

COMITÉ DU 31 JANVIER 2018

Berne, le 25 janvier 2018

Annexe 19 – LC

Evolution des dossiers de la protection contre les licenciements antisyndicaux et des lanceurs d'alerte (« whistleblowing »)

Pour : information

I. La protection contre les licenciements antisyndicaux

Contexte

En 2003, l'USS a déposé une plainte à l'OIT pour violation de la liberté syndicale. La raison en était des licenciements antisyndicaux auxquels des syndicalistes, des militant(e)s, des membres de représentations du personnel ou de conseils de fondation de caisses de pension ont été confrontés.

L'USS a réuni des cas concrets pour cette plainte. En 2004 et en 2006, les organes de l'OIT ont recommandé à la Suisse de réviser le code des obligations en améliorant la protection contre le licenciement (adaptation des mois d'indemnité de salaire selon la taille de l'entreprise, possibilité de réintégrer les personnes licenciées). En 2010, en réaction à la plainte de l'USS, l'OFJ a présenté un avant-projet de réforme du CO. Celui-ci tenait compte des recommandations de l'OIT. Voici ce qui est recommandé s'agissant d'une amélioration des mécanismes de protection en cas de licenciement abusif : douze mois d'indemnités de salaire au lieu de six.

Lors de la procédure de consultation, les employeurs et les politiciens bourgeois y étaient opposés, la majorité des cantons était en faveur d'une amélioration. Les forces de gauche et les juristes y étaient favorables.

Malgré ces retours positifs en consultation, l'OFJ s'est toutefois rétracté. L'OFJ et le SECO ont signalisé qu'une réforme ne verrait le jour que si le consensus régnait entre les partenaires sociaux. Dans les faits, on intégrerait ainsi dans le CO un droit de veto pour les employeurs en matière de licenciement. En 2013, l'USS a réactivé sa plainte auprès de l'OIT en argumentant que la Suisse n'avait toujours pas mis en œuvre les recommandations des organes sur le respect des conventions ratifiées.

En raison de cette pression, le Conseil fédéral a commandé trois rapports d'experts aussi dans le but de montrer que les discussions sur la protection contre licenciement se poursuivaient. Ces rapports devaient comparer les protections contre le licenciement dans les pays voisins ainsi que procéder à une analyse juridique générale sur la protection contre les licenciements antisyndicaux en faisant des propositions de solutions. Les auteurs d'une étude ont plus particulièrement proposé que la somme maximale des indemnités soit portée de six à douze mois. Ils ont aussi recommandé une modification de l'immutabilité des prescriptions impératives selon l'art. 361 CO qui, de l'avis du Tribunal fédéral appartient aux dispositions de la protection contre le licenciement.

Séminaire tripartite sur la protection contre le licenciement

La Commission fédérale tripartite pour les affaires de l'OIT (CFTOIT), à laquelle le Conseil fédéral a transmis le dossier, a décidé sur proposition de l'USS de mener un séminaire le 8 mai 2017 avec les professeurs ainsi que des représentants(e)s choisis des partenaires sociaux, séminaire que le SECO et l'OFJ ont animé.

L'OFJ était très bien représenté, le SECO plutôt mal. Etaient présents Michael Schöll, vice-directeur de l'OFJ; David Rüetschi, chef de l'unité droit civil de l'OFJ; Bassem Zein, collaborateur scientifique qui s'occupe du dossier du droit de résiliation/CO. Du SECO, l'ambassadeur J.J. Elmiger était présent ainsi que son adjointe Valerie Berset Bircher, qui est membre du Comité de la Liberté Syndicale (CLS) depuis juin 2017.

Séminaire et séance de commission de l'OIT en décembre 2017

Le séminaire du 8 mai 2017 sur invitation de l'OFJ/SECO a montré que les employeurs n'avaient aucun intérêt à apporter des améliorations de la protection contre le licenciement. Le but du séminaire était de montrer la marge de manœuvre dans le domaine de la protection contre le licenciement. Cela a été fait par les trois études mandatées par la Confédération à l'Université de Neuchâtel et à l'Institut suisse de droit comparé.

Les études montrent toutes que le droit suisse en matière de protection contre le licenciement ne respecte pas les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et de l'OIT. Quand on compare les systèmes judiciaires (Royaume-Uni, Allemagne, France, Italie, Autriche, Slovaquie), on voit aussi que ces pays ont une bien meilleure protection contre le licenciement que la Suisse dans des affaires de licenciements antisyndicaux.

Malgré tout, les employeurs présents ont nié qu'il faille agir dans le droit de résiliation suisse. Cela à l'encontre de la jurisprudence de la CEDH, des recommandations de l'OIT suite à la plainte déposée par l'USS en 2003 ainsi que des remarques issues des trois études.

Au sein de la CFTOIT qui a suivi le 1^{er} décembre 2017, un représentant de l'Union patronale suisse (UPS) a signalé informellement que le CO pourrait au mieux être modifié dans le sens où de meilleures dispositions conventionnelles étaient convenues entre les partenaires sociaux, ce qui actuellement est contesté : en raison des dispositions absolument impératives de l'art. 361 CO sur le droit de congé, ce qui veut dire qu'aucune dérogation n'est possible que ce soit en faveur de l'employé ou de l'employeur. Mais cette mesure est aussi contestée au sein de l'UPS.

Après s'être entretenue avec les fédérations, l'USS a estimé qu'une révision du seul art. 361 CO n'avait pas beaucoup de sens : la nature de la disposition absolument impérative ne pose pas ou peu de problème dans la pratique (lors de négociations CCT ainsi que lors de litiges liés au droit du travail devant des instances de premier recours). Le risque existe toutefois que la révision du seul art. 361 CO aboutisse à un naufrage en raison de la majorité actuelle au Parlement et que de réels problèmes en termes de politique juridique apparaissent alors dans ce domaine.

En raison du veto de la délégation des employeurs au sein de la CFTOIT, le DEFR a communiqué au Conseil fédéral qu'aucun accord n'avait été trouvé entre les partenaires sociaux dans le dossier de la protection contre le licenciement.

Suite des opérations pour les syndicats

En raison de la situation politique, le Conseil fédéral donne des signaux selon lesquels le projet ne serait pas poursuivi. Cela signifierait qu'il n'y aurait pas de nouvel avant-projet, ce qui est inacceptable pour l'USS.

Proposition pour la suite des opérations :

- L'USS intervient pour qu'une nouvelle bonne proposition tenant compte des exigences de l'USS vienne du Conseil fédéral : augmentation à 24 du nombre de mois d'indemnité de salaire en cas de licenciement abusif, réintégration si l'employé(e) le souhaite.
- L'USS crie au scandale publiquement en menant une campagne au sujet de la décision prise par le Conseil fédéral de ne pas réviser l'art. 361a CO pour améliorer la protection contre les licenciements antisyndicaux, en dépit d'une situation juridique claire. On continue à effectuer un travail de sensibilisation et médiatique, p. ex. en ce qui concerne le rapport officiel des Nations Unies sur les droits de l'homme en Suisse. A cet égard, nous continuons à former des alliances avec des acteurs actifs dans les droits de l'homme (Amnesty International, Human-Rights.ch, etc.).
- Nous tablons sur de nouvelles recommandations du Comité de la liberté syndicale de l'OIT (CLS-OIT) au sujet de la non-application des recommandations formulées suite à la plainte de 2003 et on les utilise médiatiquement et politiquement. Cela encore en 2018. Mais nous redoutons que les recommandations ne soient pas aussi bonnes que celles de 2006 au vu des évolutions internes à l'OIT. Lors de la prochaine assemblée de l'OIT, où le respect par la Suisse des libertés syndicales est régulièrement passé en revue, la Suisse doit être mise au pilori. Et cela par l'intégration de la Suisse à la « longue liste » des pires violations des conventions de l'OIT.
- Nous continuons à récolter les cas de licenciements antisyndicaux et les mettons à disposition de la Confédération syndicale internationale (CSI) pour le rapport annuel sur les libertés syndicales. On peut toutefois constater que le nombre de cas qui ont été transmis à l'USS par les fédérations a plutôt diminué ces dernières années. Les fédérations prennent le cas échéant des mesures de lutte collective. Nous rechercherons, en collaboration avec les fédérations, à saisir la justice.
- Les discussions avec les employeurs dans le cadre du comité de la CFTOIT seront si possible poursuivies.

II. Signalement de dysfonctionnements (« whistleblowing »)

De manière générale

Suite à un avant-projet de la révision partielle du CO, le projet de l'OFJ pour protéger les lanceurs d'alerte est passé devant le Parlement en 2009 et 2013. Au Conseil national, comme au Conseil des Etats, le projet a été décrit comme étant « hyperbureaucratique » et pas adapté au quotidien. Les parlementaires ont renvoyé le projet à l'OFJ (proposition de renvoi). Au Conseil national, une proposition de non-entrée en matière de l'UDC a été refusée par 134 voix contre 49.

L'USS, le PS et les Verts étaient déjà d'avis au sujet des projets de 2009 et de 2013 que l'avant-projet n'apportait pas une protection appropriée. La ligne d'argumentation principale était que le problème se situait moins dans la définition du « whistleblowing » et de ce qu'il faut protéger dans

ce signalement de dysfonctionnements que dans le manque d'efficacité des sanctions prévues en cas de licenciement en guise de représailles. Nous répétons que ce n'est pas un problème inhérent au signalement de dysfonctionnements mais plutôt à la faiblesse de l'art. 336a CO (obtention de six mois d'indemnité de salaire au maximum) et aussi de sa conception paritaire qui n'autorise pas non plus de protection renforcée dans le cadre d'une CCT.

Il aurait été souhaitable que le point de la réforme le plus important pour nous, à savoir la protection contre les licenciements antisyndicaux, ait avancé dans le sillage du « whistleblowing ». Il y a, d'une part, la question de la définition du domaine de protection contre les licenciements abusifs et d'autre part, la question de l'efficacité des sanctions quand un licenciement a été prononcé – cette question ne se pose d'ailleurs pas que pour le « whistleblowing » mais aussi pour tous les autres cas de licenciements abusifs ou injustifiés et n'est à l'heure actuelle pas résolue.

Nouveaux développements

L'USS a reçu des signaux sur le contenu du nouveau projet. Dans la nouvelle version, les propositions ne se préoccupent que de la définition du « whistleblowing » en tant que tel. Une réforme des possibilités de sanction n'est pas prévue. Un nouvel art. 321a bis devrait être ajouté au CO. Sur le plan matériel, le projet est une détérioration en comparaison du statu quo juridique et est donc rejeté par l'USS.

Ensuite, le terme de « signalement des dysfonctionnements » qui tomberait désormais automatiquement sous le coup du fait de « whistleblowing » et donc de l'art. 321bis du CO, semble être très large et de ce fait inacceptable : tous les délits, mais aussi les autres actes illégaux doivent être considérés comme des dysfonctionnements. Des infractions à l'encontre des mesures d'accompagnement, de la LDét, du travail au noir ou même de la LTr ou de la LAA en feraient p. ex. aussi partie.

De tels dysfonctionnements ne pourraient plus être dénoncés aux autorités compétentes (p. ex. à l'inspection du travail), mais devrait l'être à l'employeur. Celui-ci doit ensuite répondre dans un délai de 60 jours, à cet égard, il doit informer de la réception du rapport et de son élaboration et prendre des « mesures suffisantes » pour remédier aux problèmes. Il est clair qu'une telle régulation donnerait toujours la possibilité à l'employeur de prétendre à l'encontre de l'employé lanceur d'alerte que des mesures ont été prises.

L'employé n'est autorisé à s'adresser à l'autorité compétente **qu'après** ne pas avoir reçu de réponse au bout du délai imparti ou encore si son contrat de travail a été résilié ou s'il a subi un préjudice suite à cette annonce. Un signalement **direct** est en outre possible s'il y a un danger grave et imminent pour la vie, la santé, la sécurité des personnes ou l'environnement ou encore un danger imminent de causer des dommages significatifs.

Un rapport sur les problèmes découverts aux syndicats ou à d'autres instances de conseil juridique serait traité comme un signalement au public, p. ex. aux médias. Celui-ci ne serait possible que si l'employé(e) **cumule** les conditions suivantes :

- Il a des « raisons sérieuses », selon le principe de la bonne foi de considérer que les faits signalés sont réels.
- Il a déjà signalé des dysfonctionnement aux autorités compétentes.
- Quand il a prié l'autorité compétente de l'informer sur l'avancement du dossier et que celle-ci ne lui a pas répondu dans un délai de 14 jours ;

- ou **alternativement**, si l'employé(e)s a été licencié ou s'il a subi un préjudice après avoir fait son signalement aux autorités.

Appréciation de l'USS

L'USS a toujours clairement signalé qu'une telle détérioration matérielle dans le cadre du « whistleblowing » serait refusée. Une réforme doit améliorer la situation des lanceurs d'alerte et pas la faire empirer.

Le nouveau projet, tel qu'il a été signalé à l'USS, n'est toujours pas en mesure de convaincre sur le plan formel, ni sur le plan matériel. Formellement, le projet a certes été allégé mais il est toujours trop complexe et extrêmement bureaucratique. Nota bene : l'employé(e) qui ne s'en tiendrait pas à la « cascade de signalements » parce qu'il ne comprend tout simplement pas le texte de loi, pourrait être licencié avec effet immédiat. Autre critique d'un point de vue formel : l'USS est d'avis que le fait constitutif spécial « protection contre le signalement de dysfonctionnements » devrait être réglé dans l'art. 336 CO et pas comme un fait constitutif spécial du devoir de fidélité de l'employé(e) dans l'art. 321 CO.

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

Est-ce que c'est encore possible avec le nouveau projet de loi ? Non. Ce serait en fait déjà un cas de « whistleblowing » où les employé(e)s devraient respecter la « cascade » adéquate : donc d'abord un signalement à l'employeur, ensuite, si les exigences sont remplies, un signalement tout d'abord aux autorités et enfin, en dernier lieu, le cas échéant, un signalement au syndicat...

Le projet ne respecte de la sorte ni le droit fondamental (OIT, CEDH, Cst., etc.), ni la pratique actuelle dans les entreprises. Les employé(e)s ne sont autorisés à échanger avec les syndicats ni collectivement, ni individuellement ni à se faire conseiller. Le recrutement (et le partenariat dans l'entreprise) serait ainsi passablement gêné, voire impossible. La mise en œuvre de beaucoup de lois (LTr, LAA, LDét) qui permettent aux syndicats de déposer plainte directement (légitimation active) serait compliquée.

III. Observations finales sur les deux projets

Si un projet amélioré sur le « whistleblowing » devait effectivement passer : il n'en demeurerait pas moins que si un licenciement abusif devait être constaté en justice, seulement 2-3 mois d'indemnités de salaire (au maximum 6) seraient versés. Ce qui, dans la plupart des cas, ne serait absolument pas assez dissuasif. Raison pour laquelle l'USS demande que, dans l'idéal, les deux projets soient reliés : des améliorations pour les lanceurs et lanceuses d'alerte ainsi qu'une meilleure protection contre les licenciements abusifs.