



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de l'économie DFE
Secrétariat d'Etat à l'économie SECO

Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du
Bureau international du Travail

Cas n° 2265 :

**Plainte de l'Union syndicale suisse contre le gouvernement et l'Etat suisses
en violation des droits syndicaux**

**Observations du Conseil fédéral suisse sur le suivi donné à
la recommandation du Comité du 15 novembre 2006**

Berne, le 26 septembre 2008

Liste des abréviations

ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
BIT	Bureau international du Travail
CC	Code civil suisse
CF	Conseil fédéral
CN	Conseil national
CO	Code suisse des obligations
Comité	Comité de la liberté syndicale
CPC	Code de procédure civile
FJS	Fiches juridiques suisses
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
JT	Journal des Tribunaux
JU-TRAV	Recueil de jugements du droit du travail
LEg	Loi fédérale sur l'égalité
OIT	Organisation internationale du Travail
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie
SJ	Semaine judiciaire
TF	Tribunal fédéral
UPS	Union patronale suisse
USS	Union syndicale suisse

TABLE DES MATIERES

0	Structure du rapport.....	4
1	Suivi donné à la recommandation du Comité du 15 novembre 2006	5
2	Examen des 10 cas supplémentaires.....	9
2.1	Cas Caran d'Ache SA, Genève	10
2.2	Cas Nove Impressions et Conseils SA, Nyon (VD)	13
2.3	Cas Établissement médico-social (EMS) La Colline.....	21
2.4	Cas Fondation de Nant.....	23
2.5	Cas Laiteries Réunies de Genève.....	42
2.6	Cas Flasa S.A.	44
2.7	Conclusions	45
3	Consultation de la Commission fédérale tripartite	47

0 Structure du rapport

- Le **chapitre 1** fait état de la situation actuelle quant au suivi donné à la recommandation du Comité de la liberté syndicale du 15 novembre 2006.
- Le **chapitre 2** présente l'examen, l'information disponible et la situation en droit et en fait quant aux 10 nouveaux cas dénoncés par l'Union syndicale suisse (USS) telles qu'elles figurent dans la transmission du Bureau international du travail (BIT) du 12 avril 2006. Il contient une appréciation de chaque situation, ainsi qu'une conclusion générale sur les cas.
- Le **chapitre 3** mentionne la consultation de la Commission fédérale tripartite pour les affaires de l'OIT sur le projet du présent rapport.

1 Suivi donné à la recommandation du Comité du 15 novembre 2006

1 Le CF a présenté ses observations relatives au cas n° 2265 dans un rapport daté du 31 mars 2004 qui a été porté à la connaissance du Comité de la liberté syndicale (Comité) par courrier du 1^{er} avril 2004.

2 Le cas n° 2265 a été traité le 17 novembre 2004, lors de la 291^e session du Conseil d'administration du BIT. A cette occasion, la délégation gouvernementale suisse a accepté la recommandation du Comité figurant au paragraphe 1356 de son rapport portant cote 291/7, et dont la teneur était la suivante :

"Au vu des conclusions intérimaires qui précèdent, le comité invite le Conseil d'administration à approuver la recommandation suivante :

Le comité invite le gouvernement, de concert avec les organisations d'employeurs et de travailleurs, à examiner la situation actuelle en droit et en pratique en matière de protection contre les licenciements pour motifs antisyndicaux afin que, à la lumière des principes exposés ci-dessus et si la discussion tripartite l'estime nécessaire, des mesures soient prises pour qu'une telle protection soit réellement efficace dans la pratique. Le comité demande au gouvernement de lui fournir des informations sur l'évolution de la situation quant aux questions traitées dans ce cas."

3 Le CF a présenté ses observations supplémentaires au cas n° 2265 dans un rapport daté du 16 juin 2006, qui a été porté à la connaissance du Comité par courrier du 19 juin 2006. Dans ce rapport, le CF précise notamment que :

- l'USS avait livré à l'OIT de nouveaux développements concernant sa plainte du 14 mai 2003;
- le BIT avait transmis ces allégations additionnelles aux services de l'administration fédérale le 12 avril 2006, ainsi qu'une liste de 10 nouveaux cas dénoncés par l'USS;
- le dossier ne serait jamais traité s'il était sans cesse confronté à de nouveaux éléments; le CF livrerait au Comité, le moment venu, un rapport séparé relatif aux nouveaux développements.

4 Le cas n° 2265 a été traité le 15 novembre 2006, lors de la 297^e session du Conseil d'administration du BIT. A cette occasion, la délégation gouvernementale suisse a pris note de la recommandation du Comité figurant au paragraphe 1148 de son rapport portant cote 297/10, et dont la teneur était la suivante :

"a) Le comité prie le gouvernement de prendre des mesures pour prévoir le même type de protection pour les représentants syndicaux victimes de licenciements antisyndicaux que pour ceux victimes de licenciements violant le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes, y compris la possibilité d'une réintégration, eu égard aux principes fondamentaux mentionnés plus haut et conformément aux conventions nos 87 et 98 ratifiées par la Suisse.

b) Le comité encourage la poursuite des discussions tripartites sur l'ensemble de la question, y compris la situation dans certains cantons relative aux indemnités pour licenciement antisyndical.

c) Le comité demande au gouvernement de lui soumettre dès que possible ses commentaires relatifs aux dernières allégations de l'organisation plaignante contenues dans sa communication du 7 avril 2006.

d) Le comité rappelle que l'assistance technique du Bureau est à la disposition du gouvernement."

5 Dans sa communication au 24 novembre 2006, suite à la réunion de la Commission fédérale tripartite pour les affaires de l'OIT du 21 novembre 2006, le SECO a informé le Directeur général du BIT sur le suivi du dossier en les termes suivants :

"Le 21 novembre 2006, la Commission fédérale tripartite pour les affaires de l'OIT, commission extraparlamentaire qui regroupe des représentants des employeurs, des travailleurs et du gouvernement, s'est réunie pour examiner les grandes lignes d'action afin de donner suite aux conclusions intérimaires du Comité de la liberté syndicale et à la recommandation du Conseil d'administration du 15 novembre 2006. La Commission a également décidé de geler le rapport que le gouvernement aurait dû livrer au Comité de la liberté syndicale sur les 10 cas présentés par l'Union syndicale suisse dans son courrier du 7 avril 2006. A cet égard, la Commission a

estimé vouloir se concentrer sur le suivi du dossier, et que l'examen des allégations additionnelles ferait l'objet d'un futur rapport du gouvernement. Nous vous prions de prendre note que la mise en œuvre de la lettre c) de la recommandation susmentionnée est suspendue et renvoyée à plus tard."

6 Depuis lors, les travaux de suivi à la recommandation du 15 novembre 2006 se sont poursuivis selon un calendrier de travail porté à la connaissance du Comité. La Commission fédérale tripartite pour les affaires de l'OIT s'est réunie les 21 novembre 2006, 24 janvier 2007 et 22 mars 2007 pour étudier le suivi à donner à la recommandation du Comité du 15 novembre 2006, sous réserve du résultat des travaux effectués par les associations faïtières des partenaires sociaux (Union patronale suisse, Union suisse des arts et métiers; Union syndicale suisse; Travail.suisse). Les membres de ces associations faïtières se sont rencontrés les 12 juin, 18 septembre et 18 décembre 2007. Ils ont passé en revue diverses options d'adaptations partielles du CO pour tenter de donner suite à la recommandation du Comité du 15 novembre 2006.

7 Les associations faïtières n'ont pas été en mesure de se mettre d'accord sur la recherche d'un consensus politique, même sur un projet minimal de révision partielle du CO qui ne prévoyait pas la réintégration du travailleur licencié abusivement pour motifs anti-syndicaux. Ces associations semblent actuellement vouloir accorder leur attention prioritaire à l'amélioration de la protection des salariés dans le cadre de la poursuite des discussions sur la libre circulation des personnes.

8 Le Chef de la Direction du travail du SECO s'est rendu ensuite au Département des normes du BIT le 8 février 2008 pour tenir le BIT informé de la situation et recueillir l'avis du BIT, dans l'esprit de la lettre d) de la recommandation du Comité du 15 novembre 2006. Cet échange de vues a porté sur l'évolution de la situation au regard des résultats engrangés fin 2007 pour donner suite à la recommandation du Comité du 15 novembre 2006. Il en est ressorti qu'il était important que la Suisse fasse preuve de volonté politique d'aller dans le sens de ce que le Comité recommande afin de renforcer la protection contre les licenciements abusifs pour motif anti-syndical.

9 En l'absence de consensus politique au niveau des associations faitières des partenaires sociaux, il ressort qu'un projet de modification législative, même minimal, au sens de la lettre a) de la recommandation du Comité du 15 novembre 2006 n'aurait aucune chance de succès devant le Parlement. Il est donc renoncé à donner suite, à ce stade, à la lettre a) de la recommandation susmentionnée au moyen d'un projet de révision législative. Vu les circonstances décrites ci-dessus, les Observations du Conseil fédéral ne traitent pas de l'analyse politique de la situation faite par l'USS, ni de la proposition de modification législative rédigée de toutes pièces, telles que transmises par l'USS dans son courrier du 7 avril 2006.

10 Ceci étant, le Conseil fédéral poursuivra la discussion avec les partenaires sociaux suisses dans l'esprit des lettres a) et b) de la recommandation du 15 novembre 2006, en prenant en compte le contexte politique. Le Conseil fédéral envisage d'inviter les partenaires sociaux à examiner la possibilité d'inclure, dans leurs conventions collectives de travail (CCT), des dispositions améliorant la protection des travailleurs licenciés abusivement pour motifs anti-syndicaux. Cette approche permettrait donc d'engranger des "best practicies" qui pourraient constituer, plus tard et autant que nécessaire, la base d'une éventuelle législation. Selon l'article 362 du CO, il est en effet loisible aux partenaires sociaux de déroger en faveur des travailleurs aux dispositions semi-impératives du CO concernant la protection contre les congés. Le SECO offrira donc son soutien aux partenaires sociaux dans ce sens. Selon les dernières publications, le taux général de couverture des conventions collectives de travail se situe à 48 %, mais on peut partir de l'idée que le pourcentage des travailleurs effectivement protégés par cette proposition serait largement supérieur. La discussion sur cette option devra se poursuivre le moment venu au sein de la Commission tripartite pour les affaires de l'OIT.

2 Examen des 10 cas supplémentaires

11 Vu ce qui précède, la partie 2 du rapport traite de la lettre c) de la recommandation du Comité du 15 novembre 2006, invitant le gouvernement de lui soumettre dès que possible ses commentaires relatifs aux dernières allégations de l'organisation plaignante contenues dans sa communication du 7 avril 2006. Les Observations du CF examinent les 10 cas supplémentaires et non pas l'ensemble des allégations contenues dans la lettre de l'USS du 7 avril 2006.

12 Pour formuler les Observations du CF en relation avec les 10 cas présentés par l'USS dans ses allégations additionnelles, les services de l'administration fédérale ont contacté les instances compétentes des différents cantons ou districts concernés. D'une manière générale, ces instances ont fourni des informations fort utiles au gouvernement qui les remercie pour leur coopération.

13 La juridiction des Prud'hommes du Canton de Genève a toutefois répondu à la demande d'information de la manière suivante, à la signature de la greffière-juriste de la juridiction :

"La présente fait suite à votre demande du 21 avril 2006(...)

Afin que je puisse donner suite à votre requête, je vous invite à bien vouloir m'indiquer sur quelle base légale notre autorité est habilitée à vous fournir les documents demandés (...)"

La demande d'information des services de l'administration fédérale ne reposant sur aucune base légale, mais sur la bonne volonté de coopération des instances consultées, force est de conclure que la juridiction genevoise susmentionnée a réservé une fin de non recevoir à la requête des services administratifs fédéraux.

14 Pour le cas de EMS La Colline, à Chexbres, l'Office de conciliation du canton de Vaud a tenu à préciser ce qui suit :

"Nous avons examiné votre requête avec attention et ne pouvons pas y donner une suite favorable pour les raisons suivantes :

L'Office cantonal de conciliation et d'arbitrage en cas de conflits collectifs (ci-après : l'office) n'est pas une instance de décision en ce qui concerne la procédure de conciliation comme dans le cas évoqué ci-dessus. Il se borne en effet à proposer des solutions qui sont acceptées ou refusées par les parties et son fonctionnement n'implique pas les mêmes normes juridiques que les instances judiciaires ou arbitrales qui rendent des sentences.

La mission de l'office est fondée essentiellement sur la confidentialité, qui fait la force de cette institution. Afin de ne pas trahir la confiance des parties, l'office a pour principe de ne jamais transmettre ses dossiers (...)"

15 Les services de l'administration fédérale ont également contacté l'Union patronale suisse (UPS), à Zurich, afin d'obtenir des informations complémentaires, notamment auprès des entreprises concernées. L'UPS a accédé à cette demande dans un esprit d'ouverture et de complète coopération, ce dont le gouvernement lui sait gré.

16 L'examen des cas repose donc sur les différentes sources d'information susmentionnées.

2.1 Cas Caran d'Ache SA, Genève

17 L'USS présente les cas de licenciement de 2 des 3 membres de la Commission du personnel administratif et d'encadrement technique de Caran-d'Ache SA, MM Rémi Cottenceau et Jean-Marc Hochuli :

"Caran d'Ache SA est une entreprise occupant environ 280 personnes. Le personnel d'exploitation, soit environ 100 personnes, a sa propre Commission du personnel et est soumis à une autre convention collective de travail que le personnel administratif et technique qui compte environ 180 personnes. La Commission du personnel administratif et d'encadrement technique a été réélue le 11.12.2003, au terme d'une procédure électorale sollicitée par le personnel et acceptée par la direction. Les résultats de l'élection ont été validés notamment par Madame Ghislaine JACQUEMIN, directrice des ressources humaines et représentante de la direction au sein de la Commission électorale."

"La Commission du personnel a travaillé et rencontré la direction à plusieurs reprises en 2004 et 2005."

"En septembre 2005, la direction a licencié 4 personnes sur 180 employés administratifs et techniques, pour raison économique, dont 2 des 3 membres de la Commission du personnel, sans invoquer aucune faute à leur égard. Les deux membres licenciés ont saisi le Tribunal de la juridiction des Prud'hommes du Canton de Genève."

"Lors de l'audience de conciliation, Caran d'Ache SA a accepté de verser à Monsieur Rémi COTTENCEAU l'équivalent de six mois de salaire à titre d'indemnité, soit l'indemnité maximale qui peut être obtenue au terme de la procédure pour licenciement abusif d'un représentant du personnel."

"Le cas du collègue Jean-Marc HOCHULI est encore pendant devant la juridiction des Prud'hommes du Canton de Genève."

18 En l'absence d'information de la juridiction prud'homale genevoise et selon les renseignements supplémentaires recueillis, l'entreprise tient à relever ce qui suit quant au contexte dans lequel les événements décrits par l'USS se sont effectivement déroulés :

- Depuis quelques années, Caran d'Ache SA se trouve dans une situation financière difficile, son chiffre d'affaires ne progressant pas, alors que la masse salariale ne cesse proportionnellement d'augmenter. La concurrence étant très forte, il a fallu prendre des décisions importantes, et plutôt que de délocaliser, il a été décidé de viser les marchés de niche.
- La Direction générale a été priée de prendre les mesures nécessaires afin d'améliorer la situation en adaptant notamment la masse salariale. Les places de travail jugées non conformes à la stratégie de rationalisation et de progression de l'entreprises ont ainsi été supprimées, pour des raisons économiques.
- S'agissant de MM. Rémy Cottenceau et Jean-Marc Hochuli, leur contrat de travail a été, comme celui d'autres cadres, résilié pour ces seuls motifs.
- Il n'est pas contesté que ces deux collaborateurs étaient, au moment de leur licenciement, membres de la commission du personnel administratif. Mais ce n'est certainement pas pour cette raison qu'ils ont été licenciés, contrairement à ce qu'affirme l'USS.
- Monsieur Rémy Cottenceau, puis Monsieur Jean-Marc Hochuli ont effectivement déposé, par la suite, une demande en justice auprès de la juridiction des Prud'hommes de la République et Canton de Genève. Les Tribunaux n'ont

néanmoins pas eu à se prononcer à ce sujet dans la mesure où un accord a été trouvé au stade de la conciliation.

- Avant qu'une demande ne soit déposée devant les juridictions prud'homales, l'entreprise a proposé à MM. Rémy Cottenceau et Jean-Marc Hochuli une indemnité de départ, eu égard au fait qu'il s'agissait de licenciements économiques. Les intéressés ont toutefois rejeté ces offres, estimant qu'elles n'étaient pas assez intéressantes.
- Les deux demandes en justice qui ont été déposées devant la juridiction des Prud'hommes ont abouti à des procès-verbaux de transaction, lesquels ont mis un terme définitif aux litiges.
- Lors de la discussion, l'entreprise ayant décidé de leur proposer des indemnités plus généreuses, MM. Rémy Cottenceau et Jean-Marc Hochuli ont accepté l'arrangement proposé par l'entreprise, par gain de temps et de paix.

19 Appréciation :

- Les licenciements des travailleurs mentionnés par l'USS ont été effectués pour des raisons économiques, l'entreprise se trouvant dans une situation financière difficile.
- Les deux demandes en question déposées devant la juridiction des Prud'hommes ont abouti à des procès-verbaux de transaction. Ces demandes ont fait l'objet d'une procédure régulière devant une instance judiciaire, et les droits des parties ont été respectés, un arrangement entre les parties sur la base des dispositions légales existantes ayant été trouvé.
- Il n'y a plus de procédure pendante.
- Il n'y a pas de jugements faisant état de licenciements pour motifs antisyndicaux.
- Le cas porté par l'USS à la connaissance du Comité n'est pas probant, et l'entreprise conteste les propos de l'USS.

2.2 Cas Nove Impressions et Conseils SA, Nyon (VD)

20 L'USS précise le cas du licenciement de Monsieur Marc BOUTIN :

"En 2003, lors des élections à la Commission du personnel, Monsieur Michel PYTHON, premier employé à se porter candidat est licencié. Un membre du personnel, Monsieur Marc BOUTIN, fait signer une pétition contre ce licenciement. Le syndicat Comédia obtient ensuite une indemnisation de la part de l'entreprise pour Monsieur PYTHON. Les élections n'ont pas lieu."

"Au début de l'été 2003, Monsieur Marc BOUTIN, approché à cette fin par la direction, accepte d'être nommé membre de la Commission du personnel. Il était également représentant (personne de contact) du syndicat Comédia dans l'entreprise."

"Un procès-verbal d'une réunion syndicale, au cours de laquelle Monsieur BOUTIN expose la situation difficile que vit le personnel dans l'entreprise Nove, parvient à la direction de celle-ci au cours de la 2^{ème} moitié du mois d'avril 2004. Le 10 mai 2004, lors d'une séance de la Commission du personnel de l'entreprise Nove, à laquelle Monsieur BOUTIN ne peut pas participer car il travaille en équipe, le directeur de l'entreprise rapporte que des torts importants ont été causés à l'entreprise par un employé (il ne peut s'agir que de Monsieur BOUTIN) auprès du syndicat, sous forme de rumeur négative et destructrice. Le 25 mars 2004, Monsieur BOUTIN est licencié. La raison invoquée est celle de la mauvaise conjoncture et d'une situation économique difficile. Le poste de Monsieur BOUTIN est pourtant repourvu et, au moment du licenciement, les horaires étaient prolongés de trois heures par jour en raison du grand volume de travail à traiter."

"Dans un jugement du 11 janvier 2005, le Tribunal des Prud'hommes de la Côte (VD) déboute Monsieur BOUTIN en invoquant les deux motifs suivants :

- il n'est pas prouvé que c'est lui qui a critiqué fortement l'entreprise lors d'une réunion syndicale et que c'est ce motif qui est à l'origine du licenciement;*
- il a été nommé à la Commission du personnel de la défenderesse, ayant été approché par la direction à cette fin, mais pas formellement élu par le personnel et ne bénéficierait dès lors pas de la protection contre les licenciements abusifs.*

Dégoûté, Monsieur BOUTIN s'est refusé à poursuivre plus avant la procédure et à faire recours au Tribunal cantonal."

21 L'arrêt de la Juridiction prud'homale nyonnaise contient des éléments déterminants pour l'examen du cas.

Quant aux faits, l'arrêt relève notamment que :

- *"Au début de l'été 2003, Monsieur Marc Boutin (ci-après, le demandeur) a été nommé à la commission du personnel de l'entreprise. Il n'a pas été élu par les travailleurs, mais a été approché par la direction, comme le confirme un témoignage."*
- *"Le demandeur a allégué avoir œuvré pour obtenir, tant pour lui-même que pour ses collègues de travail, une rémunération de 25 % supplémentaire pour les heures supplémentaires. Ce point n'est pas ressorti des témoignages ni des pièces. Au reste, ni les témoins ni les pièces n'ont montré que le demandeur se serait beaucoup battu pour ses collègues."*
- *"Il est en revanche constant qu'un désaccord est survenu entre le demandeur et le responsable de production de l'entreprise, qui a engendré des échanges de correspondances entre les parties intéressées, mais cet échange est resté sans suite."*
- *"L'entreprise a connu, ces dernières années, de graves difficultés économiques ayant mené à plusieurs mesures de restructuration : 8 personnes licenciées en 2002 et 2 départs n'ont pas fait l'objet de remplacement; en 2003, 4 départs non remplacés; en 2004, le demandeur a été licencié; fin janvier 2005, le responsable de production est parti sans être remplacé; même le directeur de l'entreprise a vu son taux d'engagement réduit, sans nouveaux engagements."*
- *"Quant au licenciement du demandeur, l'entreprise avait demandé au responsable de production de choisir une personne parmi le groupe des imprimeurs, parce que c'était là que se trouvait la plus importante masse salariale par rapport au travail à effectuer. Le responsable de production a examiné la situation au regard de 6 personnes et de l'apprenti occupés dans cette unité; le demandeur avait un salaire parmi les plus élevés et apparaissait comme guère motivé. C'est cette raison qui l'a incité à proposer son licenciement à la direction de l'entreprise."*
- *"Sur la base de cette proposition, le demandeur a été licencié par courrier du 25 mai 2004 pour le 31 juillet 2004, et ce congé a été reporté au 31 août 2004 en raison d'une incapacité de travail d'une durée du 17 juin au 16 juillet."*
- *"Par courrier du 17 août 2004, le demandeur a fait opposition à son congé, au motif que ce congé était abusif : il considérait que son appartenance au syndicat Comedia et à la commission du personnel était la principale cause de son licenciement, les raisons économiques invoquées n'étant qu'un prétexte. Il*

requerrait en outre le paiement de 25 % de supplément sur toutes les heures supplémentaires qu'il avait effectuées depuis la signature du contrat collectif de travail par Nove, soit depuis le 1^{er} janvier 2003."

- *"Par requête du 11 novembre 2004, le demandeur a ouvert action devant le Tribunal en réclamant une indemnité de 39'600.-- francs suisses pour licenciement abusif, ramenée à 29'700.-- francs suisses plus intérêt à 5 % du dépôt de la demande pour justifier de la saisine du Tribunal compétent."*
- *"La conciliation a vainement été tentée et les parties ont maintenu leur position."*
- *"Quatre témoins ont été entendus à l'audience de jugement du 11 janvier 2005, et leurs témoignages ont été repris."*

Quant au droit, le Tribunal relève que :

- *"Les parties ont conclu un contrat de travail, et que le demandeur conteste son licenciement comme abusif pour trois motifs différents :*
 - *il s'agirait d'un congé représailles au sens de l'art. 336 al. 1 litt. d CO;*
 - *il s'agirait d'un congé donné en raison de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale (art. 336 al. 2 litt. a CO);*
 - *il s'agirait d'un congé donné pendant que le travailleur, représentant élu des travailleurs, est membre d'une commission d'entreprise, l'employeur ne pouvant prouver qu'il avait un motif justifié de résiliation, au sens de l'art. 336 al. 2 litt. b CO."*
- *"Les deux premiers motifs ne doivent pas être examinés selon la même optique que le troisième. Pour le Tribunal :*
 - a) *Le droit suisse consacre à la liberté de résilier, de sorte que tout congé donné dans les délais prévus est licite, à moins qu'il ne soit spécialement répertorié à l'art. 336 CO (ATF 125 III 70; Olivier Subilia, La protection contre les congés abusifs, FJS n° 250, p. 4). En vertu de l'art. 8 CC, il appartient à la partie qui entend se prévaloir du caractère abusif d'un congé d'en apporter la preuve; la jurisprudence a en particulier estimé que si le travailleur ne peut pas démontrer l'existence d'un motif abusif, le Tribunal n'a pas à examiner si les autres motifs invoqués par l'employeur sont réels, à plus forte raison s'ils sont valables (JAR 1996, p. 219; Olivier Subilia, op. cit., p. 4).*

- b) *La situation est cependant différente dans le cadre spécifique de l'art. 336 al. 2 litt, b CO. Dans ce cas, c'est à l'employeur qu'il incombe d'apporter la preuve d'un motif justifié de résiliation, soit un motif qui, pour un employeur raisonnable et pondéré, ne permet pas d'éviter le licenciement, sans pour autant justifier une résiliation immédiate (JAR 1992, p. 234). Il s'agit d'un renversement du fardeau de la preuve, l'abus étant ici présumé (Wylser / Tatti, Droit du travail, Staempfli Bem 2002, p. 407 et les références; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 1995, n° 12 ad 336 CO). L'employeur doit non seulement établir le motif justifié, mais encore que ce motif est la cause du congé litigieux (JAR 1998, p. 1999).*
- c) *Ainsi, dans les deux premiers cas invoqués, il appartiendra au demandeur d'établir qu'il aurait été licencié pour un motif abusif, alors qu'il suffira dans le second au travailleur de constater que l'employeur n'a pas fait la preuve d'un motif justifié."*

"Le travailleur se plaint à la fois d'un congé représailles et d'un congé donné en raison de son activité syndicale, motifs que l'instance examine séparément."

"a) Selon le travailleur, le motif aurait été donné en raison des prétentions qu'il a fait valoir de bonne foi résultant d'un contrat de travail. Pour lui, ces prétentions auraient consisté en des réclamations pour heures supplémentaires non payées ou payées de manière insuffisante."

"Cet argument ne résiste pas à l'examen. La seule trace que l'on ait au dossier d'une réclamation pour heures supplémentaires est, comme on l'a mentionné ci-dessus, l'échange de correspondance ayant eu lieu en septembre 2003. Aucune réclamation précise n'était du reste formulée sur ce point. Le demandeur se contentait d'indiquer, en termes très vagues, que les heures supplémentaires devaient être rémunérées correctement. Il n'a cependant fourni aucun décompte. Il n'a pas paru vouloir un paiement particulier. Aucune suite n'a été donnée à ses revendications, sans que lui-même les poursuive. Quoi qu'il en soit, le fait qu'il n'ait jamais même formulé ce qu'il voulait obtenir montre bien qu'il n'y a jamais eu de réclamation véritable."

"La manière dont la demande a été formulée devant le Tribunal de Céans montre également l'inanité de ces prétentions, même dans l'esprit du travailleur. C'est trois jours avant l'expiration du délai pour contester le licenciement que le travailleur a à nouveau réclamé, en termes très généraux, le paiement de l'intégralité des heures qu'il aurait faites, sans même prendre la peine de fournir un décompte. Cependant, alors qu'il ouvrait action devant le Tribunal de Céans, le demandeur n'a pris aucune conclusion relative à ses heures supplémentaires. Pour le Tribunal de Céans, il est tout à fait clair que le demandeur n'a jamais cru à la validité des prétentions qu'il faisait valoir. Si ce n'était pas le cas, on ne comprend pas pourquoi il n'aurait même pas pris la peine de les chiffrer ni pourquoi le représentant syndical qui l'assiste n'aurait pas au moins formulé une prétention vague dans la demande. On ne peut dès lors parler de faire valoir de bonne foi des prétentions au sens de l'article 335 al. 1 lit. d CO."

"De plus, pour que l'on puisse parler d'un congé représailles, il faut raisonnablement que le temps entre les prétentions et le licenciement ne soit pas trop élevé. Admettre le contraire voudrait dire qu'il suffirait à un travailleur d'avoir une fois au cours de sa carrière fait une demande pour que tout licenciement ultérieur soit abusif, ce qui n'est pas le sens de la norme légale. En l'espèce, les dernières remarques formulées par le travailleur par écrit datent du 3 septembre 2003 alors que le licenciement date du 25 mai 2004, soit 8,5 mois plus tard. Il est impossible de parler de congé représailles dans de telles circonstances."

"Mal fondée, cette argumentation doit être écartée."

"b) Le demandeur fait valoir qu'il a été licencié en raison de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale. Il a plaidé en particulier qu'il avait fait des critiques légitimes sur l'activité de son employeur dans le cadre de son activité syndicale et que c'était celles-ci qui lui avaient valu son licenciement."

"Il convient à cet égard de préciser les faits sur lesquels s'appuie le demandeur. Celui-ci fait allusion à deux documents : une réunion des cadres de Nove qui s'est tenue le 3 mai 2004 et qui a fait l'objet d'un procès-verbal dans lequel on peut lire "le PV de la réunion de Comedia du 29 avril a été vu (et aussitôt détruit) où il faisait

mention de propos très négatifs sur Nove par un collaborateur de chez nous (MBN seul membre présent)". Le second document est un PV de la commission du personnel à laquelle le demandeur n'a pas participé, et dans lequel on peut lire "par ailleurs, des torts importants ont été causés par un employé auprès du syndicat sous forme de rumeurs négatives et destructrices."

"Le Tribunal ne voit pas en quoi le congé pourrait être lié à ces documents. Le premier est trop vague. On y apprend que, dans un PV que le demandeur n'a pas jugé bon de produire, quelqu'un a fait mention de propos très négatifs à l'encontre de la défenderesse. On ne sait pas qui est visé. Il est indiqué effectivement que MBN (initiales correspondant au demandeur) était présent à cette séance, mais cela ne signifie pas que ce soit celui-ci qui ait tenu ces propos. Du reste, serait-ce le cas que l'on ne voit pas en quoi cela interdirait le licenciement du demandeur. Le Tribunal est d'avis qu'un employeur pouvait légitimement s'inquiéter, alors qu'il se trouvait dans une situation financière désastreuse, des rumeurs qui se propageaient à l'extérieur. Il faudrait encore que le demandeur ait prouvé qu'il était l'auteur des propos litigieux, que ceux-ci étaient conformes à son droit de travailleur syndiqué et qu'ils ont été la cause du licenciement. En l'espèce, tout ce que l'on sait, c'est que quelqu'un s'est montré virulent à l'égard de la défenderesse dans une séance de syndicat où le demandeur était présent. Cela ne suffit à l'évidence pas à fonder le caractère abusif du licenciement. Par ailleurs, on se demande bien pourquoi il aurait été nécessaire de détruire un PV s'il ne comportait rien d'illicite, et si tous les exemplaires de ce PV n'ont pas été détruits, il s'imposait alors de le produire."

"Quant au second document, il a donné lieu à des précisions par M. Ritter, travailleur syndiqué et membre de la commission du personnel, lequel a déclaré : "j'ai appris par M. Monney qu'une personne de Nove est allé raconter et annoncer la faillite de Nove au Salon du livre. C'est ce que je peux dire à propos du PV de la séance du 10 mai 2004. J'ignore le nom de l'employé concerné. Aucun nom n'a été cité lors de la séance". Le Tribunal ne voit pas de raisons de douter du témoignage d'un travailleur syndiqué membre de la même commission que le demandeur. Au surplus, quand bien même ce serait effectivement le demandeur qui était visé, il faudrait encore qu'il démontre que ses propos sont restés conformes à l'exercice correct d'une activité syndicale. L'attitude du demandeur en audience, même s'il est resté

conforme au droit, est plutôt apparue au Tribunal comme celle d'une personne se complaisant dans une critique de café du commerce ayant surtout pour objet de montrer son évidente supériorité, selon lui, en matière organisationnelle, et pas du tout dictée par le souci de défendre la situation des employés de l'entreprise. Du reste, si le PV a pu être transmis à la direction, ce ne paraît guère possible sinon par l'intermédiaire de M. Ritter (voir témoignage Chevalley, qui tenait le secrétariat de la commission syndicale de Comedia). Si M. Ritter, travailleur syndiqué a pu s'offusquer de la situation au point d'en avertir l'employeur, il faut croire qu'elle ne devait pas être bien conforme à ce que le droit de l'activité syndicale permet."

"Enfin, il fera toujours défaut la preuve du lien de causalité supposé entre ces mentions et le licenciement. La proximité temporelle, même s'agissant de faits s'étant produits moins d'un mois avant le licenciement du demandeur, ne suffit pas, surtout en présence d'éléments aussi vagues."

"Mal fondée, cette prétention doit être rejetée."

□ *"Il convient d'examiner enfin si la qualité de membre d'une commission du personnel invoquée par le travailleur rend son licenciement abusif."*

"a) En premier lieu, il faut remarquer que c'est à tort que le demandeur se prévaut de cette disposition. Le texte légal précise que seul est spécialement protégé le représentant élu du travailleur. A contrario, si le travailleur n'est pas élu, il n'est pas protégé. Cette interprétation est reprise par la doctrine très largement majoritaire (Zoss, La résiliation abusive du contrat de travail, 1997, p. 242; Fritz, Les nouvelles dispositions sur le congé dans le droit du contrat de travail, p. 30); Troxler, Der sachliche Kündigungsschutz nach Schweizer Arbeitsvertragsrecht, p. 112; Staehelin, Zürcher Kommentar, n° 32 ad 336; Rehbinder, Berner Kommentar, n° 9 ad 336). Tel n'est pas le cas en l'espèce : il est constant que le travailleur n'a pas été élu et que c'est l'employeur qui l'a nommé. Pour ce seul motif, l'argumentation du demandeur doit être rejetée."

"b) Sur le fond, sa position est également mal fondée. Tant la jurisprudence (arrêt du TF in : RSJ 91 (1995), p. 116; JU-TRAV 1993, p.38; JAR 1995, p. 154) que la

doctrine (Duc / Subilia, n° 38 ad 336; Staehelin, n° 33 ad 336; Rehbindler, n° 9 ad 336; Streiff / von Kaenel, n° 12 ad 336) admettent qu'un simple motif économique peut suffire."

"En l'espèce, les difficultés de l'entreprise sont avérées : de nombreux licenciements ou départs non remplacés ont été décidés. Même postérieurement au départ du demandeur, d'autres mesures étaient encore prévues, touchant cette fois la direction. Pour le Tribunal absolument unanime, le licenciement du demandeur est bien la conséquence d'une restructuration pour motif économique tout à fait avérée. C'est en vain que le demandeur a plaidé qu'il avait été remplacé : peu importe qui fait quoi dans l'entreprise du moment que le nombre total des imprimeurs a bien été diminué d'une unité sans remplacement. A ce jour, il y a bien cinq employés pour faire le travail que six effectuaient auparavant."

"Le demandeur soutient cependant en substance que sa qualité de membre d'une commission d'entreprise le préserverait de tout licenciement tant que tous ses collègues n'ont pas été licenciés. Il s'agit-là d'une manière pour le moins curieuse d'interpréter un mandat au service de ses collègues. Cette interprétation ne trouve d'appui dans aucun élément de la doctrine ou de la jurisprudence et ne saurait être soutenue."

"Le Tribunal a cependant instruit quels étaient les motifs du licenciement. Comme l'a indiqué le témoin Terribilini, les critères de sélection ont été d'abord le salaire, puis la motivation, enfin la mobilité. Il n'y a donc aucun sens à licencier un apprenti, dont la masse salariale est extrêmement faible, sans compter que le licenciement d'un apprenti, passé le temps d'essai, n'est possible que pour justes motifs (art. 346 CO). Les employés Boardmann, Ranieri et Feneron étaient tous moins payés que le demandeur. La question se posait peut-être pour l'employé Eggli, mais dont il est indiqué que la motivation a joué un rôle. Quant au travailleur Pignet, proche de l'âge de la retraite, il n'avait aucune chance de trouver un travail. C'est pour des motifs sociaux qu'il a été conservé, motif dont la pertinence n'aura pu échapper au demandeur."

"Bref, le licenciement du demandeur est parfaitement compréhensible pour le Tribunal de Céans. Peut-être le choix qui a été opéré entre le demandeur et son collègue Egli se discutait-il, mais il n'est en tout cas pas déraisonnable. Il a été procédé à une pesée parfaitement logique des intérêts dans le seul secteur où cela méritait d'être fait. Le licenciement du demandeur est bien lié à des problèmes économiques qu'il ne conteste par ailleurs pas. Son licenciement n'est clairement pas critiquable."

□ *"Sauf procédé téméraire, ni frais ni dépens ne sont dus (art. 41 et 42 LJTr). Quand bien même l'action du demandeur a été rejetée, il n'était pas illégitime de contester le licenciement, dans la mesure où le fardeau de la preuve incombait à l'employeur. Au surplus, la défenderesse n'ayant pas procédé avec l'aide d'un mandataire, elle ne saurait prétendre l'allocation de dépens."*

22 Appréciation :

- Le licenciement du travailleur mentionné par l'USS a été effectué pour des raisons économiques, l'entreprise se trouvant dans une situation financière difficile.
- La demande déposée devant la juridiction des Prud'hommes a abouti à un jugement.
- La demande a fait l'objet d'une procédure régulière devant une instance judiciaire, et les droits des parties ont été respectés.
- Le jugement ne fait pas état d'un licenciement pour motifs antisyndicaux.
- Le cas porté par l'USS à la connaissance du Comité n'est pas probant.

2.3 Cas Établissement médico-social (EMS) La Colline

23 L'USS présente les cas de licenciements de 3 délégués du personnel (Messieurs Damien Duplan, Merito Iglesias et Christophe Pariat) :

"Un conflit est né dans l'entreprise entre la direction et le personnel appuyé par le syndicat SSP en 2005."

"L'Office cantonal de conciliation, autorité étatique chargée de concilier les conflits collectifs de travail, a été saisi. Le personnel a donc désigné trois syndiqués, ayant tous trois des responsabilités dans l'établissement, pour le représenter lors des

négociations avec la direction devant l'Office cantonal de conciliation : Messieurs Damien DUPLAN, Merito IGLESIAS et Christophe PARIAT. Deux jours avant la séance de l'Office cantonal de conciliation, le 27 septembre 2005, les trois délégués ont été licenciés par l'EMS La Colline."

"Le Conseiller d'État chargé du Département de la Santé et de l'Action Sociale, Monsieur Pierre-Yves MAILLARD a délégué le chef du service de la santé publique pour tenter un arbitrage. Dans ce cadre, comme condition à la tenue de l'arbitrage, le personnel a obtenu la réintégration de ses 3 délégués."

24 Contacté par les services gouvernementaux, l'Office cantonal de conciliation, outre les explications figurant au paragraphe 6, a précisé ce qui suit :

"S'agissant du cas particulier qui nous concerne, nous devons préciser que, contrairement à ce qui est soutenu par l'Union syndicale suisse, aucun arbitrage n'a été sollicité et aucune sentence n'a dès lors été rendue."

25 Selon les informations recueillies auprès de l'établissement concerné, les 3 collaborateurs mentionnés ont été licenciés car les rapports de confiance étaient rompus, ces personnes ayant déclaré ne plus vouloir travailler avec le directeur en place à l'époque et exigeant même son licenciement. Ces licenciements n'ont absolument aucun rapport avec le fait que ces personnes étaient syndiquées. Les membres du Conseil de Fondation de l'établissement ont estimé que les rapports de confiance étaient rompus, ce qui a motivé leur décision. L'établissement confirme qu'il n'y a pas eu de jugements faisant état de licenciements abusifs pour motif antisyndical ou pendant l'exercice d'une activité de représentation du personnel.

26 Appréciation :

- Le licenciement, conforme au droit en vigueur, des travailleurs mentionnés par l'USS a eu lieu parce que les rapports de confiance étaient rompus.
- Ces licenciements n'ont aucun rapport avec le fait que ces personnes étaient syndiquées et déléguées du personnel. A notre connaissance, il n'a pas été formé recours contre le licenciement et, partant, il n'existe pas de décision judiciaire faisant état de licenciement pour motifs antisyndicaux.
- Il n'y a pas eu saisine de l'Office de conciliation.

- La tentative d'arbitrage menée par un membre du gouvernement cantonal est une initiative personnelle – certes louable – mais qui ne relève pas de la mise en œuvre de la législation applicable aux procédures de conciliation et d'arbitrage.
- Le cas porté par l'USS à la connaissance du Comité n'est pas probant.

2.4 Cas Fondation de Nant

27 L'USS présente le cas du licenciement de M. Antonio Herranz et de la Présidente de la Commission du personnel :

"En date du 25 septembre 2002, la Chambre de recours du Tribunal du Canton de Vaud a rendu un arrêt condamnant l'employeur de Monsieur HERRANZ, la Fondation de Nant, à une indemnité de 5 mois de salaire brut pour licenciement abusif."

"Le Tribunal cantonal a estimé "qu'un large faisceau d'indices permet d'affirmer que l'appartenance du recourant à un syndicat et les activités de défense des employés qu'il a déployées durant son engagement ont eu une importance prépondérante dans la décision de le licencier."

"Il sied de préciser que Monsieur HERRANZ, infirmier, a travaillé pour la Fondation du 1^{er} mars 1987 au 31 décembre 2000 et qu'il a été licencié pour avoir, notamment, rédigé avec d'autres membres du personnel une pétition pour protester contre le licenciement d'une employée qui avait plus de 20 ans de service."

"Le Tribunal relève encore qu'en 1999 la Présidente de la Commission du personnel avait été licenciée par l'intimée et que l'ensemble de la Commission avait démissionné."

28 L'arrêt de la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois concerne la situation de M. Herranz uniquement; il contient des éléments déterminants pour l'examen du cas.

Quant aux faits, l'arrêt relève notamment que :

- *"Par jugement du 9 avril 2002, le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a rejeté les conclusions du demandeur Antonio Herranz, arrêté les frais de justice de chacune des parties, dit que le demandeur est le débiteur de la défenderesse Fondation de Nant de la somme de 6'681 fr. 50 à titre de dépens et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions."*

- *"La Chambre des recours fait sien dans son entier l'état de fait du jugement, dont il ressort en résumé ce qui suit :"*
- *"Le demandeur Antonio Herranz, infirmier-diplômé, s'est affilié au sein du syndicat des services publics (ci-après : SSP) dans le but de défendre et d'améliorer les conditions de travail de sa profession."*
- *"Le demandeur a été engagé par la défenderesse Fondation de Nant dans son service de psychogériatrie ambulatoire dès le 1^{er} mars 1987. Lors de cet engagement, la défenderesse - dont la direction a changé depuis lors - n'ignorait pas l'activité syndicale de l'intéressé. Le 10 juin 1987, le personnel a élu le demandeur membre de la commission chargée d'élaborer les projets de statuts de la future commission du personnel. Les négociations avec la direction afin d'aboutir à un projet définitif ont duré plus de quatre ans et le demandeur y a participé activement."*
- *"Le demandeur a été nommé premier infirmier le 1^{er} janvier 1989 puis infirmier chef d'unité de soins (ci-après : ICUS) dès le 1^{er} juillet 1991. Dans le courrier qui lui a été adressé le 4 juillet 1991 pour l'informer de sa promotion, Daniel Mayer, directeur administratif, l'a remercié pour les précieux services qu'il rendait à la défenderesse."*
- *"La fonction d'ICUS consistait notamment à gérer une équipe de sept personnes, à garantir la qualité des soins pour les patients hospitalisés dans le service et à participer à l'élaboration d'un concept de soins pour le centre de psychogériatrie. Le demandeur avait également pour tâche de développer la reconnaissance de son service au sein du réseau des soins coordonnés, en collaborant avec les hôpitaux, les centres médico-sociaux (ci-après : CMS) et les établissements médico-sociaux (ci-après : EMS)."*
- *"Le demandeur a ainsi participé activement aux groupes de réflexion mis en place afin d'élaborer un concept de soins psychiatriques aigus destinés aux personnes âgées domiciliées dans le secteur de l'Est-vaudois ainsi qu'à la mise en oeuvre des CMS. Il a représenté le service de psychogériatrie de la défenderesse au sein de la coordination médico-sociale Vevey-La Tour-de-Peilz et occupé la fonction de délégué de la défenderesse auprès de l'Association des soins coordonnés de la Riviera (ci-après : ASCOR). Le demandeur a également pris part à l'élaboration*

d'un groupe de liaison ayant pour but l'amélioration de la collaboration entre l'ensemble des partenaires du réseau de soins."

- *"Le 18 septembre 1991, plusieurs employés de la défenderesse ont adressé une pétition au président du comité de direction pour exprimer leur soutien à une collaboratrice licenciée. En qualité de représentant du personnel, le demandeur a été l'un des instigateurs de cette pétition. Entre 1992 et 1999, plusieurs employés ont été licenciés ou déplacés à la suite de restructurations. Le demandeur leur est également venu en aide. De même, il a défendu à plusieurs reprises les intérêts du personnel devant la direction."*
- *"La commission provisoire du personnel a voulu inciter l'ensemble des employés à prendre part à une journée de grève dans tous les EMS du canton, le 13 février 1992, en vue de protester contre la politique d'austérité du Conseil d'Etat. La défenderesse en a eu connaissance et, sous la signature de son directeur administratif, elle a invité les membres de la commission à renoncer publiquement à l'appel à la grève, susceptible de provoquer des perturbations dans les services. Daniel Mayer a déclaré que "cette circulaire [était] l'expression d'un certain activisme syndical infantile et irresponsable" et qu'il ne serait pas confondu avec l'activité des instances régionales, cantonales et fédérales d'organisations professionnelles. Enfin, il a relevé que l'ingérence dans les affaires internes d'autres établissements sanitaires pouvait porter à la défenderesse des conséquences "encore difficiles à mesurer"."*
- *"En août 1998, la défenderesse a congédié une employée à son service depuis plus de vingt ans. Le demandeur et d'autres membres du personnel ont rédigé une pétition pour protester contre ce licenciement. Le demandeur a été convoqué chez ses supérieurs le 22 octobre 1998. Le 3 novembre suivant, le directeur des soins Raymond Panchaud lui a adressé un courrier dont il ressort ce qui suit :*
"Cette rencontre a été organisée à ma demande pour clarifier ton rôle d'ICUS suite à divers problèmes concernant :
 - ta fonction de responsable d'équipe,*
 - ton rapport à la filière hiérarchique,*
 - l'interférence de tes activités extra-professionnelles dans le travail de liaison avec les autres unités du service.*

Ces différents points nous empêchent, d'une part, d'avoir une vision globale et claire du service de psychogériatrie et, d'autre part, ils aboutissent à des dysfonctionnements qu'il faut pallier avant qu'ils ne s'aggravent sérieusement.

Nous proposons donc que soient organisées des rencontres régulières entre Christian Cornu et toi ainsi qu'entre l'équipe du CPG et Christian Cornu. Ces réunions serviront à redéfinir votre mode de collaboration qui intègre la pratique clinique directe ou indirecte. Ces rencontres devraient permettre de clarifier les rôles de chacun, leur articulation ainsi que l'utilisation des ressources internes. Elles devraient aboutir aussi à un consensus sur le projet de soin.

Par ailleurs, tes activités extra-professionnelles ne doivent plus interférer dans les relations que les différentes unités entretiennent pour la bonne marche du service.

Comme convenu lors de notre entretien, nous organiserons un bilan dans six mois."

- *"Raymond Panchaud, entendu en qualité de témoin, a précisé que le demandeur avait été requis de modifier ses activités extra-professionnelles dans un contexte particulier : la défenderesse avait licencié une employée qui ne faisait pas son travail et le demandeur l'avait soutenue alors même que toute son équipe était d'accord avec un tel licenciement."*
- *"Le demandeur a contesté le bien-fondé de ce courrier et demandé que lui soient précisés les dysfonctionnements signifiés. Il a en outre fait valoir que le droit d'association et la protection de la personnalité du travailleur étaient inscrits dans la Constitution et le Code des obligations et impliquaient la liberté d'adhérer à un syndicat."*
- *"Dès le mois de décembre 1998, le demandeur a régulièrement rencontré l'infirmier chef Christian Cornu."*
- *"A la suite du licenciement de la présidente de la commission du personnel en février 1999, tous les membres de la commission ont démissionné, faisant valoir qu'il était impossible de travailler de façon constructive avec la direction de la défenderesse."*
- *"Christian Cornu, Raymond Panchaud et le demandeur ont eu un entretien en septembre 1999. Par courrier du 6 septembre 1999, la défenderesse a déclaré prendre bonne note de la décision du demandeur "de quitter l'institution" et de son engagement de le faire "dans un délai raisonnable". Elle s'est par ailleurs déclarée prête à négocier un départ prématuré au cas où une opportunité de travail se présenterait pour le demandeur."*

- *"Le demandeur conteste avoir émis le souhait de quitter la défenderesse. Il aurait uniquement exprimé son désir de réintégrer un emploi d'infirmier clinicien parce qu'il ne supportait plus les pressions liées à sa fonction d'ICUS."*
- *"En mai 2000, Sylvie Reymond Darot, responsable du CMS Vevey-Est, a confirmé au demandeur la poursuite de sa collaboration au groupe de liaison psychogériatrique en qualité de représentant de la défenderesse pour les séances échelonnées de septembre 2000 à juin 2001."*
- *"Lors d'une entrevue avec le directeur des soins Raymond Panchaud et l'infirmier chef Christian Cornu, en juin 2000, les compétences professionnelles du demandeur ont été remises en cause."*
- *"Par écriture du 28 août 2000, le responsable du CMS Montreux-Veytaux-Clarens-Chailly a remercié le demandeur pour la précieuse collaboration qui s'est développée entre leurs services respectifs."*
- *"Le 4 septembre 2000, en présence de Raymond Panchaud et vraisemblablement de Christian Cornu, la défenderesse a informé le demandeur qu'elle avait l'intention de le licencier, même si elle ne pouvait lui reprocher aucune faute professionnelle. Les représentants de la défenderesse lui ont signifié qu'il n'était pas, selon eux, capable d'assumer correctement son rôle d'ICUS."*
- *"Par courrier recommandé du 12 septembre 2000, la défenderesse a résilié le contrat de travail du demandeur pour le 31 décembre 2000. Elle a invoqué les "problèmes posés par [son] fonctionnement" ainsi que son impossibilité d'assumer son rôle d'ICUS, que lui-même aurait constatée. Elle a en outre rappelé l'engagement du demandeur de quitter la défenderesse dans un délai raisonnable. Raymond Panchaud a rédigé une note à l'intention de ses collègues afin de les informer des circonstances du licenciement du demandeur."*
- *"Dans une lettre du 20 septembre 2000, le demandeur, représenté par le SSP, a contesté le congé notifié au demandeur, considéré comme abusif, et demandé l'annulation de la décision."*
- *"Le 26 septembre 2000, le comité de direction de la défenderesse s'est réuni afin de discuter d'une proposition du SSP relative au licenciement du demandeur. La séance a été interrompue lorsque la direction a pris connaissance d'un message électronique adressé par le demandeur à l'ensemble de ses collègues "concernant la campagne de désinformation liée à [son] licenciement". Il y contestait les motifs*

invoqués par la défenderesse et soutenait qu'en lui reprochant l'interférence de ses activités extra-professionnelles, on visait en réalité son activité syndicale de défense des employés. La défenderesse a estimé que la teneur de ce message était insultante et elle l'a libéré immédiatement de l'obligation de travailler."

□ *"Le 3 octobre 2000, le demandeur et des militants du SSP ont empêché la tenue de la réunion annuelle de la défenderesse, destinée notamment à l'accueil des nouveaux thérapeutes en formation."*

□ *"Le 4 octobre suivant, un article est paru dans la presse, dans lequel le demandeur, soutenu par le SSP, a dénoncé son licenciement, qu'il considérait comme étant abusif, en ces termes :*

"L'Hôpital de Nant a toujours été considéré pour son approche humaniste. Hélas, aujourd'hui ce sont les aspects économiques qui priment. Les employés qui osent contester cette option sont brisés ou mis à la porte et remplacés par des équipes à la botte de la direction. (...)"

□ *"La défenderesse a répondu par un article paru le 6 octobre 2000, précisant ce qui suit :"*

"Le constat des difficultés professionnelles de M. Herranz existait depuis longtemps. Il portait sur son incapacité à remplir globalement son rôle de responsable d'unité de soins (ICUS) du Centre de psychogériatrie de Clarens (CPG). Cette fonction de cadre intermédiaire supposait aussi de maintenir des liens avec les autres unités de la Fondation et un soutien actif aux divers projets du service de psychogériatrie. Cet infirmier ne pouvait pas s'engager dans ce sens et se démarquait par une attitude arrogante et une opposition permanente à l'égard de ses responsables, ce qui empêchait la collaboration indispensable à la bonne marche du service. Dans ce contexte qui pouvait porter préjudice à la qualité des soins et pour prévenir une détérioration du travail d'équipe, la décision a été prise, en septembre, de mettre un terme à son contrat de travail dans les délais légaux. (...)"

□ *"Le Dr Sthioul a adressé un courrier à la défenderesse le 18 octobre 2000 afin de lui faire part des bonnes relations professionnelles entretenues avec le demandeur, partenaire apprécié des médecins. Il reprochait à la presse d'avoir véhiculé les propos de la défenderesse en faisant abstraction des qualités indéniables du recourant, raison pour laquelle il avait l'intention de faire publier une lettre de soutien."*

- *"Les négociations entreprises afin de faire réintégrer le demandeur au sein de la défenderesse ont échoué. Celui-ci a retrouvé un emploi après six mois."*
- *"Selon le certificat du mois de novembre 2000, le salaire mensuel brut du demandeur s'élevait à 6'897 fr. 20, treize fois l'an."*
- *"Interpellée par la caisse de chômage SIB, la défenderesse a déclaré que le demandeur avait fait preuve d'une incompétence croissante dans sa fonction d'ICUS, qu'il avait bloqué les relations entre les membres de son équipe et les autres services. Elle lui a également reproché d'avoir exercé son autorité en excluant ceux qui ne partageaient pas ses points de vue, de s'être opposé à ses responsables hiérarchiques et d'avoir désavoué publiquement la direction. Elle a soutenu que le demandeur avait fait preuve d'une rigidité et d'un conservatisme face à tout changement et qu'il n'avait ainsi pas rempli son devoir de chef d'équipe."*
- *"Plusieurs témoins ont été entendus durant l'instruction de la cause au sujet de l'activité du demandeur. Sylvie Reymond Darot, qui a collaboré avec les parties de 1985 à 2000 en qualité de responsable du CMS de Vevey, a déclaré que le demandeur avait fourni un travail de qualité et que la collaboration avec lui s'était avérée fructueuse. Selon Pierrette David, Marie-Catherine Despeyroux-Rentsch et Isabelle Burger, anciennes collègues du demandeur, celui-ci mettait l'intérêt de ses patients au centre de ses préoccupations et était apprécié de l'ensemble des personnes avec lesquelles il était en contact. Elles ont également relevé ses qualités professionnelles et humaines. La première nommée a précisé qu'elle n'avait jamais entendu de propos anti-syndicaliste au sein du comité de direction, dont elle avait fait partie jusqu'à sa retraite, en 1996. Selon ses deux autres collègues, en revanche, la direction de la défenderesse n'appréciait pas l'activité syndicale du demandeur. Isabelle Burger a déclaré que le demandeur s'était plaint auprès d'elle, en 1998, de subir de fortes pressions de la part de la direction. Il lui aurait en outre exprimé sa volonté de redevenir infirmier, mais non pas de quitter la défenderesse. L'épouse du demandeur a confirmé que son mari n'avait jamais exprimé un tel souhait."*
- *"Il ressort des dépositions d'Alain Franck et de Pierre-Yves Oppikofer, secrétaires syndicaux du SSP, que Daniel Mayer, directeur administratif, Nicolas de Coulon, directeur médical et Raymond Panchaud, directeur des soins de la défenderesse,*

reprochaient au demandeur de mal assumer sa fonction d'ICUS, tout en reconnaissant les capacités professionnelles du demandeur. Les deux témoins précités se sont déclarés convaincus que la défenderesse avait licencié le demandeur en raison de ses activités syndicales, les motifs avancés paraissant trop vagues. Alain Franck s'est en outre dit frappé par l'agressivité manifestée par la direction et Christian Cornu à l'égard du demandeur lors de l'entretien auquel il avait participé."

- "Silveri Kirchner, ancien employé syndiqué de la défenderesse, licencié en 1994 pour cause de restructuration, a émis l'avis que le demandeur avait été victime d'une vague de licenciements, comme lui-même."
- "Entendu comme témoin, Christian Cornu a reconnu que le demandeur était un bon infirmier et qu'il s'investissait pleinement au sein du réseau et envers ses patients. En revanche, en qualité d'ICUS, il était constamment en conflit avec la direction, plaçant notamment les collaborateurs de son service en mauvaise posture, n'assumant plus le relais entre les deux. Christian Cornu a fait valoir que le demandeur aurait demandé à réintégrer un poste d'infirmier après s'être engagé à quitter la défenderesse. Sa requête a été rejetée car elle impliquait le licenciement d'une autre personne. Enfin, le supérieur hiérarchique du demandeur conteste que son licenciement ait été motivé par son activité syndicale."
- "Les témoins Raymond Panchaud et Nicolas de Coulon ont reproché au demandeur de s'être systématiquement opposé aux projets de la direction, notamment au partage d'un poste de travail entre deux centres de psychogériatrie ainsi qu'aux directives tendant à la réduction des effectifs."
- "Par demande du 18 avril 2001, Antonio Herranz a ouvert action devant le Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois, concluant, avec suite de dépens, au paiement par la Fondation de Nant de la somme de 74'832 fr., avec intérêt à 5 % dès le 1^{er} janvier 2001. Cette somme représente une indemnité pour licenciement abusif correspondant à six mois de salaire, soit 44'832 francs, ainsi qu'une indemnité fondée sur l'article 41 CO de 30'000 francs."
- "Par réponse du 10 août 2001, la Fondation de Nant a conclu au rejet des conclusions de la requête avec suite de dépens."
- "En droit, les premiers juges ont considéré que les indices manquaient pour considérer que le congé avait été donné en raison des activités syndicales du

demandeur et que tout portait à croire que c'est parce qu'il ne pouvait plus assumer correctement sa fonction d'ICUS que la défenderesse l'avait licencié. Les premiers juges ont ainsi estimé que le licenciement était légitime et que le demandeur ne pouvait prétendre à une indemnité pour licenciement abusif ni à une indemnité fondée sur l'article 41 CO. Sur ce dernier point, le jugement a retenu que les critiques émises par la défenderesse contre le demandeur dans la presse ne faisaient que répondre aux accusations portées à son encontre par le demandeur, également dans la presse."

"Par acte du 22 avril 2002, Antonio Herranz a recouru contre ce jugement, concluant, avec suite de dépens, principalement à sa réforme en ce sens que la Fondation de Nant est reconnue sa débitrice de 74'832 fr., avec intérêts à 5 % dès le 1^{er} janvier 2001, et subsidiairement à son annulation."

"Dans son mémoire du 21 juin 2001, le recourant a développé ses moyens et confirmé ses conclusions."

"Par mémoire du 27 août 2002, l'intimée a conclu, avec suite de dépens, au rejet du recours."

Quant au droit, le Tribunal relève :

□ "Les voies du recours en nullité et du recours en réforme sont ouvertes contre le jugement principal rendu par un tribunal d'arrondissement, conformément aux articles 444, 445 et 451 chiffre 2 du Code de procédure civile du 14 décembre 1966, dans sa teneur en vigueur au 1^{er} octobre 2000 (ci-après : CPC, RSV 2.7; cf. art. 641c CPC)."

"En l'espèce, le recours, déposé en temps utile, est recevable. Il tend principalement à la réforme et subsidiairement à la nullité."

"Dans le cadre du recours en nullité, le recourant invoque le grief d'appréciation arbitraire des preuves, soit de violation d'une règle essentielle de la procédure au sens de l'article 444 alinéa 1^{er} chiffre 3 CPC. Or, il résulte de cette disposition que le recours en nullité formé pour un tel motif n'est recevable que lorsque l'informalité ne peut être soumise au Tribunal cantonal par un recours en réforme ou corrigée par lui dans l'examen d'un tel recours (Poudret/Haldy/Tappy, op. cit.,

n. 14 ad art. 444 CPC, p. 655). La Chambre des recours revoyant la cause librement en fait, ce grief est dès lors irrecevable en nullité."

- "Saisi d'un recours en réforme dirigé contre un jugement principal rendu par un tribunal d'arrondissement, le Tribunal cantonal revoit librement la cause en fait et en droit (art. 452 al. 2 CPC). Les parties ne peuvent toutefois pas articuler de faits nouveaux, sous réserve de ceux résultant du dossier et qui auraient dû être retenus ou de ceux pouvant résulter d'une instruction complémentaire selon l'article 456a CPC (art. 452 al. 1^{er} CPC)."

"Ainsi, le Tribunal cantonal revoit la cause en fait et en droit sur la base du dossier, sans réadministration des preuves déjà administrées en première instance (cf. Ch. rec., Licini c. Adecco Ressources Humaines SA, 19 octobre 2001, qui procède à l'interprétation systématique de l'art. 452 en relation avec les art. 453 et 454 CPC). Il développe donc son raisonnement juridique après avoir vérifié la conformité de l'état de fait du jugement aux preuves figurant au dossier et l'avoir, le cas échéant, corrigé ou complété au moyen de celles-ci. Il n'ordonne une instruction complémentaire, ou n'annule d'office le jugement (art. 456a al. 2 CPC), que s'il éprouve un doute sur le bien-fondé d'une constatation de fait déterminée, s'il constate que l'état de fait du jugement n'est pas suffisant pour juger la cause à nouveau ou s'il relève un manquement des premiers juges à leur devoir d'instruction, et à condition encore que les preuves figurant au dossier ne permettent pas de remédier à ces vices. Au demeurant, vu le caractère exceptionnel que la loi confère à l'instruction complémentaire et compte tenu de l'atteinte que l'ouverture d'une telle instruction porte à la garantie de la double instance, le Tribunal cantonal ne peut ordonner que des mesures d'instruction limitées, telle la production d'une pièce bien déterminée au dossier ou l'audition d'un témoin sur un fait précis; si les mesures à prendre sont plus importantes, quantitativement ou qualitativement, le Tribunal cantonal annulera d'office le jugement."

"En l'espèce, l'état de fait du jugement entrepris est conforme aux pièces du dossier et aux autres preuves administrées. Il convient toutefois de le compléter comme il suit :

- dans son mémoire de réponse, la défenderesse a admis que les "activités extra-professionnelles" mentionnées dans le courrier qu'elle a adressé le

3 novembre 1998 au demandeur visaient en fait les activités syndicales de celui-ci ;

- le 9 octobre 2000, le Dr Sthioul a écrit une lettre ouverte, cosignée par plusieurs confrères, à l'attention du courrier des lecteurs de La Presse, afin de relater les bonnes relations professionnelles entretenues avec le demandeur. Il a relevé ses opinions nuancées, professionnelles et pragmatiques, sa participation à des prises de décisions efficaces, adaptées et respectueuses des patients et des autres intervenants ainsi que sa présence éclairée et sympathique. Après discussion avec le Dr de Coulon, il a toutefois fait différer la publication de cette lettre et écrit à la direction de la défenderesse pour exprimer son soutien au demandeur ainsi que son espoir de voir des négociations aboutir à un compromis honorable."
- "Il n'y a pas lieu de procéder à des mesures d'instruction complémentaires."
- "A teneur de l'article 336b alinéa 1^{er} CO, la partie qui entend réclamer une indemnité pour congé abusif doit faire opposition au congé par écrit au plus tard jusqu'au délai de congé. Elle doit ensuite agir en paiement de l'indemnité par voie d'action en justice dans le délai de 180 jours à compter de la fin du contrat (al. 2). En l'espèce, le recourant a contesté son licenciement par lettre du 20 septembre 2000, soit avant l'échéance du délai de congé fixé au 31 décembre 2000. Par ailleurs, il a ouvert action le 18 avril 2001, soit en temps utile. Les incombances légales ont ainsi été respectées."
- "Le demandeur soutient qu'il a été licencié en raison de son activité syndicale. Son congé serait donc abusif au sens de l'article 336 alinéa 2 lettre a CO. Le fardeau de la preuve du caractère abusif de la résiliation incombe à la partie à laquelle elle est signifiée (cf. art. 8 CC; ATF 123 III 246 c. 4b, JT 1998 I 300; ATF 121 III 60 c. 3b, JT 1996 I 47). La preuve est toutefois difficile à rapporter, puisqu'il s'agit d'établir le réel motif de celui qui a mis fin aux rapports de travail. Or, il s'agit d'un fait interne, ressortissant à la volonté intime de la personne (SJ 1993 p. 360; Brunner/Bühler/Waeber, Commentaire du contrat de travail, 2ème éd., 1996, n. 2 ad art. 336 CO, pp. 199-200; Zoss, La résiliation abusive du contrat de travail, Thèse Lausanne 1997, p. 270; Wyler, Droit du travail, Berne 2002, p. 397). La jurisprudence admet dès lors qu'un faisceau d'indices ou une très grande vraisemblance résultant de l'ensemble des circonstances suffit à faire admettre

l'existence d'un congé abusif. Le juge peut ainsi présumer l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé présente des indices suffisants pour faire apparaître le motif avancé comme non réel. Il s'agit d'une preuve par indices (SJ 1993 p. 360 précité; Ch. rec. Truys c. Equipe Crit Intérim S.A., 12 juin 2002; Wyler, ibid.). De son côté, l'employeur ne peut rester inactif mais doit collaborer à l'établissement des faits, en apportant notamment les preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif de congé (SJ 1993 p. 360 précité; Wyler, ibid.)."

"A la teneur de l'article 336 alinéa 2 lettre a CO, le congé est abusif lorsqu'il est donné par l'employeur en raison de l'appartenance ou de la non appartenance du travailleur à une organisation de travailleurs ou en raison de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale. Il s'agit là d'une protection spéciale de la liberté syndicale du travailleur (Brunner/Bühler/Waeber, op. cit., n. 9 ad art. 336 CO, p. 203; Wyler, op. cit., p. 407), adoptée par le législateur afin de tenir compte de la spécificité de la liberté syndicale. En effet, en sa qualité de droit constitutionnel (cf. art. 28 Cst), celle-ci bénéficie également de la protection de l'article 336 alinéa 1^{er} lettre b CO, qui protège de manière générale l'exercice des droits fondamentaux dans le domaine du droit du travail (Zoss, op. cit., p. 235; sous l'ancien droit, cette protection était déduite de la liberté d'association, art. 56 aCst; Zoss, p. 229)."

"Pour admettre que le congé est abusif, il faut un lien de causalité entre l'exercice par le travailleur de sa liberté syndicale et le licenciement (Zoss, op. cit., p. 228). En d'autres termes, il faut que le motif illicite ait joué un rôle déterminant dans la décision de la partie de résilier le contrat (JAR 1994, 199). Est ainsi abusif le licenciement d'un travailleur parce qu'il a adhéré à un syndicat ou parce qu'il a demandé à un syndicat de le défendre. En revanche, le simple fait d'être affilié à un syndicat ne protège pas le travailleur contre tout licenciement (Zoss, op. cit., p. 231)."

"L'article 336 alinéa 2 lettre a CO sanctionne les résiliations prononcées en raison de l'exercice conforme au droit et au contrat de travail d'une activité syndicale (Zoss, op. cit., p. 232; Wyler, op. cit., p. 407). Sont ainsi protégées toutes les actions entreprises par le travailleur qui visent le maintien ou l'amélioration des conditions de travail. L'activité syndicale englobe notamment la possibilité d'informer l'ensemble des travailleurs sur le rôle et l'organisation des syndicats, la défense des droits des

employés, ainsi que le renforcement de l'organisation syndicale sur le lieu de travail. Elle vise également l'organisation et la participation à une grève licite, la participation à des négociations salariales, la récolte de signatures et la défense de collègues (Zoss, op. cit., pp. 232-233; Brunner/Bühler/Waeber, op. cit., n. 9 ad art. 336 CO, p. 203)."

"Dans un arrêt du 19 décembre 2000, le Tribunal fédéral n'a pas considéré comme abusif le congé donné à une infirmière-chef d'un établissement médico-social à qui il était reproché de s'opposer à la direction. L'intéressée s'était d'emblée opposée à la nomination d'une nouvelle directrice alors qu'elle n'était en fonction que depuis quelques mois. Elle avait clairement annoncé en séance qu'elle ne pensait pas pouvoir travailler avec cette personne et avait cherché à faire revenir le comité directeur sur sa décision. Elle avait refusé de renouer le dialogue avec la directrice et lui avait déclaré vouloir quitter son emploi. Enfin, elle avait fait part de ses dissensions avec la direction auprès de ses subordonnés et les avait informés de son intention de partir dès qu'elle aurait trouvé un poste intéressant ailleurs. Le Tribunal fédéral a considéré que l'employée avait violé son devoir de fidélité et rompu le lien de confiance indispensable à toute relation de travail (SJ 2001 I 320 c. 2c)."

"En l'espèce, l'activité professionnelle du recourant n'a fait l'objet d'aucun reproche jusqu'en octobre 1998. Selon les différents témoignages, le recourant était un bon infirmier. Ses collègues Pierrette David, Catherine Despeyroux-Rentsch et Isabelle Burger ont relevé ses qualités professionnelles et humaines. Elles ont précisé que le recourant mettait l'intérêt de ses patients au centre de ses préoccupations et qu'il était apprécié de l'ensemble des personnes avec lesquelles il était en contact. Christian Cornu, son supérieur hiérarchique direct, l'a lui-même reconnu. Il a précisé que le recourant s'investissait pleinement au sein du réseau et envers ses patients. Différents professionnels externes à l'intimée ont également confirmé que le recourant était apprécié, soulignant la qualité de son travail. Le responsable du CMS Montreux-Veytaux-Clarens-Chailly l'a remercié pour sa précieuse collaboration; le Dr Sthioul a rédigé une lettre destinée à la presse, cosignée par plusieurs confrères, dans laquelle il faisait état des bonnes relations professionnelles entretenues avec le recourant, de ses opinions nuancées, professionnelles et pragmatiques, de sa participation à des prises de décisions efficaces, adaptées et respectueuses des

patients et des autres intervenants ainsi que de sa présence éclairée et sympathique; l'ancienne responsable du CMS de Vevey a déclaré que le recourant avait fourni un travail de qualité et que leur collaboration s'était avérée fructueuse. Pour le surplus, aucune faute professionnelle ne lui a été reprochée par la défenderesse."

"Lorsque l'intimée a licencié le recourant, elle lui a essentiellement reproché de n'être plus capable d'assumer sa fonction d'ICUS. A cet égard, il a été dit que le recourant a été promu à ce poste en 1991. En 1992, la commission du personnel, dont faisait partie le recourant, a incité l'ensemble des employés à participer à une journée de grève afin de lutter contre la politique d'austérité du Conseil d'Etat. L'intimée a invité les membres de la commission à renoncer publiquement à cet appel à la grève. Cette intervention visait toutefois l'ensemble des membres de la commission, dans le cadre d'une activité syndicale, et non pas la fonction d'ICUS exercée par le recourant."

"En 1998, l'intimée lui a adressé un courrier relatant des problèmes concernant sa fonction de responsable d'équipe, son rapport à la filière hiérarchique ainsi que l'interférence de ses activités extra-professionnelles. Ces critiques sont intervenues peu de temps après que le recourant ait fait circuler une pétition afin de protester contre le licenciement d'une collaboratrice. En outre, le recourant n'a obtenu aucune précision sur les dysfonctionnements qui lui étaient reprochés. Enfin, l'intimée a admis que "par activités extra-professionnelles", elle visait en fait les activités syndicales du recourant."

"Lors de deux entrevues, en juin et en septembre 2000, l'intimée a reproché au recourant de ne plus assumer correctement sa fonction d'ICUS. Toutefois, elle est demeurée vague et n'a pas motivé ni clairement défini cette prétendue incapacité. En outre, aucune information circonstanciée ne lui a été fournie sur l'appréciation de son travail."

"Dans sa déposition, Christian Cornu a reproché au recourant de se trouver constamment en conflit avec la direction et de ne plus assurer le relais entre son équipe et la direction. Raymond Panchaud et Nicolas de Coulon ont fait valoir que

l'intéressé s'opposait systématiquement aux projets de la direction. Ils n'ont toutefois fourni que deux exemples concrets de contestation, l'un relatif au partage d'un poste de travail entre deux unités, l'autre concernant des directives tendant à la réduction des effectifs. De toute manière, les dépositions de Christian Cornu et de Raymond Panchaud doivent être appréciées avec circonspection dès lors qu'ils sont les signataires de la lettre de licenciement du 12 septembre 2000."

"Concernant les reproches qui ont été formulés avec plus de précision et de virulence, soit ceux émis dans la presse et à l'intention de la Caisse de chômage SIB, l'instruction n'a pas permis de déterminer en quoi auraient consisté le prétendu manque d'engagement du recourant dans les projets et son attitude arrogante. La réalité des autres griefs n'a pas davantage été démontrée."

"En particulier, l'instruction n'a pas permis d'établir que, dans le cadre de son travail, le recourant se soit opposé à l'intimée de façon à rompre la relation de confiance ou à violer son devoir de fidélité. Le recourant n'a pas refusé le dialogue avec ses supérieurs. Il a au contraire requis des précisions lorsqu'on lui a reproché des dysfonctionnements. Il n'a pas cherché à faire revenir la direction sur ses décisions, du moins en dehors de son activité syndicale. En réalité, l'opposition qui est reprochée au recourant trouve sa source dans sa volonté de défendre les intérêts des employés, soit dans l'importante activité syndicale qu'il a développée durant ses années de travail au sein de l'intimée. Le fait que les premiers reproches à son égard aient été formulés peu de temps après qu'il ait fait circuler une pétition en faveur d'une employée licenciée et qu'ils aient été dirigés essentiellement contre ses activités extra-professionnelles, par quoi il faut entendre ses activités syndicales, vient corroborer le constat qui précède."

"Certes, Pierrette David, qui a pris sa retraite en 1996, n'a constaté aucun propos anti-syndicaliste au sein du comité de direction. De même, Silveri Kirchner, licencié en 1994, a émis l'avis que le demandeur avait été victime d'une vague de licenciement, comme lui. Ces témoignages sont toutefois antérieurs aux premiers reproches formulés à rencontre du recourant en 1998. En revanche, deux collègues ont attesté que la direction n'appréciait pas l'activité syndicale du recourant. Les dépositions des deux secrétaires syndicaux ayant participé à des entretiens avec la

direction vont dans le même sens, même s'ils doivent être accueillis avec retenue, les témoins en question étant intervenus pour la défense du recourant, en plein conflit."

"On relèvera encore qu'en 1999, la présidente de la commission du personnel a été licenciée par l'intimée et que l'ensemble de la commission a démissionné, ce qui atteste des tensions existant entre la direction et la représentation du personnel."

"En définitive, la cour de céans constate que la qualité du travail et les compétences professionnelles du recourant ont été relevées tant par ses collègues que par les personnes externes à l'intimée, avec lesquelles il a été amené à collaborer. Personne n'a émis de critiques sur l'exercice de sa fonction d'ICUS, hormis les membres de la direction de l'intimée. Au demeurant, leurs reproches sont demeurés vagues et l'instruction n'a pas permis d'en établir la véracité. Compte tenu de tous les éléments exposés, il n'est pas possible d'admettre, à l'instar des premiers juges, la réalité du motif invoqué par l'intimée. Au contraire, un large faisceau d'indices permet d'affirmer que l'appartenance du recourant à un syndicat et les activités de défense des employés qu'il a déployées durant son engagement ont eu une importance prépondérante dans la décision de le licencier."

"

Quant à l'engagement que le recourant aurait pris, en septembre 1999, de quitter son emploi, cet argument n'a que peu de valeur. En effet, le recourant conteste avoir pris un tel engagement, et son existence n'est pas suffisamment établie. Le recourant aurait uniquement émis le désir de quitter son poste d'ICUS. Isabelle Burger a confirmé que le recourant lui avait fait part d'un tel souhait, car il subissait de fortes pressions de la part de la direction et non pas parce qu'il estimait ne plus être capable d'assumer sa fonction. A cela s'ajoute que le recourant n'a finalement pas résilié son contrat de travail et, en mai 2000, Sylvie Reymond Darot lui a confirmé sa participation pour l'année à venir au groupe de liaison psychogériatrique en qualité de représentant de l'intimée. Le prétendu engagement n'était donc manifestement plus d'actualité."

□ "Eu égard à ce qui précède, le congé litigieux est abusif."

- *"Un tel congé n'est pas nul. La sanction consiste dans le paiement d'une indemnité à l'autre partie par celle qui résilie abusivement le contrat (art. 336a al. 1^{er} CO). L'indemnité est fixée par le juge, compte tenu de toutes les circonstances; toutefois, elle ne peut dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur. Sont réservés les dommages-intérêts qui pourraient être dus à un autre titre (art. 336a al. 2 CO)."*

"Cette indemnité a une double fonction, punitive et réparatrice. Elle ne correspond pas aux dommages-intérêts au sens classique, car elle est due même si la victime ne subit ou ne prouve aucun dommage. Elle revêt ainsi un caractère sui generis, qui l'apparente à une peine conventionnelle (arrêt TF non publié 4C.86/2001; TF, SJ 1999 I 277; ATF 123 III 391, JT 1998 I 126; Zoss, op. cit., pp. 280 ss). Dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, le juge doit prendre en considération la gravité de la faute de l'employeur, celle d'une éventuelle faute concomitante du travailleur, la gravité de l'atteinte à la personnalité de celui-ci, la durée des rapports de travail, leur étroitesse, les effets économiques du licenciement, l'âge du travailleur, d'éventuelles difficultés de réinsertion dans la vie économique ainsi que la situation économique des parties (arrêt TF non publié 4C.86/2001; ATF 123 III 391, JT 1998 I 126; ATF 123 III 246, JT 1998 I 300; Zoss, op. cit., pp. 287 ss)."

"En l'espèce, le salaire mensuel brut du recourant, engagé par la défenderesse en qualité d'infirmier-diplômé depuis 1987, puis promu premier infirmier en 1989 puis ICUS en 1991, s'élevait à 6'897 fr. 20 en novembre 2000. Au vu de la longue durée des rapports de travail, de ses effets économiques sur le recourant, qui n'a pas retrouvé de travail avant six mois, et du comportement réciproque des parties, la Chambre des recours estime qu'une indemnité équivalente à cinq mois de salaire mensuel brut, à savoir à 34'486 fr., se justifie."

"L'intérêt moratoire sera accordé dès le 1er janvier 2001 au taux légal de 5 % l'an (art. 104 al. 1er CO)."

- *"S'agissant du tort moral, le Tribunal fédéral a précisé que, du fait de sa finalité réparatrice, l'indemnité prévue par l'article 336a alinéa 2 CO ne laisse guère de place à l'application cumulative de l'article 49 CO, car elle embrasse toutes les*

atteintes à la personnalité du travailleur qui découlent de la résiliation abusive du contrat. Seule demeure réservée l'hypothèse dans laquelle une telle atteinte serait à ce point grave qu'un montant correspondant à six mois de salaire du travailleur ne suffirait pas à la réparer. Sous cette réserve, l'application parallèle de l'article 49 CO ne saurait entrer en ligne de compte que dans des circonstances exceptionnelles (arrêt TF non publié 4C.86/2001, c. 2a; TF, SJ 1999 I 277; Ch. rec., Tschanz c. Model Emballages SA, 23 septembre 2002)."

"En l'espèce, la cour de céans partage l'avis des premiers juges selon lesquels les critiques formulées par l'intimée dans la presse à rencontre du recourant ne faisaient que répondre aux accusations que ce dernier avait lui-même portées contre l'intimée sur la place publique. En effet, le recourant a également tenu des propos vifs à rencontre de son employeur dans la presse. Il ne saurait dès lors faire valoir des circonstances extraordinaires justifiant l'allocation d'une indemnité supplémentaire pour tort moral."

- *"Obtenant partiellement gain de cause, le recourant a droit à des dépens réduits de première instance, fixés à 4'808 fr. 35 (art. 92 CPC)."*
- *"En conclusion, le recours doit être partiellement admis en ce sens que la défenderesse doit payer au recourant la somme de 34'486 fr., avec intérêt à 5 % l'an dès le 1er janvier 2001, ainsi que la somme de 4'808 fr. 35 à titre de dépens de première instance. Toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées et le jugement est confirmé pour le surplus."*

"Les frais de seconde instance du recourant sont arrêtés à 524 fr. (art. 230 et 232 du tarif du 4 décembre 1984 des frais judiciaires en matière civile)."

"Obtenant partiellement gain de cause, le recourant a droit à des dépens réduits de seconde instance, fixés à 1'349 fr. 35 (art. 91 et 92 CPC; art. 2 al. 1er ch. 33, 3 et 5 ch. 2 du tarif du 17 juin 1986 des honoraires d'avocat dus à titre de dépens)".

29 Selon les informations recueillies auprès de la fondation, seul le cas Herranz a fait l'objet de la saisine des tribunaux compétents. En ce qui concerne le 2^e cas

(Mme Saitta, Présidente de la Commission du personnel), la fondation indique que le licenciement était dû à une insuffisance professionnelle. Il n'y a pas eu jugement.

30 Appréciation :

- Le licenciement de M. Herranz est documenté par un jugement du 9 avril 2002 du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois qui ne concluait pas à un licenciement antisyndical et par un jugement, en la même cause, de la Chambre des recours du Canton de Vaud du 25 septembre 2002. La Chambre des recours a conclu à un licenciement abusif et accordé une indemnité de 5 mois de salaire au travailleur.
- Le cas de M. Herranz a fait l'objet de demandes en justice déposées, puis de jugements, d'abord devant le Tribunal civil d'arrondissement du for compétent, puis devant l'instance civile de recours cantonale.
- Cette dernière instance a partiellement admis les conclusions de M. Herranz, et elle a rejeté la possibilité d'octroyer une indemnité supplémentaire pour tort moral en raison du comportement de M. Herranz.
- Ces demandes en justice ont fait l'objet d'une procédure régulière devant les instances judiciaires, et les droits des parties ont été respectés.
- Il n'y a plus de procédure pendante, la situation de la Présidente de la Commission du personnel n'ayant pas été portée devant la justice. A cet égard, la mention de l'instance de recours relevant que l'ensemble de la Commission du personnel avait démissionné ne joue aucun rôle dans l'appréciation juridique de la cause, puisqu'il s'agit d'un simple rappel des faits.
- Il y a jugement faisant état d'un licenciement pour motifs antisyndicaux et reconnaissance du droit à une indemnité de 5 mois de salaire : un licenciement reconnu comme abusif pour motifs antisyndicaux entraîne une sanction très proche du maximum prévu par la loi.
- Le cas de M. Herranz, tel que porté par l'USS à la connaissance du Comité, est probant.

2.5 Cas Laiteries Réunies de Genève

31 L'USS présente le cas du licenciement de Monsieur Olivier Schürch, Président de la Commission ouvrière :

"Les Laiteries Réunies de Genève (LRG) rassemblent huit sociétés du domaine agroalimentaire. Le groupe occupe environ 700 personnes. En 2005, les LRG ont adopté une position très dure dans les négociations de renouvellement de la convention collective de travail, puis ont interrompu ces négociations, provoquant un vide conventionnel depuis le 1^{er} janvier 2006."

"A mi-février 2006, les LRG ont licencié Olivier SCHÜRCH en invoquant des motifs d'ordre économique. Cet employé, qui avait 19 ans d'ancienneté, a été raccompagné le jour même à son véhicule, sans même avoir eu la possibilité de ranger ses affaires et éteindre son ordinateur."

"Une procédure pour licenciement abusif d'un représentant des travailleurs est actuellement pendante devant la juridiction des Prud'hommes du Canton de Genève."

32 En l'absence de renseignements des instances judiciaires genevoises, l'entreprise a fourni les informations suivantes :

- Entre le 15 février 2006 et le 10 avril 2006, cette dernière date étant postérieure à la communication de l'USS au BIT du 7 avril 2006, l'entreprise Vivadis (Groupe Laiteries réunies) a eu un échange de correspondances avec M. Schürch et avec le Syndicat Unia.
- Le courrier du 15 février 2006 à M. Schürch précisait que son licenciement était motivé par des raisons économiques, l'entreprise devant procéder à des mesures de réduction des coûts.
- Dans son courrier du 20 février 2006, le syndicat Unia a fait opposition au licenciement de l'intéressé et a demandé sa réintégration dans l'entreprise, étant Président de la délégation du personnel et protégé par son mandat de représentant du personnel. Unia a précisé notamment que si la réintégration n'était pas possible, la juridiction des Prud'hommes serait saisie en application de l'article 336, alinéa 2, lettre b du CO.
- Dans sa réponse au syndicat Unia du 10 avril 2006, l'entreprise Vivadis confirme que la réintégration du travailleur concerné n'est pas possible, tout en précisant

qu'il n'y avait de poste disponible pour lui à l'instant; l'entreprise confirme que le dossier de candidature de M. Schürch serait conservé dans l'attente d'une ouverture dans l'une des sociétés du groupe. Dans ce même courrier, l'entreprise précise également que M. Schürch avait été libéré avec effet immédiat de l'obligation de travailler, ceci en raison de ses affirmations de vouloir transférer des fichiers informatiques de l'entreprise sur le PC se trouvant à son domicile. Un tel agissement aurait pu provoquer un licenciement avec effet immédiat.

- L'entreprise a informé le 12 juillet 2006 qu'elle avait été convoquée par la Juridiction des Prud'hommes de Genève pour une séance de conciliation qui a eu lieu le 10 juillet 2006 et concernait la question du licenciement de M. Schürch. L'entreprise a réitéré sa position, à savoir que le licenciement de M. Schürch avait été effectué pour des raisons économiques.
- Suite à la séance de conciliation du 10 juillet 2006 qui n'avait donné aucun résultat, il y a eu un jugement du Tribunal des Prud'hommes de Genève le 1^{er} décembre 2006. L'entreprise ayant eu gain de cause, M. Schürch a été débouté.
- Le syndicat Unia a fait appel contre ce jugement de première instance. La juridiction d'appel a prononcé un arrêt en la matière le 3 octobre 2007.
- Selon cet arrêt, M. Schürch a eu partiellement gain de cause et obtenu un montant de Fr. 15'000.-- à titre d'indemnité pour congé abusif. L'entreprise souligne que l'indemnité versée à M. Schürch en application de cet arrêt n'est pas motivée par une atteinte à la liberté syndicale mais fait référence à l'ancienneté du travailleur et à ses difficultés de réinsertion sur le marché du travail.

33 Le traitement du cas de M. Schürch a fait l'objet d'une publication par Unia qui présente notamment le résultat de la procédure d'une manière légèrement différente: [http://www.unia.ch/news_aktion_fr.9.0.html?&no_cache=1&L=1&tx_ttnews\[pointer\]=4&tx_ttnews\[tt_news\]=3376&tx_ttnews\[backPid\]=280&cHash=03b024f486](http://www.unia.ch/news_aktion_fr.9.0.html?&no_cache=1&L=1&tx_ttnews[pointer]=4&tx_ttnews[tt_news]=3376&tx_ttnews[backPid]=280&cHash=03b024f486)

34 **Appréciation :**

- Le licenciement de M. Schürch est documenté par un jugement du 3 octobre 2007 de la Cour d'appel prud'homale qui, selon les sources disponibles, ne conclut pas à un licenciement antisyndical. L'indemnité versée au travailleur serait de l'ordre

de 3 mois de salaire, pour des motifs d'ancienneté du travailleur et à ses difficultés de réinsertion sur le marché du travail.

- Le cas de M. Schürch a fait l'objet de demandes en justice déposées, puis de jugements, d'abord devant le Tribunal des Prud'hommes du for compétent, puis devant l'instance de recours compétente.
- Ces demandes en justice ont fait l'objet d'une procédure régulière devant les instances judiciaires, et les droits des parties ont été respectés.
- Il y a jugement faisant état d'un licenciement abusif, sans se référer aux motifs antisyndicaux, et reconnaissance du droit à une indemnité de 3 mois de salaire.
- Le cas porté par l'USS à la connaissance du Comité ne paraît pas probant.

2.6 Cas Flasa S.A.

35 L'USS revient sur le cas du licenciement de Monsieur Francis Leprince.

"L'USS revient sur le cas No 1 cité dans la plainte du 14 mai 2003, pour lequel la demande en justice était pendante au moment du dépôt de la plainte."

"La procédure devant le Conseil des Prud'hommes a donné lieu à une audience de conciliation, qui s'est tenue le 21 octobre 2003 et qui a échoué. Alors que la procédure était en cours, le travailleur a constaté qu'il était boycotté par les employeurs de la région qui refusaient de l'engager tant et aussi longtemps qu'il soutenait une procédure en justice pour faire valoir ses droits. Face à ces refus d'embauche, le collègue LEPRINCE, qui a charge de famille, s'est senti contraint d'accepter une transaction au terme de laquelle une indemnité de Fr. 16.000,--, soit plus de quatre mois de salaire, lui a été versée."

"Dans un article paru dans l'Événement Syndical du 5 novembre 2003, le secrétaire régional du syndicat FTMH relevait que, dans cette entreprise, "sur les six représentants syndicaux qui travaillaient chez Flasa, il n'en reste désormais plus que deux, car trois d'entre eux ont été licenciés pour des motifs annoncés économiques et un quatrième est parti volontairement car il disait ne plus supporter les pressions dont il était l'objet"."

36 Selon le rapport supplémentaire du CF du 16 juin 2006, les prétentions en indemnité articulées par le requérant contre l'intimée sont demeurées contestées par cette dernière. Pour mettre un terme à la procédure civile en cours, les parties ont décidé de transiger par le paiement, par l'intimée, d'une indemnité pour solde de tout compte, à bien plaisir et sans reconnaître une quelconque responsabilité. Ceci étant,

le requérant a retiré son action ouverte contre FLASA S.A. et la convention passée entre les parties a été homologuée par l'autorité judiciaire. Il n'y a pas eu de jugement de l'instance judiciaire saisie et, selon écrit du Juge, l'affaire est liquidée et le cas a été rayé du rôle du Tribunal.

37 L'entreprise a néanmoins tenu à préciser ce qui suit :

- Le travailleur concerné "était en maladie depuis le 2 décembre 2002 jusqu'au 30 juin 2003, son licenciement ayant eu lieu le 15 novembre 2002".
- L'entreprise précise avoir été informée, par le travailleur concerné, qu'il avait retrouvé un emploi depuis le 7 juillet 2003, infirmant ainsi l'allégation de boycott des employeurs de la région envers le travailleur.
- Plusieurs personnes ont été à l'époque licenciées pour raisons économiques, dont un directeur financier, et ceci indépendamment de leur appartenance ou non à une organisation syndicale. Cette précision permet de replacer dans leur juste contexte les affirmations de l'Évènement syndical du 5 novembre 2003, telles que rapportées par l'USS.

38 **Appréciation :**

- La convention passée entre les parties a été homologuée par l'autorité judiciaire.
- Il n'y a pas eu de jugement de l'instance judiciaire saisie et partant aucune reconnaissance d'un licenciement pour motifs antisyndicaux.
- L'affaire est liquidée et le cas a été rayé du rôle du Tribunal.
- Le cas porté par l'USS à la connaissance du Comité n'est pas probant.

2.7 **Conclusions**

39 Dans la majorité des cas, il n'existe pas de jugement faisant état d'un licenciement abusif pour motifs antisyndicaux, car les parties se mettent d'accord dans le cadre d'arrangements transactionnels. Il est dès lors difficile voire impossible de se forger une opinion.

40 Seul le cas de la Fondation de Nant est probant parmi les cas additionnels d'entreprises mentionnées par l'USS: il existe un jugement faisant état d'un licenciement pour motif antisyndical, et l'employeur a été sévèrement sanctionné par la condamnation au paiement d'une indemnité équivalent à 5 mois de salaire.

41 On peut relever le bon fonctionnement de la justice qui, dans de nombreux cas, permet aux justiciables d'obtenir, en cas de recours, une décision judiciaire reconnaissant l'existence de motifs antisyndicaux dans le cadre d'un licenciement abusifs.

42 Les autres allégations présentées par l'USS dans sa lettre du 7 avril 2006 ne sont pas documentées ni étayées par des éléments de preuves nécessaires.

3 Consultation de la Commission fédérale tripartite

42 Le projet de rapport du CF a été soumis pour consultation à la Commission tripartite pour les affaires de l'OIT entre le 1^{er} et le 10 septembre 2008. Cette commission extraparlamentaire consultative regroupe des représentants de l'administration fédérale et des partenaires sociaux.

Les représentants de l'administration ont pris note des Observations.

Les associations des partenaires sociaux ont formulé des commentaires qui peuvent être résumés comme suit :

Pour l'USS :

- le bref délai de consultation justifie une réserve générale. Les commentaires exprimés ne sauraient être en aucun cas compris comme une acceptation des observations.
- les commentaires figurant aux chiffres 19, 22, 26 et 30 sont des appréciations de jugements ou d'absence de jugement, ce qui ne signifie pas, dans ce dernier cas, qu'il n'y ait pas eu pour autant licenciement antisyndical. Au chiffre 30, le cas démontre que la législation en vigueur n'a pas eu d'effet dissuasif, malgré le fait que l'indemnité de 5 mois de salaire soit très proche du maximum légal.

L'USS conclut en relevant que :

- les cas soumis sont probants, le Conseil fédéral notant au chiffre 39 qu'il "est difficile voire impossible de se forger une opinion";
- le nombre de cas jugés pertinents n'y change rien : la protection contre les licenciements antisyndicaux est insuffisante en Suisse. Dans tous les cas, les travailleurs et travailleuses concernés perdent définitivement leur emploi et la sanction infligée à l'employeur n'est pas dissuasive. Ainsi, un employeur qui licencie délibérément un employé parce qu'il est syndiqué peut tout à fait se le permettre, même dans une petite entreprise.

Pour l'UPS (ainsi que l'USAM et l'Union suisse des paysans) :

- la partie 1 du rapport (chiffre 9 en particulier) mérite d'être approuvée pour ce qui touche à l'intention du gouvernement de renoncer à donner suite à la lettre a) de la recommandation au moyen d'un projet de révision législative. L'UPS comprend la volonté du Conseil fédéral de poursuivre la discussion avec les partenaires sociaux telle qu'exprimée au chiffre 10 du rapport, et elle rappelle que l'UPS a toujours montré dans cette affaire sa disponibilité à la coopération (chiffre 15) et au dialogue. Tout en restant ouverte au dialogue, l'UPS rappelle que le dialogue entre partenaires sociaux relève de leur propre choix.
- l'examen des 10 cas supplémentaires fait ressortir que dans neuf cas sur dix, il n'existe pas de jugement faisant état d'un licenciement abusif pour motifs antisyndicaux (chiffre 39); seul un cas est probant, assorti d'un jugement faisant état d'un licenciement pour motif antisyndical dans lequel l'employeur a été condamné à la lourde sanction du paiement de cinq mois de salaire, ce qui prouve le bon fonctionnement de la justice. Les autres allégations présentées par l'USS dans sa lettre du 7 avril 2006 ne sont pas documentées ni étayées par des éléments de preuves nécessaires.

L'UPS conclut en relevant que :

- en Suisse, la protection contre les licenciements abusifs pour motif antisyndical est suffisante et fonctionne dans la pratique;
- dans ses deux premiers rapports à l'OIT, le Conseil fédéral avait conclu avec raison au rejet de la plainte et à son classement définitif par le Comité de la liberté syndicale;
- face aux constatations faites dans ce 3^e rapport (ainsi, le manque de fondement des allégations en cause de l'USS), le gouvernement suisse devrait classer cette affaire une fois pour toute.