

Résumé et analyse**Proposition de citation :**

Grève

Giuseppe Donatiello, Sans liberté, où est le droit de grève constitutionnellement garanti ? Ou du glissement de l'exigence de nécessité à l'exigence de proportionnalité au sens étroit ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_64/2018, Newsletter DroitDuTravail.ch mars 2019

Art. 28 Cst.

Sans liberté, où est le droit de grève constitutionnellement garanti ? Ou du glissement de l'exigence de nécessité à l'exigence de proportionnalité au sens étroit ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_64/2018

Giuseppe Donatiello, docteur en droit, avocat, spécialiste FSA en droit du travail

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt du Tribunal fédéral 4A_64/2018 du 17 décembre 2018 traite des conditions auxquelles une grève est licite, ainsi que du licenciement avec effet immédiat consécutif à une grève jugée illicite.

II. Résumé de l'arrêt**A. Les faits**

Le 28 juin 2012, un employeur, dont il est connu à la lecture de ses déclarations à la presse qu'il s'agit de l'Hôpital de La Providence (*Tribune de Genève*, 14 janvier 2019), a dénoncé la convention collective de travail (ci-après : CCT) à laquelle il était soumis avec effet au 31 décembre 2012.

Le 19 juillet 2012, 129 salariés de l'hôpital se sont réunis en assemblée générale. Ils ont notamment décidé de mandater deux syndicats, parties à la CCT, pour mener des négociations, précisant qu'en cas d'échec de celles-ci et de tous les moyens usuels de dialogue social, le personnel recourrait « aux moyens de lutte prévus par la Constitution fédérale ».

Le 20 juillet 2012, les syndicats ont formellement demandé à l'employeur d'ouvrir des négociations tendant au maintien de la CCT pour tout le personnel.

Le 29 août 2012, une réunion a eu lieu entre les syndicats et la direction de l'hôpital.

Le 14 septembre 2012, l'employeur a demandé à l'Office cantonal de conciliation de convoquer d'urgence les parties à une audience de conciliation, en raison de l'indication d'une

intention de grève le 18 septembre 2012. Malgré l'envoi d'un courrier de l'Office de conciliation aux deux syndicats, une demi-journée de débrayage a eu lieu à cette date.

Les négociations qui étaient alors menées avec le Conseil d'Etat ont échoué, de même que celles qui étaient supervisées par l'Office de conciliation.

La grève a démarré le 26 novembre 2012.

Par lettre circulaire du 17 décembre 2012, l'hôpital a annoncé à l'ensemble de ses collaborateurs qu'un accord de reprise d'activité par le réseau de cliniques Y. avait été signé, suite au vote de novembre 2012 par lequel 85% du personnel s'était exprimé à bulletin secret et 76% des votants avaient soutenu le projet, que les conditions de la CCT seraient encore appliquées jusqu'au 31 décembre 2013, que des nouvelles conditions de travail s'appliqueraient dès 2014 et que Y. s'était engagé à compenser au 1^{er} janvier 2014, pour chaque employé de l'hôpital, l'éventuelle perte liée aux indemnités ou aux allocations par une augmentation de salaire correspondante, protégeant ainsi les employés contre toute perte pécuniaire liée au changement des conditions de travail.

Fin décembre 2012, le Conseil d'Etat a annoncé, d'une part, qu'il maintiendrait l'hôpital sur la liste hospitalière du canton jusqu'en 2016, une dérogation étant prévue en ce qui concerne l'application de la CCT pour les années 2014 à 2016 et, d'autre part, qu'il avait négocié des conditions de travail favorables aux employés avec le nouvel employeur Y.

Le 3 janvier 2013, l'un des syndicats a informé la direction de l'hôpital que la « majorité du personnel » demandait le maintien à long terme de la CCT, la conservation de tous les postes de travail et l'absence d'externalisation de services tels que nettoyage, lingerie ou hôtellerie. Il précisait que les grévistes, qui avaient commencé la grève le 26 novembre 2012, étaient prêts à reprendre leurs postes si toutes ces demandes étaient satisfaites.

Le 23 janvier 2013, le Conseil d'Etat a écrit aux syndicats que Y. garantissait effectivement l'emploi à tout le personnel de l'hôpital, qu'en cas d'externalisation d'un service, Y. veillerait à ce que tous les employés concernés soient repris par le nouvel employeur, que Y. renonçait à toute sanction vis-à-vis des grévistes et que les conditions de la CCT seraient respectées jusqu'au 31 décembre 2013, qu'au-delà de cette date Y. s'était « formellement engagé à une adaptation à la hausse des salaires du personnel en place, dès 2014, de manière à compenser l'augmentation du temps de travail annoncée, la baisse de certaines indemnités (week-end, jours fériés, piquet), la diminution des périodes considérées comme travail de nuit et la perte progressive des allocations complémentaires pour enfants », que, sur la base de ces engagements, le gouvernement avait confirmé à Y. que l'hôpital serait maintenu sur la liste hospitalière du canton de Neuchâtel jusqu'au 31 décembre 2016. Le Conseil d'Etat invitait dès lors les grévistes à profiter de cet engagement et à reprendre le travail et il encourageait vivement les partenaires sociaux à se mettre autour de la table courant 2013. Le même jour, le Conseil d'Etat a communiqué publiquement ces informations.

Le 23 janvier toujours, la direction de l'hôpital a informé ses employés qu'elle était d'accord de tirer un trait sur le passé et de maintenir à leur poste les employés qui participaient à la grève, à condition que ceux-ci reprennent le travail le 31 janvier 2013 au plus tard, ce pour apaiser le climat social. Le même jour, elle a adressé un courrier de mise en demeure formelle aux 26 employés encore en grève, en indiquant que celle-ci était disproportionnée, qu'elle allait à l'encontre de la volonté de la grande majorité du personnel de l'hôpital et que sa durée

excédait largement ce qui était admissible. Chaque gréviste était invité à communiquer, avant le 28 janvier 2013 à 12 heures s'il entendait ou non reprendre le travail. La direction a ajouté qu'elle envisageait, à défaut de reprise du travail, de procéder à la résiliation avec effet immédiat du contrat de travail. Des entretiens individuels seraient organisés fin janvier 2013 pour entendre les intéressés avant de prendre les décisions de licenciement.

Par courrier du 28 janvier 2013, 25 employés ont répondu par l'intermédiaire d'un même avocat que leurs revendications concernaient le maintien de la CCT, l'absence d'externalisation des services et l'absence de licenciements. Ils ont ajouté que les conditions de travail de Y. étaient très largement inférieures à celles prévues dans le contrat collectif, que la proportionnalité de la grève n'était pas une condition prévue à l'art. 28 Cst. et que les menaces de licenciement étaient inadmissibles et pourraient s'apparenter à une tentative de contrainte.

Le 31 janvier 2013, l'hôpital, assisté de son avocat, a entendu les employés, accompagnés par leur avocat. Deux d'entre eux ont manifesté leur volonté de réintégrer leur place de travail dès le 1er février 2013. L'hôpital leur a confirmé qu'il n'entendait pas les licencier suite à la grève, mais faciliter leur retour grâce à la présence d'un médiateur.

Par courriers recommandés du 4 février 2013, l'hôpital a licencié avec effet immédiat chacun des 22 employés ayant finalement refusé de reprendre le travail.

Entre les 5 et 11 février 2013, des négociations ont encore été tentées entre le Conseil d'Etat (à l'initiative de celui-ci), l'hôpital et l'un des deux syndicats, afin de mettre sur pied une nouvelle CCT (différente de la CCT dénoncée) qui serait acceptable aussi bien pour les employés que pour les employeurs. Le gouvernement cantonal proposait préalablement la suspension immédiate de la grève et des licenciements annoncés. L'hôpital a consenti à la démarche, mais pas le syndicat. Six rounds de négociations ont été menés, l'hôpital acceptant à chaque round les conditions préalables fixées, mais le syndicat les refusant, en exigeant que les négociations portent sur la CCT dénoncée et non sur une nouvelle CCT.

Le 16 août 2013, les 22 employés licenciés ont introduit contre l'hôpital une demande en paiement concluant à ce que ce dernier verse à chacun d'entre eux un montant déterminé en vertu de l'article 337c alinéa 1 CO (entre CHF 11'520.- et CHF 35'164.-), un montant déterminé en vertu de l'article 337c alinéa 3 CO (entre CHF 17'280.- et CHF 52'746.-), et un montant de CHF 3'000.- en application de l'art. 49 CO, intérêts en sus sur chacun des montants réclamés. La défenderesse a conclu au rejet de la demande.

Le premier juge a intégralement rejeté la demande. La Cour cantonale a rejeté l'appel formé par les 22 demandeurs.

Agissant par la voie du recours en matière civile, 20 demandeurs concluent à l'annulation de l'arrêt cantonal et à sa réformation dans le sens de la demande en justice.

B. Le droit

Il s'agit, dans un premier temps, de déterminer le caractère licite ou illicite de la grève menée à partir du 26 novembre 2012 et qui s'est soldée par le licenciement des demandeurs, le 4 février 2013 (consid. 4).

Pour répondre à cette question, le Tribunal fédéral rappelle sa jurisprudence en matière de moyens de combat relevant du droit collectif du travail. Ainsi, l'article 28 alinéa 1 Cst. garantit la liberté syndicale. L'article 28 alinéa 2 Cst. dispose que les conflits sont, autant que possible, réglés par la négociation ou la médiation. Selon l'article 28 alinéa 3 Cst., la grève et le lock-out sont licites quand ils se rapportent aux relations de travail et sont conformes aux obligations de préserver la paix du travail ou de recourir à une conciliation. Cette garantie constitutionnelle du droit de grève et de lock-out déploie un effet horizontal indirect sur les relations de travail dans le secteur privé¹. Dès lors, le juge, qui est appelé à se prononcer sur la licéité d'un moyen de combat en droit collectif du travail, est tenu de prendre en compte les garanties constitutionnelles en cause (consid. 4.1). La grève est le refus collectif de la prestation de travail due, dans le but d'obtenir des conditions de travail déterminées de la part d'un employeur. Concrètement, l'exercice du droit à la grève ne touche pas le rapport contractuel en tant que tel, mais il consiste en une suspension de la prestation de travail par le travailleur, à laquelle répond une suspension du versement de la rémunération par l'employeur (consid. 4.2).

Se référant à un arrêt publié, mais dans lequel le passage cité n'est qu'un *obiter dictum*, le Tribunal fédéral considère que les quatre conditions cumulatives auxquelles la licéité du droit de grève est subordonnée, sont des « conditions inhérentes » à l'exercice du droit de grève ancré à l'art. 28 al. 3 Cst. Elles ne constituent pas une atteinte à la liberté syndicale qui emporterait l'obligation de respecter les exigences de l'art. 36 Cst. Il ajoute que la réalisation de ces conditions doit être alléguée et prouvée par les employés (consid. 4.3).

La grève doit se rapporter aux relations de travail (condition n° 1), soit porter sur une question susceptible d'être réglée par une convention collective de travail (consid. 4.3.1). Elle doit être conforme aux obligations de préserver la paix du travail ou de recourir à une conciliation (condition n° 2). L'obligation de maintenir la paix du travail – tant relative au sens de l'article 357a alinéa 2 CO qu'absolue – est liée à l'existence d'une convention collective de travail. Elle prend donc fin de manière automatique à l'échéance de celle-ci ou lorsqu'une partie résilie la convention collective de travail sans proposer de nouvelles négociations sérieuses. Cela ne signifie pas pour autant que la grève est alors immédiatement possible puisque, en vertu du principe de l'*ultima ratio* (cf. condition n° 3), la grève suppose que tous les moyens de négociation et de conciliation aient été tentés et aient échoué (consid. 4.3.2). La grève doit respecter le principe de la proportionnalité (condition n° 3). En tant que condition à l'exercice d'un droit par des particuliers, la notion de « proportionnalité » doit être comprise comme renvoyant au critère de la nécessité : la grève ne doit pas être plus incisive qu'il n'est nécessaire pour atteindre le but visé ; les mesures collectives de combat ne sont licites qu'au titre d'*ultima ratio* (consid. 4.3.3). Enfin, la grève doit être appuyée par une organisation de travailleurs ayant la capacité de conclure une convention collective de travail (condition n° 4) (consid. 4.3.4).

En l'espèce, le Tribunal fédéral n'analyse pas la deuxième condition, dont la réalisation n'est pas discutée par les parties (consid. 5).

Puis, il laisse ouverte la question de savoir si la quatrième condition n'était pas remplie, comme l'a jugé la Cour cantonale au (double) motif qu'à tout le moins depuis la fin du mois

¹ Cf. ATF 132 III 122, consid. 4.4.1, p. 133, et les références doctrinales citées.

de janvier 2013, d'une part, les grévistes (26 employés) n'étaient pas représentatifs de l'ensemble du personnel de l'hôpital (335 employés, soit moins de 8% du personnel), et, d'autre part, que les demandeurs n'avaient pas indiqué comment la décision de faire grève et celle visant à la poursuivre au cours des 71 jours qui avaient suivi avaient été prises (résultats des votations au sein des syndicats), ni même si de telles décisions avaient effectivement été prises (consid. 5.1).

Selon les constatations cantonales, qui lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF), la grève n'était plus motivée par un désaccord sur des revendications touchant les relations de travail, mais elle tendait au contraire à éviter la reprise par Y. de l'établissement hospitalier, à tout le moins depuis le 23 janvier 2013, date à laquelle des garanties importantes avaient été fournies aux employés (consid. 5.2). Cette revendication ne pouvait pas être réglée par une convention collective de travail, de sorte que la première condition n'était pas remplie et la grève était, à tout le moins depuis le 23 janvier 2013, illicite (consid. 5.2.2).

Concernant la troisième condition, le Tribunal fédéral considère que, comme le 23 janvier 2013, le personnel avait obtenu l'assurance de la prolongation de la CCT jusqu'au 31 décembre 2013, les grévistes ne pouvaient raisonnablement justifier, à l'aune du principe de la proportionnalité, la poursuite de la grève au (seul) motif que l'employeuse avait dénoncé la CCT le 28 juin 2012 (consid. 5.3.1).

En outre, en tout cas après le 23 janvier 2013 – si ce n'est avant déjà –, la grève avait perdu son caractère d'*ultima ratio*, puisqu'à ce moment-là, l'application des conditions de la CCT était garantie pour les 11 mois à venir, jusqu'à la fin de l'année 2013. La concession du reprenneur de l'hôpital à cet égard imposait la conclusion selon laquelle la poursuite de la grève n'était plus nécessaire, même si elle était éloignée des revendications des grévistes qui réclamaient le maintien de la CCT pour une durée indéterminée. Elle accordait aux employés un instant de répit qui leur permettait de faire valoir leurs revendications par une mesure moins incisive que la poursuite de la grève. Ils ne pouvaient alors plus refuser de reprendre le travail en justifiant leur position par la perte d'un moyen de pression indispensable pour amener à la reprise des négociations sur une (nouvelle) CCT, puisque l'hôpital avait accepté cette reprise, contrairement aux grévistes. La recherche de solutions consensuelles prévalant lors d'un conflit de travail, il incombait aux grévistes de reprendre le travail comme d'ailleurs aux syndicats de reprendre les négociations (consid. 5.3.2).

Le Tribunal fédéral réfute ensuite les arguments des recourants (consid. 5.3.3). En particulier, il n'entre pas en matière au sujet d'une violation de l'article 11 CEDH, qui contient (implicitement) la reconnaissance du droit de grève, en tant qu'élément inhérent à la liberté syndicale, mais dont les recourants n'indiquent pas en quoi le principe de la proportionnalité, tel qu'il a été appliqué en l'espèce, irait au-delà de la marge d'appréciation conférée aux Etats (consid. 5.3.3.4).

La troisième condition n'étant pas remplie, les recourants ne sauraient, pour ce motif également, reprocher à la Cour cantonale d'avoir qualifié la grève d'illicite (consid. 5.3.4).

Lorsque la grève est illicite, cela ne signifie pas encore automatiquement que les travailleurs qui y ont participé puissent être licenciés avec effet immédiat. Le juge demeure tenu d'examiner l'ensemble des circonstances qui ont conduit au licenciement abrupt. En l'occurrence, il résulte notamment des constatations cantonales, qui lient le Tribunal fédéral

(art. 105 al. 1 LTF), que les grévistes savaient que la grève était illicite ou, à tout le moins, qu'ils devaient douter très sérieusement de sa licéité (et donc se renseigner auprès d'un homme de loi). Le 23 janvier 2013, l'employeuse a communiqué à chacun des grévistes que, de son point de vue, la grève était illicite et que sa poursuite justifiait un licenciement immédiat et cette position a été rappelée lors de chacun des entretiens individuels du 31 janvier 2013. Cela étant, face à des employés qui ne voulaient pas cesser la grève, alors même qu'ils avaient obtenu la garantie que la CCT continuerait à s'appliquer jusqu'au 31 décembre 2013 (alors qu'elle devait initialement cesser de s'appliquer au 31 décembre 2012), l'employeuse pouvait raisonnablement considérer le rapport de confiance comme rompu, ce d'autant plus qu'un avertissement clair avait été donné aux grévistes au préalable, que des entretiens ont eu lieu avec les employés, assistés de leur avocat, avant la notification du licenciement et qu'à six reprises, en février 2013, les employés auraient eu la possibilité d'être réintégrés s'ils avaient accepté de suspendre immédiatement la grève. Les recourants usent d'un raccourci lorsqu'ils considèrent que la proposition de réintégration démontre que le rapport de confiance n'était pas rompu. En effet, ils omettent de préciser que cette proposition était subordonnée à l'arrêt immédiat de la grève (illicite). Les recourants n'ayant pas obtempéré, ils ont eux-mêmes écarté cette proposition et ils ne sauraient aujourd'hui s'en prévaloir (comme s'ils l'avaient acceptée) pour en tirer un quelconque argument. Le moyen tiré de la violation des art. 337 et 337c CO est infondé (consid. 6.2).

Le Tribunal fédéral rejette le recours dans la mesure où il est recevable, avec suite de frais et dépens (consid. 7).

III. Analyse

A. De la proportionnalité en matière de droit de grève

Dans un récent arrêt², la Cour européenne des droits de l'homme traite l'affaire de deux fonctionnaires qui étaient membres de la section locale du syndicat des salariés de l'éducation et de la science. L'affaire concerne des amendes infligées aux deux fonctionnaires pour avoir, sans autorisation et à l'aide de rubans adhésifs, accroché sur la clôture extérieure d'un lycée professionnel une pancarte de grève contenant l'indication « Grève dans ce lieu de travail » à l'occasion d'une journée de mobilisation nationale à laquelle ils avaient participé à l'appel de leur confédération syndicale. Invoquant en particulier l'article 11 (liberté de réunion et d'association), les intéressés ont allégué notamment que les amendes en question avaient porté atteinte à leur droit à la liberté de réunion pacifique. Dans son analyse, la Cour prend note de l'argument du gouvernement turc selon lequel les requérants n'ont pas été sanctionnés pour avoir participé à la manifestation en tant que telle, mais en raison d'un comportement précis adopté lors de la manifestation, à savoir la mise en place d'une banderole sur la clôture extérieure d'un lycée. Elle estime néanmoins que dans les circonstances de l'espèce, on ne saurait considérer le comportement reproché aux intéressés séparément de l'exercice par eux de leur droit à la liberté de réunion pacifique (§ 31) et que la mise en place de la banderole en question s'inscrit dans le cadre d'un usage normal de ce droit (§ 33). Elle estime que les amendes incriminées sont de nature à dissuader les membres de syndicats, et toute autre personne souhaitant le faire, de participer légitimement à une journée de grève ou à des actions analogues (§ 35 et 36). Eu égard à la place éminente de la liberté de réunion pacifique dans une société démocratique, la Cour conclut que les amendes

² CEDH (Deuxième Section), Akarsubaşı et Alçiçek c. Turquie (19620/12), 23 janvier 2018.

infligées aux requérants n'étaient pas « nécessaires dans une société démocratique » (§ 37). Partant, elle conclut à la violation de l'article 11 CEDH (§ 38).

Cet arrêt illustre l'espace de liberté que l'exercice d'un droit constitutionnellement garanti comporte. Les deux fonctionnaires auraient certainement pu participer à la grève sans afficher de pancarte. L'Etat turc ne les a pas sanctionnés pour le premier acte, mais pour le second, qui n'était pas indispensable à l'exercice du droit de grève. Néanmoins, en tant que droit fondamental, la liberté de réunion pacifique comporte également la liberté de choisir d'afficher le cas échéant une pancarte, de sorte que les sanctionner pour ce fait viole l'article 11 CEDH.

Un espace de liberté est intrinsèque à l'exercice de tout droit fondamental. Bien évidemment, il n'est pas absolu. Mais l'on ne conçoit pas qu'en matière de droit de croyance, tout individu doive participer à un rituel tous les trois jours, autrement dit qu'il lui soit interdit d'y participer une fois par semaine, ou tous les jours, ou jamais. De manière similaire, la liberté d'expression n'est pas l'obligation de s'exprimer tous de la même manière, voire l'obligation de s'exprimer tous de manière raisonnable.

Même si le Constituant fédéral a omis volontairement d'employer le mot « droit », la Constitution fédérale garantit un droit constitutionnel fondamental de grève, pour plusieurs raisons que la doctrine a opportunément relevées, notamment car, « *de toute manière, dès lors qu'une activité est licite, il existe un droit subjectif de l'exercer et, si la licéité est proclamée par la Constitution dans le chapitre relatif aux droits fondamentaux, ce droit est un droit constitutionnel fondamental.* »³ Du reste, dans l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral utilise, avec raison, l'expression de « droit de grève » (*passim*, notamment consid. 3.1, 4.1, 4.3, etc.).

Le droit constitutionnel fondamental de grève comporte lui aussi un espace de liberté qui se traduit au niveau de l'exigence de proportionnalité par une référence à la maxime de nécessité et par le rejet d'une exigence de proportionnalité au sens étroit. Dans l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral indique que la notion de proportionnalité doit être comprise comme renvoyant au critère de la nécessité (consid. 4.3.3), ce qui est parfaitement cohérent et logique avec l'existence d'un droit constitutionnel fondamental de grève.

Pour mieux comprendre le critère de nécessité en matière de droit de grève, il est utile de relire les travaux qui ont porté à l'adoption de celui-ci. Il en résulte que le critère de nécessité signifie que le recours à la grève doit être l'*ultima ratio* au sens de l'article 28 alinéa 2 Cst. Le message du Conseil fédéral est parfaitement clair à cet égard : « *La question de la proportionnalité découlant déjà du 2e alinéa, il n'est pas nécessaire de la mentionner expressément au 3e alinéa.* »⁴ Sur l'article 28 alinéa 2 Cst., le Conseil fédéral indique que cet alinéa « *est destiné à rappeler que dans la tradition qui prévaut dans notre pays, les parties doivent d'abord rechercher des solutions consensuelles lors d'un conflit de travail. Cela a pour*

³ PIERRE GARRONE, *La liberté syndicale*, in : Daniel Thürer, Jean-François Aubert, Jörg Paul Müller (édit.), *Verfassungsrecht der Schweiz = Droit constitutionnel suisse*, 2001, Zurich, § 50 N 22, pp. 802–803, et les références citées. Cf. également PASCAL MAHON, in : Jean-François Aubert et Pascal Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, 2003, Genève, N 10 ad art. 28 Cst., p. 257, et les références doctrinales citées.

⁴ Conseil fédéral, *Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale*, in FF 1997 I 1-642, 182.

conséquence que les mesures collectives de combat ne sont admissibles, en vertu du principe de proportionnalité, qu'au titre d'ultima ratio. » (mise en évidence ajoutée)⁵. Ainsi, pour illustrer son propos, il cite l'article 6 de la Loi fédérale concernant l'Office fédéral de conciliation en matière de conflits collectifs du travail (RS 821.42) qui prohibe toute mesure de lutte durant les 45 premiers jours d'une procédure de conciliation ou d'arbitrage, durée par ailleurs prorogeable (art. 6 al. 1)⁶.

L'emploi de l'adverbe « d'abord » dans l'un des passages cités est important, car il est le reflet d'un espace de liberté après que les travailleurs ont recouru aux moyens de conciliation, si ceux-ci échouent. Le critère de nécessité est satisfait dès que la conciliation a été tentée et qu'elle n'a pas abouti.

En revanche, le critère de nécessité n'exige pas que la grève relève d'une démarche qui soit raisonnable au sens étroit, car l'analyse du « rapport raisonnable »⁷ entre ce qui est fait et le but poursuivi relève du critère de proportionnalité au sens étroit.

De même, effectuer une vérification de tous les instants pour savoir si, en fonction d'éléments nouveaux, les circonstances ont tellement évolué que les travailleurs devraient arrêter leur mouvement de grève ne relève pas du critère de l'*ultima ratio* et donc du critère de nécessité, mais d'une analyse du rapport raisonnable entre le moyen de lutte et le but poursuivi, ce qui est le thème du critère de proportionnalité au sens étroit.

S'agissant du cas particulier de l'arrêt commenté, il faut premièrement remarquer que si, comme il l'a affirmé, l'employeur avait tellement fait évoluer sa position qu'il se justifiait qu'il discute celle-ci avec les grévistes, il avait aisément la possibilité de provoquer cette discussion. Il lui aurait suffi de saisir à nouveau l'Office cantonal de conciliation. Ce dernier se serait avant tout posé la question de savoir s'il existait des éléments nouveaux par rapport à sa première saisine pouvant justifier une nouvelle procédure de conciliation. En cas de réponse positive, l'Office de conciliation aurait certainement intimé aux grévistes de suspendre la grève (comme il l'avait déjà fait le 14 septembre 2012), injonction à laquelle les grévistes n'auraient pas eu le droit de se soustraire en vertu de l'article 28 alinéa 2 Cst. et du critère de l'*ultima ratio*.

L'employeur n'a toutefois pas accompli de telle démarche.

De ce fait, le juge aurait dû se limiter à constater que, comme une procédure de conciliation avait déjà eu lieu, qu'elle n'était plus en cours, ni renouvelée, les parties avaient « d'abord » recherché des solutions consensuelles à leur litige. Le critère de l'*ultima ratio* était donc réalisé dans le cas particulier.

En revanche, par une analyse de tous les instants des positions respectives des grévistes et de l'employeur, le Tribunal fédéral identifie une date à partir de laquelle il considère que la situation juridique change. Il considère qu'en tout cas à partir de cette date, l'employeur effectuait une concession en s'engageant à appliquer sur une base unilatérale les conditions de la CCT jusqu'au 31 décembre 2013 (alors qu'il avait dénoncé cette dernière pour le

⁵ Conseil fédéral, *op. cit.*, 180 et la référence jurisprudentielle citée.

⁶ Conseil fédéral, *op. cit.*, 182.

⁷ Cf. PIERRE MOOR, *Principes de l'activité étatique et responsabilité de l'état*, in : Daniel Thürer, Jean-François Aubert, Jörg Paul Müller (édit.), *op. cit.*, § 16 N 75, p. 280 ; PASCAL MAHON, in : *op. cit.*, N 16b ad art. 36 Cst., p. 329.

31 décembre 2012) et que, en contrepartie, les grévistes devaient assouplir leur position en retournant au travail, et cela même s'il relève que la concession de l'employeur était éloignée des revendications des grévistes qui réclamaient le maintien de la CCT pour une durée indéterminée. Selon le Tribunal fédéral, les grévistes n'avaient plus le droit de refuser de reprendre le travail (consid. 5.3.2).

Ce faisant, sous couvert d'une analyse du critère de nécessité, le Tribunal fédéral s'est livré à une analyse du « rapport raisonnable » entre le moyen de lutte et le but poursuivi, en procédant à une analyse de proportionnalité au sens étroit.

Avec cet arrêt, le droit de grève n'est plus, et cela 20 ans après que l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution l'avait consacré en 1999, car, sans l'espace de liberté précédemment mis en exergue, il n'existe pas de droit fondamental.

A l'avenir, en poursuivant une jurisprudence qui se focalise sur le « rapport raisonnable » entre le moyen de lutte et le but poursuivi, le Tribunal fédéral pourrait décider que certaines revendications ne seraient pas suffisamment légitimes pour justifier une grève (possible analyse du rapport raisonnable *ratione materiae*), ou qu'une grève ne pourrait pas durer davantage qu'un certain nombre de jours eu égard aux revendications des grévistes (possible analyse du rapport raisonnable *ratione temporis*), etc.

L'on ressent assez aisément la rupture que l'arrêt commenté représente par rapport à la pratique antérieure, ainsi que l'insécurité juridique qu'il génère, car il n'est plus prévisible de savoir dans quelles circonstances une grève serait licite et, le cas échéant, jusqu'à quand.

Cette insécurité juridique est de nature à dissuader les membres de syndicats, et toute autre personne souhaitant le faire, de participer légitimement à une grève ou à des actions analogues.

L'on ne peut qu'espérer que l'arrêt commenté reste isolé dans la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Enfin, sous l'angle de l'analyse de proportionnalité au sens étroit, même si le juge ne devrait pas s'y intéresser, l'on peut relever que les grévistes avaient engagé un moyen de lutte dans le seul but de maintenir les conditions de travail existantes. Leurs revendications ne visaient pas une amélioration de ces dernières, mais uniquement le maintien d'une CCT déjà existante, mais dénoncée par l'employeur. Dès lors, sous l'angle du « rapport raisonnable » entre le moyen de lutte et le but poursuivi, il est pour le moins surprenant que ce rapport puisse être jugé comme insuffisant. L'on conçoit difficilement que des travailleurs doivent arrêter la grève et entrer dans des négociations dont la seule perspective est une baisse (plus ou moins grande) de leurs conditions de travail (cf. la communication publique du Conseil d'Etat du 23 janvier 2013 listant plusieurs péjorations), et cela même si la date déterminante pour cet affaiblissement de leurs droits serait repoussée de 11 mois par une « concession bienveillante » de l'employeur. Dans un contexte général de forte pression sur les conditions de travail et sur les rémunérations en Suisse, il est pour le moins légitime de laisser les travailleurs libres de refuser de participer activement à une péjoration de leurs conditions de travail.

B. D'autres considérations sur le droit de grève ou le droit collectif du travail

La lecture de l'arrêt commenté suscite d'autres considérations, voire interrogations.

Ainsi, aux considérants 3.1, 5.3.1 et 5.3.3.2, le Tribunal fédéral qualifie l'engagement unilatéral de l'employeur de continuer à appliquer les conditions de la CCT jusqu'au 31 décembre 2013, de « prolongation » de la CCT jusqu'au 31 décembre 2013. C'est l'occasion de rappeler qu'une convention collective de travail est un contrat. Une fois dénoncée, aucune des parties n'a le pouvoir unilatéral de la prolonger. Sa prolongation n'est possible que d'entente entre les parties. Dans le cas particulier, la CCT n'a pas été prolongée, car il n'y a pas eu de convention entre les parties prolongeant la durée de la CCT d'une année, l'article 356c alinéa 1 CO posant par ailleurs une exigence de forme écrite. Il est important d'éviter tout usage impropre de la notion de « prolongation », car une prolongation de la CCT aurait impliqué une obligation de maintenir la paix du travail (cf. art. 357a al. 2 CO), dont la violation aurait rendu la grève illicite. En l'espèce, cette obligation n'a pas été violée, car la durée de la CCT n'avait pas été prolongée.

Au considérant 4.3, le Tribunal fédéral affirme que la réalisation des conditions du droit de grève doit être alléguée et prouvée par les employés. L'on ne comprend pas cette affirmation. Le droit de grève relève du droit constitutionnel, domaine du droit dans lequel l'idée d'une répartition du fardeau de la preuve est remplacée par les pouvoirs d'investigation de l'autorité, respectivement du juge, et son corollaire, soit le devoir de collaboration des parties à la procédure administrative, non contentieuse ou contentieuse. Si l'affirmation vise en revanche le litige prud'homal, celui-ci concerne techniquement une affaire de congé avec effet immédiat (cf. les conclusions prises en justice par les travailleurs). A cet égard, il incombe à la partie qui a résilié le contrat avec effet immédiat, en l'espèce l'employeur, d'établir l'existence des conditions matérielles et formelles requises pour cette mesure (justes motifs, avertissements, immédieté, respect des formes convenues)⁸.

Au considérant 5.1, avec raison, le Tribunal fédéral n'emboîte pas le pas de la Cour cantonale qui avait considéré que la quatrième condition n'était pas remplie au (double) motif qu'à tout le moins depuis la fin du mois de janvier 2013, d'une part, les grévistes (26 employés) n'étaient pas représentatifs de l'ensemble du personnel de l'hôpital (335 employés, soit moins de 8% du personnel), et, d'autre part, que les demandeurs n'avaient pas indiqué comment la décision de faire grève et celle visant à la poursuivre au cours des 71 jours qui avaient suivi avaient été prises (résultats des votations au sein des syndicats), ni même si de telles décisions avaient effectivement été prises. Ces considérations semblent être un corollaire de celle sur le fardeau de la preuve figurant au considérant 4.3. Comme cette dernière (cf. ci-dessus), elles ne se justifient pas. En outre, si le droit de grève ne peut être exercé que collectivement (la cessation individuelle du travail n'est pas couverte⁹), il ne nécessite pas que la majorité des travailleurs l'exerce. Si, de fait, les chances d'aboutir d'un moyen de combat dépendent souvent du taux d'adhésion des travailleurs¹⁰, les conditions de licéité au sens de l'art. 28

⁸ WERNER GLOOR, in : Jean-Philippe Dunand et Pascal Mahon (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, 2013, Berne, N 71 ad art. 337 CO, p. 769, et les références jurisprudentielles citées.

⁹ PIERRE GARRONE, *op. cit.*, § 50 N 23, p. 803, et les références doctrinale et jurisprudentielle citées.

¹⁰ ARTHUR ANDERMATT, in : Arthur Andermatt *et alii*, *Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht*, 2009, Bâle, N A 68, p. 32.

al. 3 Cst. n'ont jamais, en droit, présupposé de taux d'adhésion particulier. A cet égard également, l'espace de liberté précédemment mis en exergue doit être respecté.

Au considérant 5.2, le Tribunal fédéral suit l'avis de la Cour cantonale pour qui, à tout le moins depuis le 23 janvier 2013, la grève n'était plus motivée par un désaccord sur des revendications touchant les relations de travail, mais elle tendait au contraire à éviter la reprise par Y. de l'hôpital. L'établissement de tels faits est manifestement arbitraire. D'une part, à teneur de l'état de fait, Y. avait, à cette date, déjà repris l'hôpital, car l'existence d'un accord de reprise d'activité avait déjà été communiquée par lettre circulaire du 17 décembre 2012. L'on ne voit donc pas comment le mouvement des grévistes pouvait tendre à éviter une reprise qui avait déjà eu lieu. D'autre part, l'analyse de la condition n° 1 accomplie au considérant 5.2 est logiquement inconciliable avec l'analyse de la condition n° 3 effectuée au considérant 5.3. En effet, le fait que le Tribunal fédéral considère que les travailleurs devaient reprendre le travail, même si la concession effectuée par l'employeur restait éloignée des revendications des grévistes qui réclamaient le maintien de la CCT pour une durée indéterminée (consid. 5.3.2), démontre que la grève de ces derniers concernait des revendications touchant les relations de travail, soit le maintien pour une durée indéterminée de la CCT dénoncée par l'employeur.

Au considérant 5.3.3.2, le Tribunal fédéral cite un paragraphe de la compilation des décisions du Comité de la liberté syndicale que le Bureau international du travail publie régulièrement. Le passage cité traite de la « *décision de suspendre une grève* »¹¹. L'on ne comprend pas pourquoi le Tribunal fédéral s'y réfère, car, en l'occurrence, il n'y a justement pas eu de telle décision. Le paragraphe cité n'aurait pu être pertinent que si l'employeur avait saisi à nouveau l'Office cantonal de conciliation et que ce dernier était intervenu en enjoignant aux grévistes de suspendre leur grève. Le passage cité est par ailleurs parfaitement compatible avec le critère de l'*ultima ratio* tel que décrit par le Conseil fédéral et repris dans le présent commentaire, mais il est sans pertinence dans le cas particulier, comme l'employeur n'a pas saisi, une deuxième fois, l'Office cantonal de conciliation.

Au considérant 6.2, le Tribunal fédéral indique que les grévistes auraient dû consulter un homme de loi. Il se trouve qu'ils avaient déjà accompli cette démarche, car ils étaient assistés d'un avocat depuis le 28 janvier 2013, selon l'état de fait de l'arrêt. En outre, pour les raisons exposées dans le présent commentaire, l'homme de loi aurait pu leur dire que les conditions de licéité du droit de grève étaient réalisées, en se référant à la pratique en la matière au courant des dernières décennies, plutôt qu'en anticipant une jurisprudence sur la base de théories nouvelles, somme toute critiquables.

¹¹ Bureau international du travail, *La liberté syndicale : Compilation des décisions du Comité de la liberté syndicale*, 6e éd., 2018, Genève, N 794, p. 150.