On se trouve donc face à un conflit de droits fondamentaux et il convient, pour le trancher, de reprendre la méthode définie par la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, que celui-ci a d'ailleurs récemment rappelée : « [e]n vue de résoudre un conflit de libertés (lorsqu'il n'a pas été préalablement ou entièrement désamorcé par le législateur à travers une harmonisation normative des intérêts antagonistes ou par une hiérarchisation légale des valeurs dans un contexte déterminé [...]), c'est au juge qu'il incombe de vérifier que la décision entreprise ménage un juste équilibre entre les différents principes constitutionnels et droits fondamentaux en jeu [...], étant rappelé que la Constitution fédérale ne prévoit elle-même aucune hiérarchie entre les droits fondamentaux [...]. [...] le juge se laissera en règle générale guider par les principes ancrés à l'art. 36 Cst., en les adaptant le cas échéant aux besoins spécifiques [...] »².

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

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

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

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

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

² ATF 140 I 201, consid. 6.7.

pas être conçu comme une entreprise commune des partenaires sociaux, voire une entreprise tripartite, partagée entre le partenariat social et l'Etat.

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

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

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

13. Dans le cadre de l'OIT, ni la Convention n° 87, ni la Convention n° 98 ne mentionnent explicitement le droit de grève. Néanmoins, le Comité de la liberté syndicale considère depuis longtemps qu'un droit de grève découle de la Convention n° 87. Il a reconnu ce droit, ainsi que le souligne la doctrine, « comme un aspect essentiel de la liberté d'activité des syndicats et comme un instrument légitime de protection des intérêts économiques et sociaux des travailleurs »³, estimant que la Convention n° 87 « exige qu'au minimum, le droit de grève soit garanti au titre de droit collectif des syndicats »⁴.
14. L'étendue de la garantie du droit de grève accordé par la Convention n° 87 est vaste, en raison notamment de la formulation très large de l'art. 10, qui vise la promotion et la défense des intérêts des travailleurs. Le droit de grève ne se limite ainsi pas nécessairement à la poursuite d'objectifs de convention collective. La participation à une grève licite ne doit pas entraîner pour les travailleurs des sanctions de droit civil ou pénal.
15. La pratique du Comité admet toutefois que le droit interne puisse soumettre l'exercice du droit de grève à certaines conditions, telles que l'obligation de recourir à des négociations ou des procédures de conciliation préalables. De la même manière, le

³ KUSTER ZÜRCHER, p. 64, N 18.

⁴ KUSTER ZÜRCHER, p. 64, N 18.

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

2. Question 2

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

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

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

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

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

On voit ainsi qu'il y a un lien direct et étroit entre droit de grève et droit collectif du travail et que l'instrument du droit collectif que représente la convention collective joue

et peut jouer un rôle prépondérant en matière de grève et de réglementation de la grève.

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

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

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

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

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

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

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

Cette question, qui a été examinée de façon approfondie dans la présente étude (voir la partie III, lettre F, n^{os} 238 ss), se confond avec la question n^o 4 et on y reviendra donc ci-dessous (n^{os} 28 ss).

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

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

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

3. Question 3

Exigences pour un exercice effectif du droit de grève

20. Pour que le droit de grève puisse être exercé de manière effective, il faut que le gréviste (qui participe à une grève licite) soit protégé de manière efficace et dissuasive contre toute sanction prise à son encontre par son employeur⁵. Parmi les diverses mesures susceptibles d'être prises par un employeur, il faut distinguer le licenciement d'autres types de sanctions de nature discriminatoire.

Protection contre le licenciement

21. Le droit suisse connaît une protection limitée des employés ayant été licenciés en raison de leur participation à une grève licite. En effet, tant le congé ordinaire, qui serait considéré dans le cas d'espèce comme abusif (cf. art. 336 ss CO), que le congé immédiat, considéré dans le cas d'espèce comme injustifié (cf. art. 337c CO), seront traités comme des congés parfaitement valables qui déploient leurs pleins effets juridiques. Dans ces deux cas de figure, les employés ne pourront solliciter ni l'annulation du congé ni leur réintégration dans l'entreprise. Ils devront se limiter à requérir la condamnation de leur employeur au versement d'une indemnité qui ne pourra être supérieure à six mois de leur propre salaire (art. 336a al. 2 et 337c al. 3 CO). Quant à la norme relative au congé donné en temps inopportun (art. 336c CO), elle n'est guère susceptible de protéger les grévistes licenciés.
22. Le caractère fragmentaire de la protection en cas d'exercice licite du droit de grève résulte également à notre sens de la notion même de grève licite, ouvrant la voie à la

⁵ Bien sûr, il ne faut pas non plus qu'il existe des sanctions pénales empêchant l'exercice effectif du droit de grève. Ce point n'a cependant pas fait l'objet de recherches approfondies dans le cadre de la présente étude.

protection, qui, ainsi que nous l'avons démontré ci-dessus, n'est pas encore totalement clarifiée. Il en résulte une inévitable incertitude pour le gréviste, susceptible d'influer sur sa volonté de participer ou non à une grève.

23. L'un des reproches formulés à l'encontre du droit suisse, notamment par l'USS et le Syndicat des services publics (SSP-VPOD) dans leurs plaintes respectives adressées à l'OIT, consiste à affirmer que l'indemnité maximale de six mois de salaire en cas de congé abusif (cf. art. 336a CO) ou de licenciement immédiat injustifié (art. 337c al. 3 CO) n'est pas suffisamment dissuasive. De fait, l'employé qui participe à une grève licite court le risque d'être licencié, donc de perdre son emploi, et de ne recevoir qu'une indemnité correspondant à quelques mois de son salaire, six au maximum. On peut légitimement se demander si une telle protection est de nature à garantir un exercice effectif du droit de grève.
24. Le Conseil fédéral a proposé dans divers projets de la porter à douze mois de salaire, soit pour tous les travailleurs, soit pour les déclencheurs d'alerte. Un tel montant maximal, fixé par le juge selon son appréciation de l'ensemble des circonstances, permettrait certainement d'augmenter la fonction dissuasive de l'indemnité et par voie de conséquence d'améliorer la protection contre le licenciement. Le droit suisse serait alors susceptible d'être considéré comme conforme au droit international liant notre pays puisqu'il proposerait une alternative crédible, sous la forme d'une indemnisation adéquate, à la réintégration du travailleur licencié de manière abusive. Il nous paraît ainsi que cette question pourrait être à nouveau étudiée soit pour le régime commun applicable à l'ensemble des travailleurs, soit uniquement pour les employés participant à une grève licite. Il est aussi envisageable de prévoir un régime ou des solutions ponctuelles qui ne serai(en)t applicable(s) qu'à certaines catégories d'entreprises, par exemple celles qui emploient un nombre important de travailleurs ou qui atteignent un certain chiffre d'affaire annuel.

Autres

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

Selon la jurisprudence, l'article 328 CO interdit à l'employeur de discriminer un travailleur lorsqu'une telle attitude laisse apparaître une sous-évaluation de la personnalité de l'employé qui soit blessante pour celui-ci. Une telle sous-évaluation n'est toutefois donnée que si l'employé est placé dans une situation clairement moins avantageuse qu'un grand nombre d'autres employés, mais non lorsque l'employeur

favorise seulement certains de ses employés. Ainsi, l'employeur est libre de déterminer ou de convenir, selon les circonstances, des critères d'inclusion ou d'exclusion de certaines catégories de travailleurs dans le cas d'un traitement collectif, pour autant que ces critères soient reconnaissables, qu'ils ne soient pas arbitraires, ne violent pas le respect de la personnalité et ne soient pas illicites. Le fait que l'employeur favorise certains de ses employés peut avoir pour conséquence que des employés qui ne bénéficient pas du même traitement puissent, selon le principe de la bonne foi, conclure à une modification tacite, en leur faveur, de leur contrat de travail. Dans une telle situation, l'employeur doit leur accorder aussi le traitement censé favorisé certains de ses employés uniquement parce qu'en vertu du principe de la bonne foi, ce sont ces conditions qui paraissent avoir été convenues. Les gratifications et les plans sociaux constituent les cas d'application principaux.

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

4. Question 4

Les solutions conventionnelles plus favorables sont-elles possibles ou une modification de la loi est-elle nécessaire pour améliorer la protection ?

28. De nombreuses conventions collectives de travail contiennent des règles de protection contre les licenciements de travailleurs exerçant leur activité syndicale. Certaines mentionnent explicitement le caractère abusif du licenciement pour ce motif alors que d'autres prévoient même une interdiction de licencier. Le régime juridique et la validité de ces clauses conventionnelles demeure incertain. En effet, la question de savoir si les partenaires sociaux ont la possibilité de prévoir dans les conventions collectives de travail un régime plus favorable aux travailleurs en cas de licenciement abusif, par exemple la nullité du congé, est complexe et controversée.

Selon l'art. 358 CO, le « droit impératif de la Confédération et des cantons l'emporte sur la convention ; toutefois, les dérogations stipulées en faveur des travailleurs sont valables, à moins que le droit impératif ne s'y oppose expressément ». On admet que l'art. 358, deuxième phrase, *in fine* CO vise les normes absolument impératives, soit principalement celles énumérées à l'art. 361 CO.

La loi contient trois dispositions sur le congé abusif : l'art. 336 (principe), l'art. 336a (sanction) et l'art. 336b (procédure). A teneur de la loi (cf. art. 361 et 362 CO), l'art. 336 al. 1, l'art. 336a et l'art. 336b sont de droit absolument impératif, alors que l'art. 336 al. 2 CO est de droit relativement impératif. Selon l'art. 358 CO, il ne serait donc pas possible de déroger aux dispositions sur le congé abusif, hormis l'art. 336 al. 2 CO.

Au texte clair de la loi (cf. art. 336a, 358 et 361 CO), en défaveur d'une telle possibilité, une partie de la doctrine et certaines jurisprudences opposent une interprétation téléologique plus nuancée, qui permet d'opérer des distinctions suivant le but des normes et admettent des solutions conventionnelles dérogatoires.

A ce jour, le Tribunal fédéral ne paraît pas avoir tranché la question de manière claire et définitive, ce qui résulte plus particulièrement de deux arrêts relativement récents rendus dans la même affaire relative à l'application de la Convention collective cadre genevoise du commerce de détail (valable pour la période 2008-2010). L'employée et son syndicat soutenaient que l'ordre juridictionnel suisse permettait l'amélioration par

la voie conventionnelle de la protection légale des articles 336 ss CO. Ils estimaient encore que l'on pouvait fonder sur une disposition de la Convention une demande en annulation du congé ou alors un droit à la réintégration dans l'entreprise.

Dans un premier arrêt rendu en 2010, le Tribunal fédéral a considéré que, dans la mesure où les juges cantonaux avaient nié, à bon droit, la qualité pour agir du syndicat, il n'était « pas nécessaire d'entrer en matière sur les griefs se rapportant aux arguments de fond du litige »⁶. Il a donc laissé la question ouverte.

Le second arrêt, rendu en 2012, est plus intéressant. Selon le Tribunal fédéral, il fallait considérer que la disposition litigieuse de la convention ne permettait pas de fonder l'annulation ou l'annulabilité du congé, car elle « ne prévoit aucune disposition spéciale en cas de violation de la norme ». Ainsi, en « l'absence d'une sanction spécialement prévue, on doit supposer que cette disposition a pour but de compléter ou de préciser la protection légale figurant déjà à l'art. 336 al. 2 let. a et b CO. [...] ». Dès lors qu'il ne s'agit que de compléter le système légal sans aucune précision de procédure ou de sanction, il faut admettre que l'art. 336b CO est également applicable »⁷.

Selon le Tribunal fédéral, dans la mesure où la convention collective litigieuse ne prévoyait pas de sanctions spécifiques, il fallait partir du principe qu'elle s'inscrivait dans la logique du régime légal, qu'elle permettait de compléter sans chercher à y déroger. Il nous semble que l'on peut déduire de cette jurisprudence, *a contrario*, qu'il aurait été possible aux partenaires sociaux de prévoir un régime de sanction différent qui aurait dérogé à l'art. 336a CO. En tous les cas, à aucun moment, le Tribunal fédéral ne s'est référé aux articles 358 et 361 CO. La question de la possibilité d'intégrer dans les conventions collectives de travail des règles améliorant la protection des employés contre le congé reste donc ouverte.

29. Vu le caractère relativement impératif de l'article 336 al. 2 CO, et la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle l'ordre juridique peut reconnaître de nouveaux cas de congés abusifs pour autant qu'ils aient une gravité similaire à ceux prévus dans la liste exemplative de l'art. 336 CO, il semble, en revanche, plus aisé de reconnaître que les partenaires sociaux ont la possibilité de mentionner expressément que le licenciement en raison de la participation à une grève licite constitue un cas de congé abusif.
30. *De lege ferenda*, une modification législative telle que préconisée par le Conseil fédéral et qui consisterait à renoncer au caractère absolument impératif des articles 336 et 336a CO permettrait de clarifier la situation et d'inciter les partenaires sociaux à trouver des solutions conventionnelles conformes à leurs besoins. Il serait possible dans ce cadre d'élargir la protection conférée aux employés ayant participé à une grève licite, en prévoyant par exemple la nullité de leur congé ou alors la possibilité pour le juge de fixer une indemnité supérieure à six mois de salaire (par exemple 12 mois).

5. Question 5

Quel est le rôle du droit de grève dans les branches ou professions sans organisations d'employeurs ou de travailleurs, y a-t-il dans ces branches ou professions une place pour des solutions conventionnelles plus favorables et existe-t-il des alternatives dans le cadre du régime actuel des rapports collectifs de travail ?

⁶ TF 4A_248/2010, du 12 juillet 2010, c. 5.

⁷ TF 4A_316/2012, du 1 novembre 2012, c. 2.2.

Rôle du droit de grève dans les branches ou professions sans organisations d'employeurs ou de travailleurs

31. Outre des considérations d'ordre général qui permettent de postuler que le droit de grève est probablement plus important lorsqu'il y a des syndicats (ceci pour des raisons organisationnelles d'abord, mais aussi de force de l'action), la question qui se pose ici a principalement trait à la titularité du droit de déclencher une grève.
32. Comme nous l'avons vu plus haut dans le cadre de cette étude, si l'exigence que la grève soit déclenchée par un syndicat devait être retenue de manière absolue et stricte, cela priverait de fait les travailleurs de certains secteurs économiques – non organisés syndicalement – de leur droit de grève.

Dans ce sens, on peut se demander si le droit de déclencher une grève ne devrait pas, à tout le moins, dans les branches où il n'existe pas de syndicats, être reconnu aux représentants élus des travailleurs au sens de la loi sur la participation. Pour les plus petites entreprises (moins de 50 travailleurs, cf. art. 3 de la loi sur la participation), qui n'ont pas de représentation élue, on pourrait même imaginer que les travailleurs se réunissent pour désigner une représentation *ad hoc*.
33. Si le droit de déclencher une grève n'était accordé qu'aux syndicats et, par conséquent, qu'aux personnes syndiquées, cela pourrait fortement porter atteinte à la liberté syndicale *négative* des travailleurs des branches ou professions sans organisation, travailleurs qui devraient alors, pour déclencher une grève, adhérer à un syndicat (ou renoncer à leur droit de grève).

Place pour des solutions conventionnelles plus favorables dans des branches ou professions sans organisations d'employeurs ou de travailleurs

34. A teneur de l'article 356 al. 1 CO, une convention collective de travail est conclue par « des employeurs ou associations d'employeurs, d'une part, et des associations de travailleurs, d'autre part ». Dans les branches ou professions sans organisations d'employeurs ou de travailleurs, il n'est par conséquent guère possible de conclure une convention collective de travail.

C. Quelques pistes de réflexion

35. En raison des débats entourant le droit de grève en Suisse, ainsi qu'au sein des différents organes de l'OIT et des difficultés à trouver un consensus, il nous est difficile d'apporter dans cette étude des propositions novatrices (pourtant consacrées dans d'autres ordres juridiques⁸), mais qui ne sauraient trouver un écho favorable à l'heure actuelle en Suisse et s'intégrer de manière réaliste dans le contexte ambiant. En outre, le mandat qui nous a été donné ne demande pas de présenter toutes les mesures qui existeraient dans ce domaine, mais se limite à poser un certain nombre de questions.

Ainsi, dans cette partie, nous nous bornerons dans un premier temps à reprendre ce que nous avons déjà échafaudé dans notre précédente étude, tout en ajoutant quelques autres pistes ponctuelles non encore présentées.

⁸ Cf. INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *Legal opinion on the protection of workers and the right to strike*, Lausanne 2015.

1. Renforcement de la protection contre les licenciements

36. Dans plusieurs Etats étudiés par l'ISDC, la protection contre le licenciement en général et contre le licenciement des employés exerçant une activité syndicale est plus étendue – parfois sensiblement – qu'en droit suisse. Seuls des motifs spécifiques ou qualifiés peuvent être invoqués à l'appui du licenciement. Il existe par ailleurs souvent une procédure préalable de licenciement, la possibilité d'annuler le congé et de réintégrer le travailleur licencié ou encore de condamner l'employeur à payer une indemnité dont le montant est dans la plupart des cas égal ou supérieur à douze mois de salaire du travailleur⁹.
37. L'un des reproches formulés à l'encontre du droit suisse consiste à affirmer que l'indemnité maximale de six mois de salaire en cas de congé abusif (cf. art. 336a CO) n'est pas suffisamment dissuasive. Le Conseil fédéral a récemment proposé de la porter à douze mois de salaire en cas de licenciement abusif (art. 336a CO) et de congé immédiat injustifié (art. 337c al. 3 CO). Un tel montant maximal, fixé par le juge selon son appréciation de l'ensemble des circonstances, permettrait certainement d'augmenter la fonction dissuasive de l'indemnité et par voie de conséquence d'améliorer la protection contre le licenciement. Le droit suisse serait alors susceptible d'être considéré comme conforme au droit international liant notre pays puisqu'il proposerait une alternative crédible, sous la forme d'une indemnisation adéquate, à la réintégration du travailleur licencié de manière abusive. Il nous paraît ainsi que cette question pourrait être à nouveau étudiée soit pour le régime commun applicable à l'ensemble des travailleurs, soit uniquement pour les employés exerçant une activité syndicale. Il est aussi envisageable de prévoir un régime ou des solutions ponctuelles qui ne serai(en)t applicable(s) qu'à certaines catégories d'entreprises, par exemple celles qui emploient un nombre important de travailleurs ou qui atteignent un certain chiffre d'affaire annuel.

2. Elargissement des pouvoirs des partenaires sociaux

38. Comme nous l'avons vu dans le cadre de la précédente étude, le partenariat social et le droit collectif, en particulier le droit de négociation collective, constituent des fondements essentiels du droit suisse et du droit international du travail. A l'heure actuelle, le droit suisse encadre et limite toutefois fortement le droit de négociation en interdisant de déroger de manière conventionnelle, que ce soit en faveur de l'employeur ou en faveur du travailleur, aux dispositions considérées comme absolument impératives (cf. art. 358 et 361 CO). Certes, la pratique a pris quelque liberté, mais il existe aujourd'hui une grande insécurité juridique sur la question de savoir quelle est la marge d'autonomie des partenaires sociaux pour modifier le régime légal lorsqu'il s'agit de dispositions absolument impératives (cf. art. 361 CO). Il nous semble qu'il faudrait pallier ces incertitudes et examiner la possibilité de renforcer le partenariat social. Une des solutions, s'agissant de la protection contre le licenciement, consisterait à renoncer au caractère absolument impératif des articles 336 alinéa 1 et 336a CO.

⁹ INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *Legal opinion on the protection of workers and the right to strike*, Lausanne 2015.

3. Autres mesures possibles

a) Contexte

39. Si l'on se réfère à l'étude élaborée par l'Institut suisse de droit comparé¹⁰, il est possible de constater que les Etats étudiés (Autriche, France, Allemagne, Italie, Slovaquie, Suède et Grande-Bretagne) connaissent des régimes juridiques très différents sur la question du droit de grève.

On peut néanmoins observer que la « panoplie » des mesures prises par les Etats étudiés pour régler le droit de grève dans leur juridiction va du « tout » au « presque rien ». Autrement dit, certains Etats sont très larges dans leur conception du droit de grève et offrent d'importantes protections aux grévistes (réintégration, paiement de dommages-intérêts, etc.) et de lourdes sanctions à ceux qui ne respectent pas ce droit (sanctions pénales, sanctions civiles considérables, etc.). L'Italie et la France sont des Etats qui accordent une importance particulière à l'exercice du droit de grève. A l'inverse, d'autres Etats encadrent la grève manière stricte, imposant aux grévistes des conditions rigoureuses pour que l'exercice de ce droit soit considéré comme licite. Il en va ainsi en Grande-Bretagne.

40. Dans la mesure où, on l'a vu, en Suisse, les employés qui exercent une grève licite ne bénéficient pas de protections juridiques importantes, en particulier contre le licenciement, et que par voie de conséquence le régime juridique actuel n'est pas suffisamment dissuasif, il est opportun de rechercher s'il n'existe pas – indépendamment de la question de l'amélioration de la protection contre le licenciement (par la voie légale ou conventionnelle) – d'autres types de mesures susceptibles de renforcer le caractère effectif du droit de grève. Dans ce sens, on donnera ici quelques indications sur deux pistes de réflexion qui nous paraissent mériter un examen et qui, propres au droit de grève et à ses modalités d'exercice, n'ont pas été présentées dans notre précédente étude.

b) Publication du jugement dans les médias

41. Ainsi, une autre manière de protéger le travailleur, qui est parfois envisagée en doctrine, pourrait consister à ordonner la publication du jugement définitif constatant le licenciement abusif et/ou les discriminations syndicales. Pour que la mesure soit efficace, la publication devrait se faire à la fois dans la presse régionale et dans la presse économique¹¹. A l'heure actuelle, notre ordre juridique prévoit la publication d'un jugement dans au moins trois cas distincts.
42. En matière de protection de la personnalité, tout d'abord, l'art. 28a al. 2 CC prévoit la possibilité pour le lésé de « demander [au juge] qu'une rectification ou que le jugement soit communiqué à des tiers ou publié ». Il ne s'agit, toutefois, pas d'une action supplémentaire mais plutôt d'une modalité spécifique de mise en œuvre des actions défensives prévues par l'art. 28a al. 1 CC (la disposition mentionne expressément le terme « en particulier »). Les mesures de l'art. 28a al. 2 CC peuvent également assurer une fonction réparatrice de l'atteinte, mais pas du dommage lui-même, celui-ci relevant exclusivement de l'art. 28a al. 3 CC. Du reste, elles ne présupposent pas de faute de

¹⁰ Cf. INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *Legal opinion on the protection of workers and the right to strike*, Lausanne 2015.

¹¹ MOESCH, p. 555.

l'auteur de l'atteinte. Ces mesures, doivent, en outre, être expressément requises par le demandeur dans ses conclusions. Le juge peut ordonner une publication (diffusion dans un périodique, par radio, par télévision, sur un site internet) ou une communication à des tiers (notamment par voie de circulaire ou par e-mail). Les frais de publication sont à la charge du défendeur qui succomberait.

Le juge devra statuer en fonction du principe d'adéquation, c'est-à-dire qu'il accèdera à la requête à condition que cela soit propre, avant tout, à supprimer ou à atténuer l'atteinte. Il devra ainsi éviter d'ordonner la publication d'un jugement dans le seul but de punir l'auteur de l'atteinte en portant celle-ci à la connaissance de tiers et satisfaire ainsi le désir de vengeance de la victime. La mesure ne devra par ailleurs être prononcée que pour autant que d'autres mesures ne soient pas susceptibles de parvenir au même résultat (principe de proportionnalité). De plus, elle ne doit pas revêtir un caractère purement vexatoire pour l'auteur de l'atteinte¹². Selon le Tribunal fédéral, une publication de jugement ne se justifie que quand une telle mesure est propre à éliminer le trouble causé par l'atteinte à la personnalité, à savoir les fausses impressions suscitées chez un nombre inconnu de tiers¹³.

43. En deuxième lieu, concernant la réparation du tort moral dans le cas d'une atteinte à la personnalité, il convient également de mentionner l'art. 49 al. 2 CO, lequel donne la possibilité au juge de substituer ou d'ajouter à une réparation en espèces un autre mode de réparation. La question de savoir si la publication d'un jugement constitue un autre mode de réparation est controversée en doctrine¹⁴. Le Tribunal fédéral s'est longtemps montré hésitant à ce sujet. Dans sa jurisprudence récente, il a finalement admis que la publication puisse assurer la réparation du tort moral dans le cas d'une atteinte à l'honneur, lorsqu'elle apparaît comme le moyen le plus approprié ; ce n'est que si un tort moral subsiste après cette publication que le versement d'une indemnité en argent se justifie de manière supplémentaire¹⁵.
44. Enfin, le Code pénal prévoit, à son article 68, la publication du jugement comme sanction. Il en va ainsi lorsque l'intérêt public, l'intérêt du lésé ou l'intérêt de la personne habilitée à porter plainte l'exigent (art. 68 al. 1 CP). La publication du jugement se justifie par un effet d'avertissement et par un but de servir l'intérêt public. Il s'agit donc d'informer et de tranquilliser le public, ainsi que de le mettre en garde contre la commission de certaines infractions. Par ailleurs, la publication du jugement peut être un moyen dissuadant le condamné de réitérer (prévention spéciale). L'intérêt public est avancé lorsque le public doit être mis en garde, par exemple en cas de contrefaçon de marchandises, de contravention à la loi fédérale contre la concurrence déloyale ou de malversations d'un avocat. S'agissant de l'intérêt du lésé, les délits contre l'honneur ou les dénonciations calomnieuses sont les infractions les plus susceptibles de justifier la publication du jugement. L'article 68 al. 2 CP prévoit, en outre, la possibilité de demander au juge la publication du jugement d'acquiescement en raison d'un intérêt public (par exemple si la personne concernée a été publiquement discriminée pendant la procédure pénale) ou en raison de l'intérêt de la personne

¹² Sur ces différents aspects de cette première mesure de publication des jugements, voir notamment JEANDIN, Commentaire romand CC I, N 15 et 16 *ad* art. 28a CC, p. 271, et les références citées ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 578, p. 219-220 et les références citées ; TERCIER, N 998, p. 136.

¹³ ATF 135 III 145, JdT 2009 I 612.

¹⁴ Sur la question, voir WERRO, Commentaire romand, Code des obligations II, Bâle 2012, N 15 *ad* art. 49, p. 469.

¹⁵ ATF 131 III 26, cons. 12.2.1.

lésée ou habilitée à porter plainte (par exemple lorsque l'accusation non fondée l'a discréditée dans son milieu professionnel).

Le juge fixe les modalités de la publication (art. 68 al. 4 CP), c'est-à-dire détermine le lieu et l'organe de publication. Il peut s'agir non seulement d'une feuille officielle (cantonale ou fédérale), mais également de n'importe quel média, pourvu que le but visé par la publication soit atteint. La question de la publication du nom est controversée. La jurisprudence est d'avis que le nom du coupable ne doit pas être publié uniquement pour des motifs de prévention spéciale, mais chaque fois que le but visé par la publication de jugement dans un cas d'espèce l'exige. Si certains auteurs considèrent que la publication du jugement doit toujours mentionner le nom, d'autres sont de l'avis contraire lorsque la publication est justifiée par un intérêt public, mais reconnaissent que la mention du nom est inévitable dans le cas d'une publication justifiée par un intérêt privé¹⁶.

45. *De lege lata*, il n'est pas sûr qu'un juge puisse ordonner la publication du jugement constatant le licenciement abusif et/ou les discriminations syndicales à l'encontre des employés ayant participé à une grève licite. *De lege ferenda*, la publication du jugement définitif dans les médias pourrait constituer une sanction complémentaire à l'indemnité prévue actuellement par le Code des obligations en cas de licenciement abusif ou immédiat injustifié. Elle aurait certainement l'avantage de procurer un effet plus dissuasif pour certaines entreprises que celui d'une indemnité parfois peu conséquente, selon la force économique de l'employeur. Par ailleurs, à notre sens, il pourrait y avoir un certain intérêt à ce que le public soit informé de l'issue d'une procédure pour licenciement antisyndical. Cette mesure permettrait en outre au travailleur licencié abusivement ou victime de discrimination syndicale d'obtenir une meilleure reconnaissance de la légitimité de son action de grève.

c) Meilleure information sur les conditions du droit de grève

46. Outre cette mesure « réparatrice » qui pourrait amener à une meilleure protection de l'exercice du droit de grève licite, nous sommes d'avis qu'une autre mesure, applicable « en amont », c'est-à-dire avant qu'une grève ne soit déclenchée, devrait être envisagée.
47. Au vu des questions complexes qui se posent autour des conditions de licéité d'une grève, il conviendrait en effet de prévoir un devoir d'information à l'égard aussi bien des employeurs que des travailleurs sur les conditions du droit de grève et de son exercice. La mise en place de cette information pourrait même être conçue comme une entreprise conjointe ou commune des partenaires sociaux, ce qui participerait probablement d'un meilleur dialogue entre ces partenaires sociaux.

Le cas échéant, un tel devoir d'information pourrait aussi être conçu comme une entreprise « tripartite », associant les partenaires sociaux et l'Etat.

Neuchâtel, le 11 avril 2016

Jean-Philippe Dunand

Pascal Mahon

¹⁶

Sur ce volet pénal de la publication des jugements, voir notamment BICHOVSKY, Commentaire romand, CP I, N 1, 24 et 25 *ad* art. 68, p. 710 et 712. Cf. aussi ATF 101 I 344 et 108 IV 158.