



CH-3003 Berne

SECO; brv

POST CH AG

par e-mail

Monsieur Georges Politakis

Conseiller juridique

Organisation internationale du Travail

jur@ilo.org

Berne, 4 octobre 2023

Rapport d'information sur la difficulté relative à l'interprétation de la Convention no 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948 : Observations du gouvernement suisse

Monsieur le Conseiller juridique,

Vous nous avez soumis pour avis le rapport d'information sur la suite à donner à la demande du groupe des travailleurs et de 36 gouvernements tendant à ce que la difficulté relative à l'interprétation de la Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948, s'agissant du droit de grève, soit soumise d'urgence à l'appréciation de la Cour internationale de Justice (CIJ) en vertu de l'article 37, paragraphe 1 de la Constitution de l'OIT. Le gouvernement suisse partage les observations suivantes :

1. Remarques préliminaires

Le gouvernement suisse insiste sur la nécessité de transmettre de manière transparente et objective toutes les informations nécessaires pour permettre aux mandants de prendre une décision éclairée sur une éventuelle saisine de la Cour. La Constitution de l'OIT prévoit deux solutions pour résoudre un différend d'interprétation. Le rapport ne présente que la solution de l'article 37, paragraphe 1 de la Constitution. Les autres options possibles, notamment l'instauration d'un tribunal interne *ad hoc* selon l'article 37, paragraphe 2 de la Constitution, devraient être présentées. De plus, le rapport d'information n'expose pas les raisons pour lesquelles l'avis consultatif de la CIJ devrait être rendu d'urgence. Finalement, le contenu des questions n'est pas développé, ni soumis à discussion. Il est indispensable que le contenu de la ou des questions soit discuté de manière substantielle, car les questions déterminent la procédure et son succès.

Secrétariat d'Etat à l'économie SECO
Boris Zürcher
Holzikofenweg 36
3003 Berne
Tél. +41 58 462 29 26
boris.zuercher@seco.admin.ch
<https://www.seco.admin.ch>



2. Les règles d'interprétation selon la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités

Le chapitre « III.1.3. *L'interprétation des traités : règles et pratique* » ne paraît pas être complet.

Premièrement, les particularismes inhérents à l'OIT et à sa structure tripartite n'ont pas été pris en compte de manière systématique. Ces particularités sont affirmées dans les travaux préparatoires et sont reconnues dans la Convention de Vienne. Le caractère tripartite du législateur de l'OIT n'est pas suffisamment analysé. Cela va bien au-delà de la prise en compte des travaux préparatoires en référence au paragraphe 89. La dimension tripartite du législateur est l'une des raisons pour lesquelles, il n'est pas possible d'émettre des réserves aux conventions de l'OIT lors de la ratification. Cet élément est essentiel dans le débat relatif à l'interprétation et le rapport d'information devrait le mentionner.

Deuxièmement, le rapport d'information accorde beaucoup de place à la jurisprudence des autres organes de contrôle en matière de droits de l'Homme. La situation n'est toutefois pas comparable et cela omet les caractéristiques uniques du fonctionnement du système de contrôle de l'OIT.

Troisièmement, selon le rapport d'information, la « *pratique ultérieurement suivie* » mentionnée à l'article 31, paragraphe 3 de la Convention de Vienne est *une conduite qui établit l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité et peut consister en tout comportement (action ou omission) observé par l'organe d'un État* (§75). Or, le fait de nommer le chapitre III.1.2. « *Pratique ultérieurement suivie : les organes de contrôle de l'OIT et le droit de grève* » laisse sous-entendre que la pratique des organes de contrôle constitue une pratique ultérieurement suivie au sens de la Convention de Vienne. Or, les organes de contrôle de l'OIT n'ont pas le mandat pour interpréter les conventions, selon l'art. 37 Cst. De plus, il n'est fait aucune mention, dans le rapport d'information, des recommandations du Comité de la liberté syndicale en relation avec les modalités d'exercice possibles du droit de grève.

3. Le droit de grève en Suisse

Avant de poursuivre l'analyse du rapport d'information et du contenu des questions à soumettre à la Cour, il est nécessaire d'exposer la pratique de notre pays en matière de droit de grève. Le droit de grève est explicitement réglé en droit suisse et a rang constitutionnel. Il est ancré à l'article 28 de la Constitution Suisse (Cst).

Art. 28 de la Constitution suisse : Liberté syndicale

¹ Les travailleurs, les employeurs et leurs organisations ont le droit de se syndiquer pour la défense de leurs intérêts, de créer des associations et d'y adhérer ou non.

² Les conflits sont, autant que possible, réglés par la négociation ou la médiation.

³ La grève et le lock-out sont licites quand ils se rapportent aux relations de travail et sont conformes aux obligations de préserver la paix du travail ou de recourir à une conciliation.

⁴ La loi peut interdire le recours à la grève à certaines catégories de personnes.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF), la grève est le refus collectif de la prestation de travail due, dans le but d'obtenir des conditions de travail déterminées de la part de l'employeur (ATF 125 III 277, consid. 3a ; 132 III 122, consid. 4.3 ; ATF 134 IV 216, consid. 5.5.1).

Le droit de grève est subordonné à quatre conditions, définies par la jurisprudence :

1) *La grève doit se rapporter aux relations de travail.* Plus précisément, elle doit porter selon le Tribunal fédéral sur une question susceptible d'être réglée par une convention collective de travail ou au moins se rapporter aux relations de travail, selon une approche doctrinale plus large. Sont dans tous les cas exclues les grèves politiques, qui n'ont pas de rapport avec la relation de travail et tendent à faire pression sur les autorités (ATF 132 III 122, consid. 4.4.2 ; 125 III 277, consid. 3b).

2) *La grève doit être conforme aux obligations de préserver la paix du travail ou de recourir à une conciliation.* L'obligation de maintenir la paix du travail résulte de l'article 357a, alinéa 2 du Code des obligations suisse (CO). Nous y reviendrons de manière plus détaillée.

3) *La grève doit respecter le principe de la proportionnalité.* Ce principe découle de l'invitation adressée aux parties à l'article 28 alinéa 2, Cst. de régler les conflits "autant que possible" par la négociation ou la médiation (ATF 125 III 277, consid. 3b). Il faut comprendre que la grève n'est licite qu'au titre d'*ultima ratio* (ATF 132 III 122, consid. 4.4.2 et 4.5.4.1). Le TF précise également qu'elle ne doit pas être plus incisive qu'il n'est nécessaire pour atteindre le but visé (critère de la nécessité).

4) *La grève doit être appuyée par une organisation de travailleurs ayant la capacité de conclure une convention collective de travail.* Le texte de l'article 28 Cst. n'a pas repris la quatrième des conditions posées par la jurisprudence, laquelle voulait que la grève soit appuyée par une organisation de travailleurs, donc un syndicat. Toutefois, le législateur n'a renoncé à inscrire cette exigence dans la norme en question que pour des questions rédactionnelles, sans avoir l'intention de procéder à un changement juridique. Le TF a ainsi admis qu'elle était toujours valable (ATF 132 III 122, consid. 4.4.2).

La paix du travail en Suisse

La Suisse attache une importance particulière au dialogue social et à la liberté syndicale. Il existe en Suisse une obligation de maintenir la paix du travail. Cette obligation est fondamentale dans l'ordre social suisse. Elle est inscrite à l'article 357a, alinéa 2 du Code des obligations (CO).

Art. 357a du code des obligations suisse

¹ *Les parties veillent à l'observation de la convention; à cette fin, les associations interviennent auprès de leurs membres en usant, au besoin, des moyens que leur confèrent leurs statuts et la loi.*

² *Chaque partie maintient la paix du travail et, en particulier, s'abstient de tout moyen de combat quant aux matières réglées dans la convention; l'obligation de maintenir la paix n'est illimitée que si les parties en sont convenues expressément.*

L'obligation de la paix au travail lie uniquement les parties à une convention collective de travail (CCT) et prévoit en particulier l'obligation de s'abstenir de tout moyen de combat quant aux matières réglées dans la CCT. Elle comporte également une composante positive, à savoir l'obligation pour les associations d'agir auprès de ses membres pour que ces derniers observent la paix.

Nous distinguons la paix du travail relative et absolue. La paix du travail est considérée comme relative, lorsqu'elle ne concerne que les matières réglées dans la CCT ce qui requiert de manière logique qu'une CCT soit conclue et en vigueur. Une partie contractante ne peut donc, en aucune manière, organiser ou soutenir une grève des travailleurs sur ces points.

Cette obligation de paix du travail peut être étendue par la CCT, qui peut prévoir une interdiction générale de recourir à la grève, quel qu'en soit l'objet (ATF 132 III 122, consid. 4.4.2). On parle alors d'une obligation de paix du travail absolue, par opposition à l'obligation de paix relative du travail consacrée par l'art. 357a, al. 2, CO, qui constitue une obligation légale découlant automatiquement et de plein droit de la conclusion d'une CCT, même en l'absence de toute stipulation particulière à ce sujet dans la convention.

Finalement, en l'absence de CCT, la paix du travail - dans un sens plus large - est également garantie par l'obligation de régler les conflits, autant que possible, par la négociation et la conciliation (art. 28, al. 2, Cst. - principe du recours à la grève comme *ultima ratio*).

4. Le contenu de la ou des questions à soumettre à la Cour

Le gouvernement suisse réitère sa position constante, selon laquelle la procédure ne peut pas être séparée de la question ou des questions d'interprétation à poser. Or, à ce stade, on peut douter que les questions soumises, telles qu'elles sont formulées soient véritablement des questions d'interprétation au sens de l'article 37 de la Constitution et qu'elles soient recevables pour la CIJ. Les questions proposées n'ont jamais été discutées, ni négociées sur le fond. La question posée détermine la procédure à mettre en place et non pas l'inverse. La Suisse souhaite modestement apporter sa contribution à la formulation de la ou des questions à poser.

La première question posée n'est, selon la Suisse, pas suffisamment précise.

Deuxièmement, le fait de savoir si le droit de grève des travailleurs et de leurs organisations est ou non protégé par la Convention n° 87 ne permettrait pas de savoir quelles sont les modalités d'exercice de ce droit. Or, selon les discussions et échanges au sein du Comité de liberté syndicale, c'est bien là que réside la question. Le cœur de la problématique réside dans la mise en œuvre du droit de grève.

Le Comité de la liberté syndicale s'est penché sur la question. Il a notamment affirmé que les conditions de licéité d'une grève doivent être raisonnables et ne pas constituer une limitation importante aux possibilités d'action des organisations syndicales ; qu'il n'est pas attentatoire à la liberté syndicale de conditionner une déclaration de grève à une procédure de conciliation, pour autant que le recours à l'arbitrage ne présente pas un caractère obligatoire et n'empêche pas, en pratique, le recours à la grève ; ou qu'une décision de suspendre une grève pour une période raisonnable de façon à permettre aux parties de rechercher une solution négociée grâce à des efforts de médiation ou de conciliation ne constitue pas une violation des principes de la liberté syndicale¹.

Troisièmement, le Comité de la liberté syndicale est le premier à avoir reconnu le droit de grève comme moyen légitime de défense des intérêts des travailleurs et le corollaire de la liberté syndicale et du droit d'organisation collective. Ce principe vaut pour l'ensemble des membres de l'OIT qu'ils aient ou non ratifié la Convention en question.

Ce principe a par la suite été repris par la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'OIT (CEACR) dans le cadre du contrôle de l'application de la Convention n° 87 par les pays l'ayant ratifiée. A leur égard, le respect du droit de grève a ainsi changé de nature : il n'a plus seulement valeur de principe mais s'impose à eux comme une obligation juridique avec les conséquences que cela peut entraîner en cas de manquement (obligation de dénoncer ou mise en œuvre éventuelle de mesures de contrainte). Ainsi, l'interdiction d'interdire le droit de grève comme principe et corollaire de la liberté syndicale s'est transformée en droit. S'il est reconnu que la Convention n° 87 interdit le droit de grève sans pour autant le régler, la question de savoir à qui il reviendrait de fixer les modalités du droit de grève devrait alors se poser.

Il ne s'agirait plus d'une question d'interprétation de la Convention mais de la Constitution. La question consisterait alors de demander à la CIJ s'il revient : a) aux législateurs tripartites ; b) aux organes de contrôle ; c) aux juges de la CIJ ; ou d) aux juges d'un tribunal interne (art. 37, para. 2) de fixer le contenu, les modalités d'exercice et les limites éventuelles du droit de grève de manière contraignante alors que ces éléments ne sont pas traités dans le corpus législatif existant.

La deuxième question proposée dans le projet de résolution ne constitue pas, selon le gouvernement suisse, une question d'interprétation au sens de l'art. 37 Cst. Il s'agit d'une **question de compétence**

4/5

et de mandat de la CEACR. Or, l'article 37, para. 1 précise : *toutes questions ou difficultés relatives à l'interprétation de la présente Constitution et des conventions ultérieurement conclues par les Membres, en vertu de ladite Constitution, seront soumises à l'appréciation de la Cour internationale de Justice*. L'interprétation du mandat de la CEACR relève exclusivement de la Conférence internationale du Travail sur recommandation du Conseil d'administration. La question ne peut par conséquent pas tomber dans le champ d'application de l'art. 37, para. 1 de la Constitution de l'OIT, car il ne s'agit pas d'une question d'interprétation d'une Convention ou de la Constitution.

5. Annexe 2 : Projet de résolution du Conseil d'administration

Il est, selon le gouvernement suisse et pour les raisons expliquées plus haut, à ce stade prématuré de proposer un projet de résolution. En particulier, le projet de résolution mentionne que la seule solution viable consiste à solliciter un avis juridique faisant autorité auprès de la Cour, alors même que les options notamment celle de constituer un tribunal interne ne sont pas exposées dans le rapport d'information. De plus, le caractère urgent de la décision n'a pas été argumenté ni le contenu des questions négocié.

Concernant le caractère urgent de la décision de la CIJ, le différend d'interprétation existe depuis plus de 10 ans déjà, sans compter le fait que la thématique fût abordée pour la première fois en 1953. Il semble par conséquent difficilement justifiable de demander à la Cour d'examiner les mesures possibles pour accélérer la procédure, conformément à l'article 103 du Règlement de la Cour, de manière à répondre d'urgence à cette demande. Dans tous les cas, le rapport d'information devrait présenter les arguments et la procédure justifiant ou non une telle demande.

6. Conclusion

Tout en respectant la demande officielle déposée par le groupe des Travailleurs ainsi que le travail du Bureau, la Suisse estime que le rapport d'information n'est pas encore exhaustif. Des lacunes subsistent et cela ne permet pas entièrement aux mandants de prendre une décision éclairée. Nous réitérons notre demande de pouvoir activement participer aux discussions notamment sur le contenu des questions à poser à la CIJ. Le rapport d'information devrait être révisé et complété.

Selon la demande du Directeur général dans sa lettre du 31 août, nous avons informé nos partenaires sociaux et leur avons transféré les lettres et le rapport d'informations. Vous trouvez en annexe les prises de position de nos partenaires sociaux.

Nous vous remercions, Monsieur le Conseiller juridique, de prendre bonne note de ces observations et vous présentons, nos salutations distinguées.

Secrétariat d'Etat à l'économie



Boris Zürcher

Chef de la Direction du travail