

Conventions de l'OIT et droit suisse du travail : une nouvelle approche

Longtemps ignorés, les instruments de l'Organisation internationale du travail sont depuis peu mieux pris en compte par le Tribunal fédéral. Ce changement ouvre de nouvelles perspectives pour le droit suisse du travail. *Jean-Philippe Dunand*

Abrégé Le droit de l'Organisation internationale du travail (OIT) a été largement ignoré dans l'ordre juridique suisse. Ainsi, dans un arrêt rendu en 2012, le Tribunal fédéral s'est limité à considérer que les conventions de l'OIT n'étaient pas directement applicables et qu'elles ne pouvaient pas être invoquées directement par les particuliers devant les autorités administratives ou judiciaires de notre pays. Mais le Tribunal fédéral a depuis peu réorienté sa jurisprudence : il a en effet expressément reconnu la pertinence du droit de l'OIT dans deux arrêts successifs datant de 2017 et 2018.

Diverses raisons sont traditionnellement invoquées pour ignorer le droit de l'Organisation internationale du travail (OIT). Selon certains en effet, il n'a pas de portée concrète dans l'ordre juridique suisse. Premièrement, le droit de l'OIT serait matériellement inutile puisque la Suisse ne ratifie une convention de cette institution que lorsque la législation suisse lui est déjà conforme ou coïncide dans les grandes lignes avec elle. Deuxièmement, le droit de l'OIT n'est généralement pas directement applicable, car il ne contient pas de règles de droit suffisamment précises pour être appliquées comme telles à un cas d'espèce et constituer le fondement d'une décision concrète. Troisièmement, les procédures contentieuses prévues au sein de l'OIT (c'est-à-dire les procédures de plainte ou de réclamation) ne sont pas ouvertes aux particuliers. Enfin, les avis des organes de contrôle de l'OIT, comme le Comité de la liberté syndicale et la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, ne sont pas juridiquement contraignants à l'égard du législateur ou des autorités judiciaires.

On peut citer comme représentatif de cette tendance un arrêt du Tribunal fédéral rendu suite à des événements survenus aux abords d'un célèbre restaurant du canton de Genève.

Syndicalistes coupables de violation de domicile

C'est ainsi que le 7 octobre 2009, des représentants syndicaux se sont rendus sur le parking réservé à la clientèle de cet hôtel-restaurant et sur celui des employés. Ils ont apposé sur les véhicules qui s'y trouvaient, notamment ceux des clients, des tracts relatifs à la Convention collective de travail nationale de l'hôtellerie et de la restauration. Attaqués en justice par les tenanciers de l'établissement, ils ont été reconnus coupables en 2010 de violation de domicile. Les représentants syndicaux ont ensuite contesté cette condamnation jusqu'au Tribunal fédéral, qui a rejeté leur recours en septembre 2012 : la Haute Cour a estimé que les recourants ne pouvaient tirer aucun argument des conventions de l'OIT sur la liberté syndicale puisque celles-ci ne sont pas, selon elle, directement applicables¹.

Mais le Tribunal fédéral a changé d'optique dans deux arrêts récents, dans lesquels il a largement tenu compte des conventions et des avis des organes de contrôle de l'OIT.

Liberté syndicale reconnue

Le 21 novembre 2011, le Conseil d'État tessinois instaurait des règles restrictives en matière d'accès des représentants syndicaux aux locaux de l'administration publique : interdiction de principe, nécessité d'une autorisation préalable, limitation des thèmes de discussion et des horaires, etc. En septembre 2017, toutefois, le Tribunal fédéral a admis le recours d'un syndicat qui demandait l'annulation de ces règles en invoquant notamment une violation du principe de la liberté syndicale².

¹ Pour davantage de détails, voir l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_758/2011 du 24 septembre 2012, considérant 1.3.2.

² Pour davantage de détails, voir l'arrêt du Tribunal fédéral 144 I 50 du 6 septembre 2017, considérant 5.3.3.

Selon le Tribunal fédéral, il n'importe pas de déterminer dans quelle mesure les conventions de l'OIT n°87 (liberté syndicale et protection du droit syndical) et 98 (droit d'organisation et de négociation collective) ont un caractère directement applicable ou non puisque leur contenu se recoupe partiellement avec celui d'autres instruments internationaux qui lient la Suisse, comme la Convention européenne des droits de l'homme et le Pacte international de l'ONU relatif aux droits civils et politiques. De manière tout aussi intéressante, le Tribunal fédéral cite à plusieurs reprises les travaux des organes de contrôle de l'OIT. Notre Haute Cour précise que ces travaux constituent une source d'information importante pour l'interprétation des conventions de l'OIT.

L'OIT aussi défavorable aux employés

Le Tribunal fédéral a confirmé ce changement de tendance en 2018. Dans le cadre d'un long conflit de travail, un hôpital sis sur le canton de Neuchâtel a licencié avec effet immédiat, en date du 4 février 2013, 22 employés qui étaient en grève depuis plus de deux mois. Le Tribunal fédéral a rejeté le recours des anciens employés en considérant que la grève était devenue illicite et que les licenciements immédiats étaient justifiés³. Se référant à l'arrêt de 2017, qu'il confirme donc sur ce point, le Tribunal fédéral a précisé que la pratique du Comité de la liberté syndicale pouvait servir, suivant les circonstances, à l'interprétation du droit suisse.

Notons que dans ce litige, la pratique du Comité plaidait en défaveur des employés: en effet, celui-ci admet en règle générale 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 de la liberté syndicale.

Une nouvelle approche

Le Tribunal fédéral a donc visiblement adapté sa jurisprudence dans le sens d'une meilleure prise en compte des instruments de l'OIT et de la pratique des organes de contrôle. Indépendamment du caractère directement applicable des normes d'une convention de l'OIT, il est tout à fait possible de se référer aux avis des organes de contrôle pour interpréter les instruments de l'OIT ainsi que le droit suisse.

Cette approche, qui correspond à l'opinion exprimée par une partie croissante de la doctrine, ouvre de nouvelles perspectives pour le droit suisse du travail. Ainsi, les avis de la Commission d'experts de l'OIT sur l'application de la Convention n°111 (qui concerne la discrimination dans l'emploi et la profession) pourront être pris en considération lorsqu'il s'agira d'interpréter les dispositions du droit suisse qui s'appliquent en cas de discrimination dans les relations de travail.

³ Pour davantage de détails, voir l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_64/2018 du 17 décembre 2018, considérants 5 et 6.



Jean-Philippe Dunand

Avocat, professeur de droit du travail à l'université de Neuchâtel