

COMITÉ DU 15 MAI 2019

Berne, le 10 mai 2019

Annexe 17 – LC

Protection contre le licenciement abusif : état de la situation actuelle

Pour : information

I. Protection contre les licenciements antisyndicaux

Le contexte

En 2003, l'Union syndicale suisse (USS) a déposé plainte pour violation de la liberté syndicale auprès de l'Organisation internationale du Travail (OIT). La raison en était les licenciements anti-syndicaux auxquels sont confrontés les syndicalistes, les militant(e)s syndicaux, les membres des commissions du personnel ainsi que des conseils de fondation des caisses de pension.

En 2004 et en 2006, les organes de l'OIT ont recommandé à la Suisse de réviser le code des obligations (CO) en améliorant la protection contre le licenciement (adaptation de l'indemnité [nombre de salaires mensuels] selon la taille de l'entreprise, possibilité de réengager les personnes licenciées). En 2010, en réaction à la plainte de l'USS, l'Office fédéral de la justice (OFJ) a présenté un avant-projet de réforme du CO tenant compte des recommandations de l'OIT. S'agissant de l'amélioration du mécanisme de protection en cas de licenciement abusif, il recommandait une indemnité représentant douze mois de salaire au lieu de six.

Lors de la procédure de consultation, les employeurs et les politicien(ne)s de droite se sont opposés à ce texte, alors que la majorité des cantons l'ont soutenu. Les forces de gauche ainsi que les juristes et les syndicats lui étaient favorables.

Malgré les retours positifs de cette consultation, l'OFJ retira la révision. Avec le SECO, il signala alors qu'il n'y aurait de réforme qu'en cas de consensus entre les partenaires sociaux. Un droit de veto fut donc de facto accordé aux employeurs en matière de droit du licenciement dans le CO. En 2013, l'USS a réactivé sa plainte auprès de l'OIT au motif que la Suisse n'avait toujours pas mis en œuvre les recommandations des organes de cette dernière concernant le respect des conventions ratifiées par elle.

En raison de cette pression, le Conseil fédéral a commandé trois expertises afin de montrer aussi à l'intention de l'OIT que les entretiens sur la protection contre le licenciement se poursuivaient. Ces expertises devaient comparer au plan juridique la protection contre le licenciement existant dans des pays voisins et procéder à des analyses juridiques générales de la protection en cas de licenciements antisyndicaux, en faisant des propositions de solutions. Les auteurs d'une étude proposèrent en particulier que l'on puisse porter de six à douze mois de salaire la somme de l'in-

demnité maximale. Ils ont aussi recommandé de modifier l'immutabilité des prescriptions contraignantes selon l'article 361 CO qui, d'après le Tribunal fédéral, font partie des dispositions impératives concernant la protection contre le licenciement. En résumé donc, les expertises juridiques demandées par le Conseil fédéral donnent, dans leur analyse, entièrement raison à l'USS.

Séminaire tripartite sur la protection contre le licenciement

La Commission tripartite pour les affaires de l'OIT, à qui le Conseil fédéral a transmis le dossier relatif à la modification du CO en matière de protection contre le licenciement, a décidé, sur proposition de l'USS, d'organiser le 8 mai 2017, avec les professeurs concernés ainsi que des représentant-e-s choisis des partenaires sociaux, un séminaire que le SECO et l'OFJ ont animé.

Ce séminaire a montré que les employeurs ne sont nullement intéressés à améliorer la protection contre le licenciement. Son but était de montrer quelles mesures étaient nécessaires dans ce domaine, ce qui se traduit par les trois études demandées par la Confédération à l'Université de Neuchâtel ainsi qu'à l'Institut suisse de droit comparé.

Ces études montrent toutes que le droit suisse en matière de protection contre le licenciement ne répond pas aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et de l'OIT. En outre, tous les ordres juridiques comparés (Royaume-Uni, Allemagne, France, Italie, Autriche, Slovaquie) connaissent, en cas de licenciements abusifs antisyndicaux, une bien meilleure protection que la Suisse.

Néanmoins, les employeurs présents ont nié la nécessité de modifier le droit suisse de résiliation. Cela, en dépit de la jurisprudence établie de la Cour européenne des droits de l'homme (CrEDH), des recommandations de l'OIT, suite à la plainte de l'USS de 2003 et de ce que l'on peut lire dans les études précitées.

Lors de la séance de la commission fédérale susmentionnée qui a suivi le 1^{er} décembre 2017, le représentant de l'Union patronale suisse (UPS) a signalé de manière informelle que le CO pourrait au mieux être modifié de manière à permettre de meilleures dispositions dans les conventions collectives de travail (CCT). Ce qui est aujourd'hui contesté à cause des dispositions absolument impératives de l'article 361 CO sur le droit de résiliation. En d'autres termes, aucune dérogation n'est possible ni en défaveur ni en faveur de l'employé(e) ou de l'employeur (art. 361 CO). Mais cette réforme est aussi contestée au sein de l'UPS.

L'USS estime – après consultation de ses fédérations – qu'une révision de l'article 361 CO n'a, à elle seule, que peu de sens : le fait qu'il s'agisse d'une disposition impérative pose dans la pratique (lors de négociations de CCT ainsi qu'en cas de litige relatif au droit du travail traité par des instances juridiques inférieures) peu de problèmes, voire n'en pose aucun. De toute façon, si seul l'article 361 CO est révisé, cette révision risque de faire naufrage en raison des rapports de majorité existants au sein de l'actuel Parlement et, par là, d'entraîner d'autant plus de problèmes juridiques dans ce domaine.

En raison du veto opposé par l'UPS dans la Commission tripartite pour les affaires de l'OIT, le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche a informé le Conseil fédéral qu'aucun accord n'avait pu être trouvé entre les partenaires sociaux en matière de protection contre le licenciement.

Prochaines étapes pour les syndicats

L'OFJ voulait déjà proposer au Conseil fédéral de faire une croix sur le projet.

L'USS a pu l'empêcher en invoquant le centenaire de l'OIT en 2019. En raison de ce dernier et de la substantielle contribution de la Suisse (présidence de la Conférence annuelle de juin 2019, etc.), laisser entendre par un tel renoncement que les recommandations de l'OIT sont tout simplement ignorées aurait été un affront pour cette dernière.

On pourrait en outre se servir du moyen que représente la « Déclaration tripartite sur le futur du travail et du partenariat social en Suisse à l'ère de la numérisation de l'économie » faite dans le cadre du centenaire de l'OIT, fortement souhaitée par l'ancien conseiller fédéral Johann Schneider-Ammann, ainsi que de l'étude fondamentale commandée par la Commission tripartite pour les affaires de l'OIT et réalisée par Kurt Pärli et Anne Meier pour que les signataires (donc aussi l'UPS et l'USAM), d'une part, s'engagent à respecter les recommandations de l'OIT et, de l'autre, continuent à vouloir des entretiens sur, entre autres, la mise en œuvre de ces recommandations. Il est donc devenu clair que le Conseil fédéral n'a aucune raison de faire une croix sur cette question. Depuis l'automne 2018, trois séances de suivi de la déclaration ont déjà eu lieu, sous la direction d'une sous-commission de la commission précitée.

Améliorations dans la pratique des tribunaux et dans les CCT

Comme l'a montré le traditionnel colloque juridique de l'USS de fin septembre 2018, qui s'est focalisé sur les questions de la protection contre le licenciement, cette dernière a connu une dynamique insoupçonnée ces dernières années dans la pratique juridique suisse ; cela, malgré, ou précisément à cause de l'absence de réformes au niveau légal. L'USS a mis à l'ordre du jour le thème de la protection contre le licenciement, notamment parce qu'en 2019, sera commémoré le centenaire de l'OIT et que, précisément, les normes de cette dernière ainsi que la plainte de l'USS concernant l'absence de protection contre le licenciement pour les représentant(e)s du personnel et les travailleurs et travailleuses ayant des activités syndicales ont généré une dynamique dans la pratique des tribunaux.

Il s'agissait, pour tous les participant(e)s au colloque de l'USS, d'approfondir et de thématiser cela.

Le droit fixé par les tribunaux à être entendu avant un licenciement pour des raisons de comportement ainsi que, dans certains cas, pour des raisons économiques va dans ce sens. Sur cette question, le Tribunal fédéral, se montrant progressiste et dynamique, a constaté le caractère abusif d'un licenciement en cas de violation de son devoir d'assistance par l'employeur (art. 328 CO). Le tribunal demande que les travailleurs et travailleuses âgés ayant de nombreuses années d'ancienneté derrière eux fassent l'objet d'une attention particulière. Dans les faits, la jurisprudence concerne principalement des travailleurs âgés, de sorte que le critère de l'ancienneté a un effet protecteur indirect. L'absence de cas relevant de la loi sur l'égalité (réengagement selon l'art. 10 de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, LEg) est frappante. Les travailleuses licenciées en raison de leur sexe devraient pourtant avoir tout intérêt à se réclamer de la LEg parce que cette dernière est bien meilleure que le CO. Par exemple, elle permet, dans le cas de licenciements, ou congés de rétorsion, comme on les appelle, le réengagement de la personne concernée, comme le montre un cas récent survenu à l'Hôpital de l'Île, à Berne. Les avocat-e-s et les syndicats sont invités à insister lors des procédures judiciaires pour qu'en cas de licenciements, ce soit la LEg que l'on applique.

Des améliorations significatives ont aussi pu être obtenues dans de nombreuses CCT, concernant la protection contre le licenciement de représentant(e)s du personnel ou de travailleurs ou travailleuses âgés.

Prochaines échéances

Étant donné les majorités politiques existantes, le dossier manque de dynamisme. C'est pourquoi il est nécessaire que l'USS se montre offensive.

Ces douze prochains mois, nous continuerons à prendre les mesures suivantes concernant la suite des opérations dans ce dossier :

- Lors de la prochaine conférence annuelle de l'OIT, en juin 2019, lors de laquelle le respect par la Suisse de la liberté syndicale (convention n°98) est régulièrement passé en revue, nous devons mettre au pilori la situation juridique de la Suisse. Cela, par l'intégration de la Suisse à la « longue liste » des pires cas de violation des conventions de l'OIT. Si nous y parvenons, ce qu'il devrait être possible de savoir au courant du mois de mai, il faudrait essayer de dénoncer ce scandale dans les médias.
- Nous continuons à récolter les cas de licenciements antisyndicaux et les mettrons à disposition de la Confédération syndicale internationale (CSI) pour son rapport annuel sur la liberté syndicale. Force est toutefois de constater que le nombre de cas transmis à l'USS par ses fédérations a plutôt diminué ces dernières années. Le cas échéant, les fédérations prennent des mesures de lutte collective.
- L'USS dénonce publiquement à travers une campagne le scandale de la décision du Conseil fédéral qui ne veut pas réviser l'article 361a CO pour améliorer la protection contre les licenciements antisyndicaux ; cela, en dépit d'une situation juridique claire (expertises CEDH et OIT, recommandations de l'OIT). Nous continuons à effectuer un travail de sensibilisation et médiatique, par exemple en vue du rapport officiel des Nations Unies sur la situation des droits humains en Suisse. À cet égard, nous continuons à former des alliances avec des acteurs actifs dans ce domaine (Amnesty International, HumanRights.ch, etc.). Dans ce but, l'USS adhère aux associations pertinentes (Plate-forme ODD [Objectifs de développement durable, SDG], Plate-forme droits humains). Une proposition de financement de ces activités suivra lors d'une prochaine réunion des organes compétents de l'USS. Les coûts se montent à environ 3 500 francs par an.
- Les fédérations planifient des activités afin de donner davantage de poids à la revendication importante d'une meilleure protection contre le licenciement.
- Lors de la négociation de CCT, on continuera à accorder une attention particulière à la protection contre le licenciement.
- On cherchera si possible en collaboration avec les fédérations des possibilités de présenter un cas devant la CrEDH et de l'y faire juger.
- Les discussions avec les employeurs dans le cadre de la sous-commission de la Commission tripartite pour les affaires de l'OIT seront, si possible, poursuivies et le dossier restera ouvert au Conseil fédéral.

II. Lancements d'alertes (signalement de dysfonctionnements)

Généralités

Le projet de protection des lanceurs et lanceuses d'alerte est arrivé au Parlement fédéral en 2015. Au Conseil national, comme au Conseil des États, il a été décrit comme « hyperbureaucratique » et inutilisable au quotidien. Les parlementaires l'ont donc renvoyé à l'OFJ (proposition de renvoi). Au Conseil national, une proposition de non-entrée en matière de l'UDC a été rejetée par 134 voix contre 49.

L'USS, Transparency International, le PS et les Verts étaient d'avis au sujet des projets de 2009 et de 2013 que l'avant-projet n'offrait déjà pas une protection appropriée. La ligne d'argumentation principale était que le problème ne se situait pas seulement dans la définition du lancement d'alertes et les mécanismes servant à définir ce qui mérite d'être protégé dans ce cas, mais aussi dans le manque d'efficacité des sanctions prévues en cas de licenciement de rétorsion abusif.

Projet OFG : 2^e variante (décembre 2018/2019)

Après avoir très longuement travaillé, l'OFJ a désormais présenté un nouveau projet (message additionnel avec nouveau projet). De ce dernier, on peut dire que, pour qui a su attendre, tout ne s'est pas nécessairement amélioré.

Matériellement, le projet doit être qualifié comme représentant une dégradation du statu quo juridique, raison pour laquelle, l'USS le rejette. Ce qui a déjà été communiqué lors d'une audition, en mars 2019, de la Commission des affaires juridiques du Conseil national. Cette dernière avait invité, outre l'USS, Travail.Suisse, l'UPS et un(e) représentant(e) des avocat(e)s (Anne Meier) ainsi que des universités (Thomas Geiser). Toutes les personnes présentes – sauf la représentante de l'UPS – ont donné une mauvaise note au projet présenté.

Le concept de « signalement de dysfonctionnements » qui serait (désormais) automatiquement considéré comme « lancement d'alerte » et relèverait donc de l'article 321 bis du CO reste très vaste et, de ce fait, inacceptable : tous les délits, mais aussi d'autres actes illégaux doivent être considérés comme des dysfonctionnements. Des infractions aux mesures d'accompagnement, à la loi sur les travailleurs détachés (LDét), le travail au noir ou même des infractions à la loi sur le travail (LTr) ou à la loi sur l'assurance-accidents (LAA) en feraient par exemple aussi partie.

L'annonce de dysfonctionnements ne pourrait plus être faite à l'autorité compétente (p. ex. à l'inspection du travail), mais à l'employeur. Celui-ci devra ensuite répondre dans un délai de 60 jours, et informer de la réception du rapport ainsi que de son traitement, puis prendre des « mesures suffisantes » pour remédier aux problèmes. Il est clair qu'une telle réglementation donnerait toujours la possibilité à l'employeur d'affirmer à l'employé-e lanceur d'alerte que des mesures ont été prises.

L'employé-e ne sera autorisé à s'adresser à l'autorité compétente que s'il n'a pas reçu de réponse dans le délai imparti ou encore si son contrat de travail a été résilié ou s'il a subi un préjudice suite à cette annonce. Une annonce directe est en outre possible uniquement s'il existe un danger grave et imminent pour la vie, la santé, la sécurité des personnes ou l'environnement, ou encore en cas de danger imminent de dommages significatifs.

Le signalement de problèmes aux syndicats ou à d'autres instances de conseil juridique n'étant pas liées par des obligations légales de garder le secret serait traité comme un signalement au

public (p. ex. médias). Il ne serait possible que si l'employé(e) remplit toutes les conditions suivantes :

- Il a des « raisons sérieuses », selon le principe de la bonne foi, de considérer que les faits signalés sont réels.
- Il a déjà signalé des dysfonctionnements à l'autorité compétente.
- Il a prié l'autorité compétente de l'informer sur l'avancement du dossier, mais celle-ci ne lui a pas répondu dans un délai de 14 jours ;
- ou, autre possibilité, l'employé(e)s a été licencié ou a subi un préjudice après avoir fait son signalement à l'autorité.

Les doutes sur le plan matériel pèsent lourds dans la balance. On peut en outre se poser les questions suivantes : est-ce que le projet rendrait impossible une communication qui, actuellement et dans la pratique, est totalement normale et sans problèmes entre les travailleurs et travailleuses et les syndicats ? Exemple : en tant qu'employé(e), je constate que, dans mon équipe ou mon entreprise, certaines dispositions du CO, des LTr, LAA, LDét/mesures d'accompagnement ou de la loi sur le travail au noir (LTN) ne sont pas respectées. Il peut s'agir là de questions liées au droit privé mais aussi du respect du droit public (p. ex. sécurité au travail et protection de la santé, décompte des cotisations aux assurances sociales, respect des salaires minimums). Éventuellement, l'employé(e) n'est pas du tout sûr de la situation juridique et veut de ce fait discuter du cas avec son syndicat et se faire conseiller.

Est-ce que cela sera encore possible avec le nouveau projet de loi ? Non. Ce serait en fait déjà un cas de « lancement d'alerte » où les employé(e)s devraient en conséquence respecter la suite des étapes prévues : donc, d'abord un signalement à l'employeur, ensuite, si les exigences sont remplies, un signalement tout d'abord à l'autorité et enfin, en tout dernier lieu, le cas échéant, un signalement au syndicat...

Le projet ne respecte ainsi ni les droits fondamentaux (OIT, CEDH, Constitution fédérale, etc.), ni la pratique actuelle dans les entreprises. Les employé(e)s ne seraient autorisés à échanger avec les syndicats ni collectivement ni individuellement sur des problèmes, ni à se faire conseiller. Le recrutement (et le partenariat social dans l'entreprise) serait ainsi fortement perturbé, voire impossible. La mise en œuvre d'un grand nombre de lois (LTr, LAA, LDét) permettant aux syndicats de déposer plainte directement (qualité pour agir) en deviendrait plus compliquée.