

**Centre d'étude des
relations de travail**

Jean-Philippe Dunand, Professor
Pascal Mahon, Professor
Catherine Bouverat, Rechtsanwältin, Doktorandin SNF
Nicolas Brügger, Rechtsanwalt, Assistant-Doktorand
Inès Hassissene, Rechtsanwältin
Mélanie Mader, Doktorin der Rechte

**STUDIE ÜBER DEN SCHUTZ DER
ARBEITNEHMERVERTRETERINNEN UND
ARBEITNEHMERVERTRETER**

Studie
auf Anfrage und im Auftrag
des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) und
des Bundesamts für Justiz (BJ)

14. August 2015

Allgemeine Zusammenfassung und Lösungsansätze (Teil V der Studie)

Allgemeine Zusammenfassung und Lösungsansätze

A. Einleitung

Begriffsbestimmung:

Der Begriff der Koalitionsfreiheit (französisch «liberté syndicale») nach Artikel 28 BV wird in den völkerrechtlichen Texten (z. B. IAO-Übereinkommen Nr. 87) auf Deutsch «Vereinigungsfreiheit» genannt. Im Folgenden werden diese beiden Benennungen synonym verwendet. Wo nachgehend von der breiter gefassten Vereinigungsfreiheit im Sinne von Artikel 23 BV (französisch «liberté d'association») die Rede ist, wird darauf explizit hingewiesen.

1. Gemäss dem uns erteilten Auftrag sind wir in dieser Studie folgender Hauptfrage nachgegangen: Wie ist der Schutz der Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter im Kontext der Koalitionsfreiheit und der Sozialpartnerschaft in der Schweiz zu situieren? Oder genauer gesagt, es soll aufgezeigt werden, welcher Schutz den Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertretern in der Schweiz gewährt wird und wie dieser im Spannungsfeld der Grundrechte, der kollektiven und der individuellen Arbeitsbeziehungen zu beurteilen ist.
2. In einer allgemeinen Zusammenfassung sollen hier kurz die fünf Unterfragen zur Hauptfrage beantwortet werden. Die allgemeine Zusammenfassung (Buchstabe B) stützt sich vor allem auf die Zusammenfassungen der einzelnen Kapitel der Gesamtstudie. Wie im Auftrag am Ende der Unterfrage 5 vorgeschlagen werden schliesslich Lösungsansätze für die Diskussion präsentiert (Buchstabe C).

B. Antworten auf die fünf Unterfragen zur Hauptfrage

1. Frage 1

Welche Garantien bieten das Völkerrecht und das schweizerische Verfassungsrecht in Bezug auf die kollektive Regelung der Arbeitsbeziehungen? Welche kollektiven Mechanismen und Handlungsinstrumente sind gewährleistet (kollektive Organisation der Arbeitnehmenden, Kollektivverhandlungen, Streikrecht und Kampfmaßnahmen)? Welcher Schutz ist notwendig, damit diese kollektiven Mechanismen und Handlungsinstrumente funktionieren können?

Auf dem Gebiet des Völkerrechts ist der Fokus auf die Übereinkommen Nr. 87 und 98 der IAO zu richten. Es wird keine allgemeine Untersuchung aller völkerrechtlichen Texte (insbesondere EMRK, UNO-Pakte und Europäische Sozialcharta) verlangt. Auf besondere Einflüsse dieser Texte kann jedoch hingewiesen werden.

Völkerrechtliche Garantien

3. In Bezug auf die völkerrechtlichen Garantien ist zunächst ganz allgemein zu sagen, dass die Vereinigungsfreiheit, das Recht auf Kollektivverhandlungen und das Streikrecht nach den Übereinkommen Nr. 87 und 98 der IAO und der Praxis des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit für ein gut funktionierendes System der kollektiven Arbeitsbeziehungen wesentlich sind. Diese Rechte bilden mit anderen Worten Kern des internationalen Arbeitsrechts. Ferner haben die EMRK (Art. 53) sowie die UNO-Pakte I

und II (Art. 5 Abs. 2) nur dann eine eigenständige Bedeutung, wenn sie einen weiteren Schutz bieten als die nationale, im vorliegenden Fall schweizerische Rechtsordnung. In diesem Sinn haben die Mindestgarantien im Bereich der Vereinigungsfreiheit nach Artikel 11 EMRK und Artikel 22 Pakt II bisher keinen bedeutenden Einfluss auf das Schweizer Recht gehabt. Die weiter gefassten, detaillierteren und präziser umschriebenen Garantien nach den Übereinkommen Nr. 87 und 98 der IAO sowie nach Artikel 8 Pakt I haben hingegen das Schweizer Recht beeinflusst und beeinflussen es weiterhin.

Ausserdem wirkt sich das Völkerrecht – was paradox erscheinen mag – hauptsächlich über solche völkerrechtliche Bestimmungen (IAO-Übereinkommen und Bestimmungen des Paktes I) auf das Schweizer Recht aus, die im Wesentlichen nicht direkt anwendbar sind oder deren direkt anwendbarer («self executing») Charakter in der Schweiz im Allgemeinen verneint oder zumindest bestritten wird oder umstritten ist und deren Interpretation durch die dazu zuständigen internationalen Organe nicht oder nicht notwendigerweise verbindlich ist. Dies trifft zum Beispiel auf die Praxis des IAO-Ausschusses für Vereinigungsfreiheit zu, die das Bundesamt für Justiz in einem Rechtsgutachten vom 8. März 2006 als nicht verbindlich qualifiziert hat. Die direkt anwendbaren und zwingenden Quellen des Völkerrechts hingegen, z.B. Artikel 22 Pakt II und Artikel 11 EMRK, haben – jedenfalls bisher – keinen massgeblichen Einfluss auf die konkrete Auslegung des Schweizer Rechts gehabt. (Je nach Entwicklung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs könnte sich dies allerdings noch ändern, denn dort ist ein Fall hängig, der sich auf die Situation in der Schweiz auswirken könnte; siehe unten.)

4. Im Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes wird die Garantie für die kollektive Organisation der Arbeitnehmenden geboten, indem die Vertragsstaaten verpflichtet werden, das Vereinigungsrecht zu schützen und alle erforderlichen und angemessenen Massnahmen zu treffen, damit die Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden dieses Recht frei wahrnehmen können, sei dies über das Recht auf die Bildung von Organisationen und das Recht auf den Beitritt zu solchen Organisationen (Art. 2), sei dies über das Recht, deren Funktionsweise frei zu bestimmen, ihre Vertreterinnen und Vertreter frei zu wählen oder ihre Geschäftsführung und Tätigkeit frei zu regeln und ihr Programm aufzustellen (Art. 3 Abs. 1). Im Übereinkommen Nr. 98 wird die Vereinigungsfreiheit vor den Handlungen der Arbeitgeberin und des Arbeitgebers geschützt. Die beiden Übereinkommen, die zwar verschiedentlich Gegenstand der Rechtsprechung des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit bildeten, werden jedoch in der Regel nicht als direkt anwendbar betrachtet und müssen vom Gesetzgeber im Landesrecht umgesetzt werden. Die Vereinigungsfreiheit im Sinne des Rechts, Gewerkschaften zu bilden oder einer Gewerkschaft eigener Wahl beizutreten, wird auch durch Artikel 8 Absatz 1 Pakt I, Artikel 22 Absatz 1 Pakt II und Artikel 11 EMRK geschützt. Diese Bestimmungen sind direkt anwendbar, definieren aber den genauen Inhalt, den Umfang und die Grenzen dieses Rechts nicht im Detail.
5. Artikel 4 des Übereinkommens Nr. 98 gewährleistet und fördert Kollektivverhandlungen unter Berücksichtigung der Eigenständigkeit der Parteien. Das Recht auf Kollektivverhandlungen ist durch die Praxis des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit (Schlussfolgerungen und Empfehlungen) konkretisiert worden. Da das Übereinkommen nicht als direkt anwendbar betrachtet wird und die Empfehlungen des Ausschusses nicht verbindlich sind, muss auch dieses Recht in das Landesrecht übernommen und dort umgesetzt werden. Artikel 11 EMRK bezieht sich nicht ausdrücklich auf das Recht auf Kollektivverhandlungen, schützt es aber über die Rechtsprechung des Gerichtshofs, der

darin eines der Mittel der Gewerkschaften zum Schutz der Interessen ihrer Mitglieder sieht.

6. Weder im Übereinkommen Nr. 87 noch im Übereinkommen Nr. 98 wird das Streikrecht explizit erwähnt. Der Ausschuss für Vereinigungsfreiheit ist jedoch seit geraumer Zeit der Ansicht, dass das Streikrecht aus dem Übereinkommen Nr. 87 abgeleitet werden kann. Wie in der Lehre unterstrichen wird, hat er dieses Recht «als wesentliche[n] Aspekt der Betätigungsfreiheit der Koalitionen und damit als legitimes Instrument zur Wahrung der wirtschaftlichen und sozialen Interessen der Arbeitnehmenden» anerkannt und ist der Meinung, dass das Übereinkommen Nr. 87 «[i]m Sinne einer Mindestgarantie verlangt [...], dass das Streikrecht als kollektives Recht der Gewerkschaften garantiert wird». Das Übereinkommen Nr. 87 bietet vor allem aufgrund der sehr weiten Formulierung von Artikel 10, der die Förderung und den Schutz der Interessen der Arbeitnehmenden bezieht, eine sehr weitgehende Garantie des Streikrechts. Die Praxis des Ausschusses lässt es jedoch zu, dass das Streikrecht im nationalen Recht bestimmten Bedingungen wie der Pflicht zu vorgängigen Verhandlungen oder Schlichtungsverfahren unterworfen wird. Obwohl die EMRK das Streikrecht nicht ausdrücklich garantiert, hat der Europäische Gerichtshof es in seiner Rechtsprechung indirekt und unter bestimmten Umständen anerkannt und hat es im Übrigen kürzlich bestätigt. Außerdem ist gemäss der Rechtsprechung des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit unter gewissen Einschränkungen der Rückgriff auf Massnahmen des Arbeitskampfs garantiert. Ausgeschlossen sind zum Beispiel gewalttätige Aktionen oder Einschränkungen des Rechts auf Arbeit durch Zwang. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte seinerseits hat in seiner Rechtsprechung die Möglichkeit anderer kollektiver Massnahmen als des Streiks anerkannt.
7. Schliesslich ist der Schutz vor der gewerkschaftsfeindlichen Kündigung garantiert, jedoch durch Bestimmungen, die im Allgemeinen nicht als direkt anwendbar betrachtet werden oder deren Interpretation durch die dazu zuständigen internationalen Organe, wie die Praxis des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit der IAO, nicht in jedem Fall verbindlich ist. Wie bereits erwähnt wurde die Rechtsprechung des Ausschusses in einem Rechtsgutachten des Bundesamtes für Justiz vom 8. März 2006 nicht als verbindlich angesehen. Wie ebenfalls erwähnt könnte sich die Lage je nach Entwicklung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Zusammenhang mit Artikel 11 EMRK ändern. In dieser Rechtsprechung wird bei der Beurteilung nämlich nicht nur die EMRK berücksichtigt. Wie in der Lehre hervorgehoben werden tendenziell auch andere völkerrechtliche Normen – selbst solche, die von den Vertragsstaaten der EMRK nicht ratifiziert worden sind – sowie die Praxis der Organe zur Kontrolle dieser Normen einbezogen. Zwar scheint diese Auffassung durch die jüngsten Entscheide des Gerichtshofs – namentlich das Urteil vom 8. April 2014 in der Rechtssache *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. The United Kingdom* – etwas relativiert zu werden. Denn darin wird den Staaten jedenfalls insoweit ein gewisser Ermessensspielraum zuerkannt, als die betreffenden Eingriffe oder Verletzungen nicht den Kern oder die wesentlichen Merkmale der Vereinigungsfreiheit betreffen. Diesbezüglich wird aber besonders aufmerksam zu verfolgen sein, welche Anforderungen der Gerichtshof in der bei ihm hängigen Rechtssache *Predescu gegen Rumänien* entwickeln wird und welche Folgen das Urteil für das Schweizer Recht haben könnte.

Verfassungsrechtliche Garantien

8. Zu den in der Bundesverfassung verankerten Grundrechten gehören sowohl die Koalitionsfreiheit (Art. 28) mit den dadurch geschützten Rechten und Modalitäten, als

auch die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27) in ihren verschiedenen Bestandteilen, namentlich der Vertragsfreiheit. Die Analyse von Inhalt, Umfang und Tragweite dieser beiden Grundfreiheiten zeigt, dass sie bisweilen gegensätzlich oder widersprüchlich sein können, insbesondere bezüglich der Fragen, denen in der vorliegenden Studie nachgegangen wird.

9. Auch wenn die Koalitionsfreiheit sowohl für die Arbeitnehmenden als auch für die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber sowie ihre jeweiligen Organisationen gewährleistet ist, dient sie in der Regel hauptsächlich der Verteidigung der Rechte und Interessen der Arbeitnehmenden (und ihrer Gewerkschaften), die in den (individuellen und kollektiven) Arbeitsbeziehungen als die schwächere Partei gelten. Die Rechte und Interessen der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber werden ausser durch die Koalitionsfreiheit vor allem durch die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und bis zu einem gewissen Grad durch die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) geschützt. Aus verfassungsrechtlicher Sicht lässt sich sagen, dass die Konflikte oder Spannungen zwischen Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden und ihren jeweiligen Organisationen sich im Konflikt oder Spannungsverhältnis zwischen der Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmenden und der Gewerkschaften (Art. 28 BV) und der Wirtschaftsfreiheit der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber (Art. 27 BV) widerspiegeln.
10. Kollidieren potenziell gegensätzliche oder sich widersprechende Grundrechte, sind die üblichen von Doktrin und Rechtsprechung entwickelten Methoden zur Auflösung solcher Konflikte anzuwenden. So ist in den Worten des Bundesgerichts zunächst zu bestimmen, ob die Grundrechtskollision vom Verfassungs- oder Gesetzgeber nicht «durch eine normative Harmonisierung der gegensätzlichen Interessen oder durch eine gesetzliche Hierarchisierung der Werte in einem bestimmten Kontext» «vorgängig oder umfassend entschärft» worden ist. Im vorliegenden Fall gibt die Bundesverfassung keine Hierarchie unter den verschiedenen verbrieften Grundrechten vor. Es ist denn auch allgemein anerkannt, dass die Verfassungsnormen gleichwertig sind und unter ihnen kein Vorrang besteht. Es obliegt demnach dem Gesetzgeber (hier dem Bundesgesetzgeber), der Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmenden und der Gewerkschaften einerseits und der Wirtschaftsfreiheit der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber andererseits Rechnung zu tragen und eine Interessenabwägung zwischen den beiden potenziell gegensätzlichen Grundrechten vorzunehmen.

Falls dies nicht geschehen ist, muss gemäss Bundesgericht in einem zweiten Schritt im Rahmen der Auslegung, die grundsätzlich durch ein Gericht erfolgt, «der Ausgleich zwischen den verschiedenen Verfassungsgrundsätzen und Grundrechten» gesucht werden, d. h. die Richterin oder der Richter muss die Interessenabwägung selbst vornehmen, wobei er sich «in der Regel an den Grundsätzen von Art. 36 BV» orientiert und diese «bei Bedarf den spezifischen Bedürfnissen anpasst, die sich aus der Kollision verschiedener Grundfreiheiten oder kollektiver Grundinteressen ergeben, und dabei gegenüber der Interessenabwägung der Vorinstanz eine gewisse Zurückhaltung walten lässt».

2. Frage 2

Wie sind die kollektiven Arbeitsbeziehungen in der Schweiz ausgestaltet (Sozialpartnerschaft, Arten der kollektiven Aktionen und Verhandlungen)? Welche Mechanismen sind in der Schweizer Gesetzgebung und in den GAV vorgesehen und welche Bereiche decken sie ab? Bestehen in der Praxis Mechanismen von wesentlicher Bedeutung auf nationaler oder regionaler Ebene, die keine gesetzliche oder vertragliche Basis haben? Wie sind die Arbeitnehmenden gestützt auf das Gesetz, die GAV oder gegebenenfalls die Praxis vertreten

(Vertretung in Personalkommissionen und anderen Instanzen mit einer Arbeitnehmervertretung, Vertretung durch eine Gewerkschaft)? Welche Funktion erfüllen die verschiedenen Arten der Vertretung des Personals in den kollektiven Arbeitsbeziehungen, welche Stellung nehmen sie ein und in welchem Verhältnis stehen sie zueinander? Das Streikrecht und die übrigen Mittel des Arbeitskampfs können insoweit behandelt werden, als sie zum besseren Verständnis der Rolle und der Stellung der Arbeitnehmervertretungen sowie der kollektiven Mechanismen für den Dialog, die Mitwirkung und Kollektivverhandlungen in der Schweiz beitragen.

11. Der Begriff der Sozialpartnerschaft steht generell für den Austausch zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden über die Arbeitsbedingungen. Die Sozialpartnerschaft lässt den Sozialpartnern eine gewisse Freiheit bei der Gestaltung ihrer kollektiven und individuellen Arbeitsbeziehungen und ermöglicht so die Selbstregulierung der Arbeitsbedingungen durch die betroffenen Wirtschaftsakteure. Dadurch kann eine starre staatliche Regelung vermieden und das aus individueller Sicht bestehende wirtschaftliche Ungleichgewicht in der Beziehung zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden beschränkt werden. Die Vertragsfreiheit ist gewährleistet, wird aber zumindest für die Arbeitnehmenden auf eine kollektive Stufe gehoben.

In der Schweizer Gesetzgebung sind verschiedene Mechanismen zur Organisation der Sozialpartnerschaft vorgesehen. Die Arbeitnehmenden können ihre Interessen vor allem über zwei Kanäle kollektiv geltend machen: die Gewerkschaft und die Mitwirkung.

Die Gewerkschaften können die Arbeitnehmenden auf verschiedene Weise vertreten, hauptsächlich in Kollektivverhandlungen und indem sie bei der Überwachung der Einhaltung der Vorschriften zum Schutz der Arbeitnehmenden einbezogen werden.

12. In den Kollektivverhandlungen werden im Wesentlichen Gesamtarbeitsverträge abgeschlossen, die auf Seite der Arbeitnehmenden ausschliesslich von gewerkschaftlichen Organisationen abgeschlossen werden können.

Erfüllt eine Gewerkschaft die Kriterien der Repräsentativität und der Loyalität, so kann sie einen gewissen Anspruch auf Verhandlungen geltend machen. Will die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber nicht verhandeln oder lehnt er die Forderungen der Gewerkschaft ab, kann die Gewerkschaft eine Vermittlung oder – wenn dies im GAV vorgesehen ist – eine Schlichtung verlangen. Scheitert ein solches Verfahren, dann kann sie die Mittel des kollektiven Arbeitskampfs ergreifen und insbesondere einen Streik ausrufen.

Das Gesetz schreibt nicht vor, wie die Verhandlungen zu führen sind. Jede Sozialpartnerschaft kann also ihre eigene Praxis entwickeln. Der Inhalt eines GAV hingegen wird durch das Gesetz beschränkt. Der Verhandlungsspielraum für die Sozialpartner ist allerdings recht gross, denn das Gesetz verbietet nur Bestimmungen, die gegen das geltende Recht verstossen. Der GAV muss insbesondere die negative Koalitionsfreiheit der Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden beachten, die den unterzeichnenden Verbänden nicht angeschlossen sind (Art. 356a OR). Darüber hinaus dürfen die Bestimmungen des GAV nicht gegen zwingendes Recht verstossen (Art. 358 OR).

Der GAV kann bestimmte Aspekte der Sozialpartnerschaft wie die Mitwirkung der Arbeitnehmenden, den Zugang der Gewerkschaften zum Unternehmen oder die Beteiligung der Arbeitnehmenden an Aktivitäten der Gewerkschaft regeln. Einige GAV umfassen Bestimmungen zum Kündigungsschutz, insbesondere zum Schutz der gewählten Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter oder der Gewerkschaftsmitglieder.

13. Das Gesetz sieht auch ein Klage- oder Beschwerderecht für die Gewerkschaften in Gerichts- oder Verwaltungsverfahren vor, in denen es notwendig ist, die kollektiven Rechte der Arbeitnehmenden geltend zu machen.
14. Ziel der Mitwirkung der Arbeitnehmenden ist der Einbezug der Arbeitnehmenden in bestimmte Entscheide des Unternehmens mit direkten Auswirkungen auf sie. Das Gesetz erfasst namentlich die Bereiche Gesundheitsschutz und Unfallverhütung, die Gestaltung der Stundenpläne, den Übergang und die Restrukturierung von Betrieben, Massenentlassungen und die berufliche Vorsorge. Grundsätzlich können die Arbeitnehmenden in Betrieben mit mehr als fünfzig Beschäftigten die Bestellung einer Vertretung zur Wahrung ihrer Interessen in den Mitwirkungsverfahren verlangen. Je nach Bereich ist die Mitwirkung mehr oder weniger ausgeprägt. Es bestehen drei Stufen der Mitwirkung: die Information, die Mitsprache und die Mitentscheidung. Information bedeutet, dass die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber die Arbeitnehmenden über seine Entscheide auf dem Laufenden hält. Mitsprache bedeutet, dass die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber vor seinem Entscheid die Meinung der Arbeitnehmenden einholt und allenfalls begründen muss, wieso er ihre Vorschläge nicht berücksichtigt hat. Verfügen die Arbeitnehmenden über ein Mitentscheidungsrecht, so werden sie in die Beschlussfassung einbezogen, entweder über ein Vetorecht oder über die Möglichkeit, bei Meinungsverschiedenheiten eine neutrale Stelle, namentlich eine Schlichtungsstelle, entscheiden zu lassen.

3. Frage 3

Wie wirken sich die völker- und verfassungsrechtlichen Garantien und die institutionellen Mechanismen zur Regelung der kollektiven Arbeitsbeziehungen auf das Recht über den Einzelarbeitsvertrag sowie auf das allgemeine System des Vertragsrechts aus? Welche Rolle spielt die Wirtschaftsfreiheit in dieser Hinsicht? Welche Konflikte oder Widersprüche bestehen und wie werden sie gelöst?

Völkerrechtliche Garantien

15. Die Auswirkungen der Praxis des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit und seiner Empfehlungen auf die schweizerische Rechtsordnung sind insoweit relativ, als die Bundesbehörden – der Bundesrat – und die Lehre, soweit sie sich dazu äussert, die Praxis und die Empfehlungen nur als «einfache» Empfehlungen an die nationalen Behörden ohne rechtsverbindliche Wirkung betrachten. Darüber hinaus sind die Bundesbehörden – sowohl der Bundesrat als auch das Bundesgericht – trotz Kritik aus der Lehre nur mit Zurückhaltung bereit, die IAO-Übereinkommen allgemein oder auch nur hinsichtlich einzelner Bestimmungen als direkt anwendbar anzuerkennen. Für Privatpersonen ist es deshalb gegenwärtig praktisch nicht möglich, gestützt auf diese Übereinkommen die Schweizer Gerichte anzuwalten und sich auf die Praxis des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit zu berufen.
16. Die Schweiz hat die UNO-Pakte I und II ratifiziert, die fakultativen Protokolle zu den beiden Pakten jedoch nicht. In diesen Protokollen sind die Kontrollmechanismen verankert, die es Privatpersonen ermöglichen, Individualbeschwerden wegen der Verletzung eines durch die Pakte verbrieften Rechts einzureichen. So untersteht die Schweiz in Bezug auf den Pakt I nur der Kontrolle durch den Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte und in Bezug auf den Pakt II durch den Menschenrechtsausschuss. Die Kontrolle erfolgt durch periodische Berichte der Staaten und die Empfehlungen der Ausschüsse. Der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte hat sich im November 2010 zum periodischen Bericht der Schweiz des

Jahres 2008 geäusser. Er hat besorgt zur Kenntnis genommen, dass die wegen gewerkschaftlicher Tätigkeiten entlassenen Gewerkschafterinnen und Gewerkschafter durch das Schweizer Recht nicht ausreichend geschützt sind. Das Kontrollverfahren nach den Pakten I und II hat jedoch weder den Charakter eines Streitverfahrens, noch ist es rechtlich verbindlich. Die Beachtung des Verfahrens hängt allein von der feierlichen Verpflichtung der Staaten ab, die betreffenden Verträge einzuhalten. Zudem sind die Bundesbehörden (Bundesrat und Bundesgericht) wie im Fall der IAO-Übereinkommen – trotz derselben Kritik aus der Lehre und im Gegensatz zur Praxis des Ausschusses – nur mit Zurückhaltung bereit, die Bestimmungen des Paktes I als direkt anwendbar zu betrachten. Davon ausgenommen werden kann mit Blick auf die Haltung des Bundesgerichts und der Lehre vielleicht Artikel 8 Absatz 1. Das Bundesgericht anerkennt hingegen umfassend und allgemein, dass die Bestimmungen des Paktes II und die dadurch geschützten Rechte direkt anwendbar sind. Diese Meinung wird von der Lehre geteilt, weshalb bereits an dieser Stelle festgehalten werden kann, dass die in Artikel 22 Pakt II verankerte, breiter gefasste Vereinigungsfreiheit im Sinne von Artikel 23 BV, die auch die Koalitionsfreiheit umfasst, direkt anwendbar ist und vor den Schweizer Gerichten eingeklagt werden kann.

17. Die EMRK ist für diese Studie sicher sehr wichtig, denn deren Bestimmungen sind in der Schweiz direkt anwendbar. Im Gegensatz zu den anderen untersuchten internationalen Rechtsinstrumenten sind die Rechte, die sie garantiert, zudem doppelt geschützt: auf nationaler Ebene durch die Schweizer Gerichte, auf internationaler Ebene durch die Möglichkeit der Individualbeschwerde beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, einer internationalen gerichtlichen Instanz, deren Rechtsprechung verbindlich ist. Unter Berücksichtigung der dynamisch-evolutiven Rechtsprechung des Gerichtshofs, namentlich in Bezug auf Artikel 11 EMRK, der die Koalitionsfreiheit als Bestandteil der allgemeineren Vereinigungsfreiheit¹ garantiert, erscheint es so, dass über die EMRK die verschiedenen Quellen des Völkerrechts «integriert» werden können. Denn der Gerichtshof beschränkt sich nicht darauf, ausschliesslich die Artikel der Konvention auszulegen, sondern bezieht sich auch auf Bestimmungen der anderen internationalen Übereinkünfte, welche die am Rechtsstreit beteiligten Staaten ratifiziert haben, und zwar nicht nur auf die von allen Vertragsstaaten der Konvention ratifizierten Abkommen. Über den indirekten Einfluss der Urteile des Europäischen Gerichtshofs wäre es demnach möglich, dass die betreffende Rechtsprechung auf alle Vertragsstaaten der Konvention angewandt wird – unter Einbezug der Quellen des Völkerrechts, die sie selbst nicht unterzeichnet haben. Gemäss Lehre erhalten die sozialen Rechte auf diese Weise praktisch Verfassungsrang, wodurch die Vertragsstaaten der Konvention auf demselben Anforderungsniveau gehalten werden. Die Schweiz könnte folglich wegen Verletzung der EMRK verurteilt werden auf Grundlage einer evolutiven Rechtsprechung, die sich auf Übereinkommen, Protokolle oder Empfehlungen stützt, welche der nationale Gesetzgeber und/oder die nationalen Gerichte nicht in das Landesrecht übernommen haben, weil das Parlament die Instrumente nicht ratifiziert oder weil die Rechtsprechung sie nicht als direkt anwendbar anerkannt hat. Wie bereits oben erwähnt gibt die jüngste Rechtsprechung des Gerichtshofs – namentlich das Urteil vom 8. April 2014 in der Rechtssache *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. The United Kingdom* – Anlass dazu, diese Ansicht zu relativieren. Denn darin wird den Staaten jedenfalls insoweit ein gewisser Ermessensspielraum zuerkannt, als die betreffenden Eingriffe oder Verletzungen nicht den Kern oder die wesentlichen Merkmale der Vereinigungsfreiheit betreffen. Diesbezüglich wird aber besonders aufmerksam zu verfolgen sein, welche Anforderungen der Gerichtshof in der hängigen

¹ Im Sinne der Vereinigungsfreiheit nach Art. 23 BV.

Rechtssache *Predescu gegen Rumänien*, die Folgen für das Schweizer Recht haben könnte, entwickeln wird.

Verfassungsrechtliche Garantien

18. Es obliegt dem Gesetzgeber (im vorliegenden Fall dem Bundesgesetzgeber), der Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmenden und der Gewerkschaften einerseits und der Wirtschaftsfreiheit der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber andererseits Rechnung zu tragen und eine Interessenabwägung zwischen den beiden potenziell gegensätzlichen Grundrechten vorzunehmen. Die Verfassung beauftragt den Bundesgesetzgeber namentlich in den Artikeln 35, 110 und 122, die Grundrechte zu verwirklichen und über die ordentliche Gesetzgebung das Spannungsverhältnis zwischen den Grundrechten in den Beziehungen unter Privaten aufzulösen. Bei der Verwirklichung und der Interessenabwägung müssen selbstverständlich die betreffenden Grundrechte (Art. 27 und 28 BV) berücksichtigt werden, aber auch die internationalen Verpflichtungen der Schweiz aufgrund der Ratifikation der untersuchten völkerrechtlichen Instrumente, namentlich der Übereinkommen Nr. 87 und 98 der IAO, der UNO-Pakte I und II und der EMRK – internationale Abkommen, die unabhängig davon, ob sie direkt anwendbar sind oder nicht, für den Gesetzgeber, die Gerichte und die rechtsanwendenden Behörden massgebend sind (Art. 190 BV).
19. Aus der indirekten Drittirkung der im vorliegenden Fall betroffenen Grundrechte (Koalitionsfreiheit und Wirtschaftsfreiheit) resultiert somit, dass es in erster Linie und hauptsächlich Sache des Gesetzgebers ist, Grundrechtskollisionen in den Beziehungen zwischen Privaten, hier zwischen Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden, sowie zwischen ihren jeweiligen Organisationen aufzulösen. Das konkrete Ergebnis der Interessenabwägung zwischen Koalitionsfreiheit und Wirtschaftsfreiheit über die ordentliche Gesetzgebung ist heute vor allem in den einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts vorzufinden. Genau diese Auflösung des Konflikts zwischen zwei Grundrechten hat einen spezifischen Einfluss auf die Bedeutung des Einzelarbeitsvertragsrechts und bietet eine Erklärung für die besondere Stellung dieses Rechtsgebiets im allgemeinen System des Vertragsrechts. Mit anderen Worten liesse sich sagen, dass der Schutz der organisierten Arbeitnehmenden und der gewählten Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter durch das Obligationenrecht (Art. 336 Abs. 2 Bst. a und b OR) an sich bereits einen Kompromiss darstellt, den der Bundesgesetzgeber auf Grundlage der indirekten Drittirkung der Koalitionsfreiheit und der Wirtschaftsfreiheit im Gesetz verankert hat.

4. Frage 4

Wie trägt der im Schweizer Recht und in den GAV vorgesehene Schutz der Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter dazu bei, die Diskrepanzen zwischen dem Recht über den Einzelarbeitsvertrag, den kollektiven Arbeitsbeziehungen sowie den völker- und verfassungsrechtlichen Garantien zu überwinden?

Berücksichtigt werden kann nebst dem Kündigungsschutz auch der Schutz vor Benachteiligungen oder negativen Massnahmen aufgrund der Ausübung der Funktion der Arbeitnehmervertreterin und des Arbeitnehmervertreters. Die Klage des SGB bezieht sich zwar auf die Sanktion bei gewerkschaftsfeindlichen Kündigungen. Doch auch wenn dies der Anlass für die Studie ist, sind die Voraussetzungen, unter denen die Entlassung einer Arbeitnehmervertreterin oder

eines Arbeitnehmervertreters missbräuchlich ist, zu behandeln. In Bezug auf den Kündigungsschutz sind die Nichtigkeit bzw. Anfechtbarkeit der Kündigung und deren etwaigen Auswirkungen zu beleuchten, insbesondere die Möglichkeit, den Arbeitnehmenden wieder an der bisherigen oder einer anderen Stelle einzustellen. Dabei ist der Fokus auf die praktische Tragweite und die Wirksamkeit eines solchen Schutzes zu richten. In diesem Zusammenhang ist namentlich die Anwendung von Artikel 10 GIG zu prüfen: aktueller Stand (insbesondere Häufigkeit der Berufung auf die Bestimmung, Anordnung und Umsetzung der Wiedereinstellung), Umsetzungsschwierigkeiten, erwiesene oder mögliche Gründe für solche Schwierigkeiten.

20. Das private Arbeitsrecht der Schweiz kann im internationalen Vergleich als liberal bezeichnet werden. Es basiert namentlich auf der Vertragsfreiheit und besonders auf der Freiheit, den Arbeitsvertrag zu kündigen. Die Kündigungsfreiheit hat im Schweizer Recht Vorrang. Damit eine Kündigung gültig ist, bedarf es dafür somit grundsätzlich keines besonderen Grundes. Das Recht beider Vertragspartner, den Vertrag einseitig zu kündigen, wird jedoch durch die Bestimmungen über die missbräuchliche Kündigung (Art. 336 ff. OR) eingeschränkt.
21. Für die Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter (im weiteren Sinn) gelten im Privatrecht allgemein dieselben Gesetzesvorschriften und derselbe Schutz wie für alle Arbeitnehmenden. In zwei Fällen jedoch hat der Gesetzgeber die Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter gesondert behandelt: Durch Artikel 12 des Mitwirkungsgesetzes und Artikel 336 OR erfahren sie einen gewissen Schutz vor Kündigungen, die als missbräuchlich beurteilt werden. Die Kündigungsfreiheit hat jedoch auch hier Vorrang, denn eine missbräuchliche Kündigung wird im Schweizer Recht als gültig betrachtet und führt zu keiner Verurteilung der Arbeitgeberin oder des Arbeitgebers zur Bezahlung einer Geldstrafe.
22. Artikel 12 des Mitwirkungsgesetzes soll die Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter während des Mandats und nach dessen Beendigung vor einer Benachteiligung aufgrund ihrer Tätigkeit schützen. Der Schutz gilt auch für alle, die sich zur Wahl in eine Arbeitnehmervertretung stellen. In der Praxis wird allerdings nur die missbräuchliche Kündigung gemäss den Modalitäten nach Artikel 336a OR sanktioniert.
23. Nach Artikel 336 Absatz 2 OR sind die Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter im weiteren Sinn in zwei Fällen geschützt: wenn die Kündigung ausgesprochen wird, weil die oder der Arbeitnehmende einem Arbeitnehmerverband angehört oder nicht angehört oder weil sie oder er eine gewerkschaftliche Tätigkeit rechtmässig ausübt (Bst. a) oder wenn sie ausgesprochen wird, während sie oder er gewählte Arbeitnehmervertreterin oder gewählter Arbeitnehmervertreter ist (Bst. b). In letzterem Fall ist der Schutz weiter gefasst, da grundsätzlich ein Missbrauch vermutet wird. So muss die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber beweisen, dass er einen begründeten Anlass zur Kündigung hatte. Der Schutz in diesen beiden Fällen ist jedoch beschränkt. Die gewerkschaftliche Tätigkeit ist nur dann geschützt, wenn sie rechtmässig ist. Das kann durchaus Fragen zur Rechtssicherheit aufwerfen, denn die Grenzen einer rechtmässigen Tätigkeit sind noch nur unzureichend definiert. Darüber hinaus kann die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber die Missbrauchsvermutung, die den gewählten Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertretern zum Vorteil gereicht, leicht entkräften, denn nach der Rechtsprechung kann er sich auf rein wirtschaftliche Gründe berufen. Die Strafe bei einer missbräuchlichen Kündigung beschränkt sich schliesslich darauf, dass die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber eine Entschädigung von höchstens sechs Monatslöhnen der/des entlassenen Arbeitnehmenden entrichten muss.

Darüber hinaus können sich die Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter zwar auf spezifische Bestimmungen berufen (Art. 336 Abs. 2 Bst. a und b OR), das Verfahren (Art. 336b OR) und die Sanktionen (Art. 336a OR) sind aber genau dieselben wie in allen anderen Fällen, in denen die Arbeitnehmenden eine missbräuchliche Kündigung geltend machen können.

24. In der Praxis enthalten die GAV oft Bestimmungen zum Kündigungsschutz, die entweder für alle Arbeitnehmenden in ihrem Geltungsbereich oder ausschliesslich für die Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter oder die Gewerkschaftsvertretungen von der gesetzlichen Regelung abweichen. Angesichts des absolut zwingenden Charakters (vgl. Art. 361 OR) bestimmter Vorschriften zum Schutz vor missbräuchlicher Kündigung (Art. 336 Abs. 1 und 336a OR) erscheint es jedoch fraglich, ob solche vertraglichen Lösungen rechtlich haltbar und zulässig sind.
25. Aus theoretischer Sicht würde die Möglichkeit, bei einer missbräuchlichen Kündigung die Nichtigkeit festzustellen und die Arbeitgeberin oder den Arbeitgeber zur Wiedereinstellung der/des Arbeitnehmenden zu verurteilen, offensichtlich einen klar besseren Schutz der Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter darstellen. Unseres Erachtens ist die Wiedereinstellung allerdings ein Mechanismus, der nur schwer mit den Grundsätzen des privaten Arbeitsrechts der Schweiz vereinbar ist oder wäre. Im Übrigen hat Artikel 10 GIG praktisch nie zu einer tatsächlichen Wiedereinstellung geführt, obwohl er bereits seit 1. Juli 1996 in Kraft ist. Dem Gesetzgeber steht es aber frei, einen solchen Schutz für die gewählten Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter einzuführen.

5. Frage 5

Wie ist der Schutz der Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter auf Grundlage der Ergebnisse unter Ziffer 4 zu beurteilen? Wo wurden ausgewogene Lösungen gefunden und welche Merkmale weisen diese auf? Gemäss dem Ziel der Studie und wie in der Hauptfrage erwähnt ist eine kritische Beurteilung der geltenden Regelungen im Schweizer Recht erwünscht, damit eine Diskussionsgrundlage für eine Lösung vorgelegt werden kann, die bei den Sozialpartnern auf Akzeptanz stösst. Auf die Feststellung von Lücken, die Beurteilung eines eventuellen Gesetzgebungsbedarfs oder Vorschläge zu Gesetzesänderungen kann verzichtet werden.

26. Aus dem oben Gesagten geht hervor, dass den Arbeitnehmenden und insbesondere den Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertretern im Schweizer Recht nur ein minimaler Schutz vor der (missbräuchlichen) Kündigung gewährt wird. Vergleicht man das Schweizer Recht mit jenem verschiedener europäischer Länder erscheint dies umso deutlicher. Die parallel vom SIR durchgeführte Studie über sieben Länder Europas (Deutschland, Frankreich, Italien, Österreich, Schweden, Slowakei und Vereinigtes Königreich) liefert wertvolle Hinweise zu diesem Thema (vgl. Rechtsgutachten des SIR vom 31. Oktober 2014).
27. Natürlich unterscheidet sich der Umfang des Schutzes der Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter von einem Land zum andern. Hier geht es nicht darum, die Ausführungen des Rechtsgutachtens des SIR zu wiederholen. Vielmehr sollen einige der wichtigsten Grundsätze erwähnt werden, welche in den genannten Ländern zum Schutz der Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter vor Kündigungen allgemein gelten. Zunächst muss die Kündigung in praktisch allen Ländern vorgängig zwingend von einer staatlichen oder nichtstaatlichen (Gericht, Arbeitsinspektorat, Arbeitnehmervertretung) Behörde genehmigt werden, damit sie in Kraft treten kann. In

den meisten Ländern muss sich die Kündigung auf einen spezifischen Grund stützen (z. B. schweres Verschulden), andernfalls ist sie nichtig. Denn in den meisten Ländern besteht die Sanktion bei einer missbräuchlichen Kündigung in der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit verbunden mit der Möglichkeit zur Wiedereinstellung. Die oder der Arbeitnehmende kann aber auf die Wiedereinstellung verzichten und sich je nach dem für eine oder mehrere Entschädigungen entscheiden, die sich je nach Land auf höchstens neun, zwölf oder achtzehn Monatslöhne belaufen. Einige Länder kennen darüber hinaus strafrechtliche Sanktionen gegenüber Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern, die zwingende Bestimmungen des Arbeitsrechts missachtet haben.

28. In der Schweizer Rechtsordnung sind ähnliche Lösungen, wie sie in den obengenannten Staaten bestehen, in einigen Sektoren und Branchen über GAV konkretisiert worden (z. B. Pflicht zur vorgängigen Meldung der Kündigung). In der Schweizer Gesetzgebung besteht hingegen keine vergleichbare Regelung. Der Schweizer Gesetzgeber hat sich für ein liberales System entschieden, das für die Regulierung des Arbeitsmarkts auch Vorteile bringen kann und das hier nicht bewertet werden soll. Das Problem scheint eher zu sein, dass die Regelung im Schweizer Recht offenbar nicht den internationalen Verpflichtungen der Schweiz entspricht (namentlich IAO-Übereinkommen Nr. 98). Wie gesehen hat der Ausschuss für Vereinigungsfreiheit, ein Gremium der IAO, den Bundesrat in seinen Empfehlungen namentlich darum gebeten vorzusehen, dass Gewerkschaftsvertreterinnen und Gewerkschaftsvertreter, die Opfer einer gewerkschaftsfeindlichen Kündigung sind, entsprechend der Lösung im GIG wieder eingestellt werden können. Auch der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte hat der Schweiz empfohlen, seine Gesetzestexte dahingehend anzupassen, dass willkürlich entlassene Gewerkschafterinnen und Gewerkschafter wieder eingestellt werden können. Schliesslich besteht die Gefahr, dass die Schweiz mittelfristig durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte verurteilt wird. Denn dieser berücksichtigt in seiner dynamisch-evolutiven Rechtsprechung die verschiedenen Quellen des Völkerrechts, namentlich für die Auslegung von Artikel 11 EMRK, der die Koalitionsfreiheit als Bestandteil der allgemeineren Vereinigungsfreiheit² gewährleistet. Auch wenn die verschiedenen völkerrechtlichen Instrumente mit Ausnahme der EMRK nicht immer sehr wirksam oder verbindlich sind oder zumindest ihre gerichtliche Durchsetzbarkeit in der Schweizer Rechtsordnung umstritten ist, ist es wahrscheinlich, dass in den nächsten Jahren mehr oder weniger starker Druck auf die Schweiz ausgeübt wird, damit sie ihr Recht auf dem Gebiet des Schutzes der Arbeitnehmervertretung anpasst. In diesem Sinn soll die Studie hier mit einigen Lösungsansätzen für die Diskussion abgeschlossen werden.

C. Lösungsansätze

29. Gemäss internationalen Gremien kommt die Schweiz ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen in Bezug auf den Schutz der Gewerkschaftsdelegierten nicht nach. Sie fordern sie auf, in ihrer Rechtsordnung die Möglichkeit einzuführen, gewerkschaftsfeindliche Kündigungen anzufechten und die Wiedereinstellung der unrechtmässig entlassenen Arbeitnehmenden anzuordnen. Diese Option ist erwägenswert. Angesichts des fehlenden politischen Konsenses in diesem Punkt können jedoch andere Ansätze geprüft werden, wie das Schweizer Recht einen eventuell als gleichwertig angesehenen Schutz bieten könnte, der gleichzeitig den grundlegenden Prinzipien des privaten Arbeitsrechts der Schweiz und namentlich der

² Im Sinne der Vereinigungsfreiheit nach Art. 23 BV.

Kündigungsfreiheit entspräche. Im Folgenden werden kurz drei Ansätze umrissen, die grossteils den Vorschlägen des Bundesrates im Vorentwurf für die Teilrevision des Obligationenrechts (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung)³ entsprechen, der am 1. Oktober 2010 in die Vernehmlassung geschickt wurde: die Harmonisierung des Schutzes, den Ausbau des Kündigungsschutzes und die Erweiterung der Kompetenzen der Sozialpartner. In Anbetracht des politischen Umfelds und des Charakters der Diskussionen der letzten Jahre in der Tripartiten Kommission für Angelegenheiten der IAO wird hier bewusst darauf verzichtet, innovativere Lösungen vorzuschlagen, wie sie in anderen Rechtsordnungen verankert worden sind (vgl. Studie des SIR).

1. Harmonisierung des Schutzes

Wie gesehen hat der Begriff «Arbeitnehmervertreter» in der Praxis viele Bedeutungen. Im Obligationenrecht wird jedoch zwischen Gewerkschaftsvertreterinnen und Gewerkschaftsvertretern (Art. 336 Abs. 2 Bst. a OR) und gewählten Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertretern (Art. 336 Abs. 2 Bst. b OR) unterschieden.

Sie sind aber nicht gleich gut geschützt: Nur die gewählten Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter profitieren von der Umkehr der Beweislast. Da dafür kein triftiger Grund besteht, sollten die beiden Kategorien angeglichen werden und denselben Schutz erfahren. Die Umkehr der Beweislast könnte dementsprechend durch eine Änderung von Artikel 336 Absatz 2 Buchstabe a OR auf die Gewerkschaftsvertreterinnen und Gewerkschaftsvertreter ausgedehnt werden.

2. Ausbau des Kündigungsschutzes

In allen vom SIR untersuchten Staaten geht der Schutz vor einer Kündigung im Allgemeinen und vor einer Kündigung von Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertretern im Besonderen deutlich weiter als im Schweizer Recht. Eine Kündigung muss sich auf spezifische oder qualifizierte Gründe stützen. Oft bestehen ein Verfahren vor der Kündigung sowie die Möglichkeit, die Kündigung anzufechten und den Arbeitnehmenden wieder einzustellen oder die Arbeitgeberin oder den Arbeitgeber zu einer Entschädigung in Höhe von meist zwölf oder mehr Monatslöhnen der/des Arbeitnehmenden zu verurteilen.

Gemäss Schweizer Recht muss die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber nach Artikel 336 Absatz 2 Buchstabe b OR beweisen, dass er einen begründeten Anlass zur Kündigung einer gewählten Arbeitnehmervertreterin oder eines gewählten Arbeitnehmervertreters hatte. Das Bundesgericht hat entschieden, dass die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber dafür auch wirtschaftliche Gründe anführen kann. Der Schutz durch das Gesetz wird so erheblich geschwächt. In einer seiner Vorlagen hatte der Bundesrat vorgeschlagen, dass zur Entlassung einer gewählten Arbeitnehmervertreterin oder eines gewählten Arbeitnehmervertreters ausschliesslich in der Person der/des Arbeitnehmenden liegende Gründe rechtsgültig geltend gemacht werden können. Eine solche Lösung könnte für alle Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter im weiteren Sinn, d.h. die Gewerkschaftsvertreterinnen und Gewerkschaftsvertreter und die gewählten Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter, vorgesehen werden. Sie würde

³

Bundesrat, Teilrevision des Obligationenrechtes (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung) – Erläuternder Bericht und Vorentwurf, September 2010, abrufbar unter: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/whistleblowing.html> (zuletzt besucht am 15.12.2014).

den spezifischen gesetzlichen Schutz auf Grundlage der Vermutung, dass die Kündigung missbräuchlich ist, verbessern.

Eine am Schweizer Recht geäusserte Kritik besteht darin, dass eine Entschädigung von höchstens sechs Monatslöhnen bei missbräuchlicher Kündigung (vgl. Art. 336a OR) nicht abschreckend genug wirkt. In verschiedenen Vorlagen hat der Bundesrat vorgeschlagen, sie für Whistleblower oder für alle Arbeitnehmenden auf zwölf Monate anzuheben. Die abschreckende Wirkung der Entschädigung könnte durch einen solchen Höchstbetrag, der vom Gericht unter Berücksichtigung aller Umstände festgelegt wird, bestimmt erhöht werden. Dadurch würde auch der Kündigungsschutz verbessert. So könnte das Schweizer Recht als konform mit dem Völkerrecht betrachtet werden, an das die Schweiz gebunden ist, denn es würde in Form einer angemessenen Entschädigung eine glaubwürdige Alternative zur Wiedereinstellung der/des missbräuchlich entlassenen Arbeitnehmenden bieten. Diese Frage könnte unseres Erachtens erneut geprüft werden, sei es in Bezug auf die Regelung für alle Arbeitnehmenden oder ausschliesslich für die Arbeitnehmervertretung (Gewerkschaftsvertreterinnen und Gewerkschaftsvertreter und gewählte Vertreterinnen und Vertreter). Eine weitere denkbare Möglichkeit bestünde darin, eine Regelung oder auch lediglich punktuelle Lösungen für ganz bestimmte Kategorien von Unternehmen vorzusehen, z. B. für Unternehmen, die eine grössere Anzahl Arbeitnehmenden beschäftigen oder die einen bestimmten Jahresumsatz erreichen.

3. Erweiterung der Kompetenzen der Sozialpartner

Die Sozialpartnerschaft und die kollektiven Rechte, insbesondere das Recht auf Kollektivverhandlungen, bilden die Fundamente des schweizerischen und des internationalen Arbeitsrechts. Durch das Verbot, durch Vertrag weder zugunsten der Arbeitgeberin oder des Arbeitgebers noch zugunsten der oder des Arbeitnehmenden von den absolut zwingenden Vorschriften abzuweichen (vgl. Art. 358 und 361 OR), wird das Verhandlungsrecht durch die Schweizer Gesetzgebung jedoch stark eingeschränkt. In der Praxis haben sich die Sozialpartner zwar gewisse Freiheiten genommen, doch in der Frage, über welchen Handlungsspielraum sie verfügen, wenn sie im Bereich absolut zwingender Vorschriften (vgl. Art. 361 OR) von der gesetzlichen Regelung abweichen wollen, besteht eine grosse Rechtsunsicherheit. Unseres Erachtens müsste diese Unsicherheit behoben und geprüft werden, wie die Sozialpartnerschaft gestärkt werden könnte. Eine Lösung in Bezug auf den Kündigungsschutz könnte darin bestehen, auf den absolut zwingenden Charakter der Artikel 336 Absatz 1 und 336a OR zu verzichten.

Neuenburg, 14. August 2015

Jean-Philippe Dunand

Pascal Mahon

**Centre d'étude des
relations de travail**

Jean-Philippe Dunand, professeur
Pascal Mahon, professeur
Catherine Bouverat, avocate, doctorante FNS
Nicolas Brügger, avocat, assistant-doctorant
Inès Hassissene, avocate
Mélanie Mader, docteure en droit



ÉTUDE SUR LA PROTECTION ACCORDÉE AUX REPRÉSENTANTS DES TRAVAILLEURS

Etude
établie à la demande et sur mandat
du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) et
de l'Office fédéral de la justice (OFJ),

14 août 2015

Synthèse générale et pistes de réflexion (partie V de l'étude)

Synthèse générale et pistes de réflexion

A. Introduction

1. Conformément au mandat qui nous a été confié, nous avons approfondi dans cette étude la question principale qui nous était posée : situer la protection des représentants des travailleurs dans le contexte de la liberté syndicale et du partenariat social en Suisse ou, plus précisément, déterminer quelle est la protection accordée aux représentants des travailleurs en Suisse et quelle évaluation peut-on en faire au vu de l'interaction entre les trois domaines suivants : droits fondamentaux, rapports collectifs de travail et rapports individuels de travail.
2. A titre de synthèse générale, nous souhaitons apporter ici une réponse succincte aux cinq sous-questions développant la question principale qui nous ont été posées. Il s'agira notamment de reprendre les synthèses intermédiaires effectuées dans l'étude (lettre B). Enfin, comme cela est suggéré dans le mandat à la fin de la sous-question n° 5, nous terminerons en évoquant quelques pistes de réflexion possibles pour la discussion (lettre C).

B. Réponses aux cinq questions développant la question générale

1. Question 1

Quelles garanties offrent le droit international et le droit constitutionnel suisse quant à l'organisation collective des rapports de travail? Quels mécanismes et moyens d'action collectifs sont garantis (organisation collective des travailleurs, négociation collective, droit de grève et moyens de combat)? Quelle protection est demandée pour que ces mécanismes et moyens d'action collectifs puissent fonctionner?

En droit international, l'accent sera mis sur les conventions 87 et 98 de l'OIT. Une étude générale de tous les textes internationaux (Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), Pactes de l'ONU, Charte sociale européenne notamment) n'est pas demandée. Un apport particulier de ces textes pourra par contre être relevé.

Garanties offertes par le droit international

3. S'agissant, tout d'abord, des garanties offertes par le droit international, l'on peut de façon très générale relever que selon les Conventions OIT n°s 87 et 98 et la pratique du Comité de la liberté syndicale, la liberté syndicale, le droit de négociation collective et le droit de grève sont essentiels au bon fonctionnement du système des relations collectives de travail. En d'autres termes, ces droits se trouvent au cœur du droit international du travail. L'on doit noter également que la CEDH (art. 53) ainsi que les Pactes I et II de l'ONU (art. 5 ch. 2) n'ont de signification autonome que dans la mesure où l'étendue des protections qu'ils offrent dépasse celle de l'ordre juridique national, en l'occurrence suisse. Dans ce sens, les garanties minimales en matière de liberté syndicale de l'art. 11 CEDH et de l'art. 22 du Pacte II n'ont pas eu, jusqu'ici, une influence significative sur le droit suisse. Par contre, les garanties, plus larges, détaillées et précises, découlant des Conventions OIT n°s 87 et 98 et de l'art. 8 du Pacte I ont influencé et influencent toujours le droit suisse.

Il est possible aussi de constater que l'influence du droit international sur le droit suisse s'exerce ainsi principalement – ce qui peut paraître paradoxal – par l'intermédiaire de dispositions internationales – conventions OIT et normes du Pacte I – qui ne sont pour l'essentiel pas directement applicables, ou dont le caractère *self executing* est généralement nié ou pour le moins contesté ou controversé dans notre pays, et qui n'ont pas nécessairement force contraignante, comme c'est le cas de la pratique du Comité de la liberté syndicale de l'OIT, qu'un avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 8 mars 2006 a qualifiée de non contraignante. A l'inverse, les sources internationales directement applicables et contraignantes – comme l'art. 22 du Pacte II et l'art. 11 CEDH – n'ont pas eu, du moins jusqu'ici, une incidence concrète très importante sur le droit suisse (mais cela pourrait changer selon l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne, devant laquelle un cas est pendant qui pourrait avoir une incidence sur la situation en Suisse ; cf. plus bas).

4. La Convention n° 87 concernant la liberté syndicale et la protection syndicale garantit l'organisation collective des travailleurs en engageant les Etats signataires à protéger le droit syndical et à prendre toutes les mesures nécessaires et appropriées en vue d'assurer aux travailleurs et employeurs le libre exercice de ce droit, que ce soit par le droit à la création d'organisations et le droit à l'adhésion à des organisations existantes (art. 2), ainsi que par le droit de déterminer leur fonctionnement, de tenir des élections libres en vue d'élire leurs représentants ou d'organiser librement leur propre gestion et de définir librement leur activité et la formulation de leur programme (art. 3 ch. 1). La Convention n° 98, quant à elle, protège également la liberté syndicale collective contre les agissements de l'employeur. Ces deux conventions, qui ont fait l'objet d'une abondante jurisprudence de la part du Comité de la liberté syndicale, ne sont toutefois le plus souvent pas considérées comme directement applicables, et doivent être concrétisées par le législateur dans le droit interne. La liberté syndicale, dans le sens du droit de former des syndicats et de s'affilier à celui de son choix, est également protégée par les articles 8 ch. 1 du Pacte I, l'art. 22 ch. 1 du Pacte II et l'art. 11 CEDH, dispositions qui, elles, sont d'application directe, mais qui ne définissent pas de manière détaillée le contenu précis, les contours et les limites de ce droit.
5. L'art. 4 de la Convention n° 98 garantit et promeut la négociation collective dans le respect de l'autonomie des parties. Le droit à la négociation collective a été concrétisé par la pratique (conclusions et recommandations) du Comité de la liberté syndicale. Là encore, la Convention n'étant pas jugée directement applicable et les recommandations du Comité n'ayant pas force contraignante, il appartient au droit interne de reprendre et concrétiser ce droit. L'art. 11 CEDH, qui n'en traite pas explicitement, protège le droit à la négociation collective par le biais de la jurisprudence de la Cour, qui le considère comme l'un des moyens par lesquels les syndicats peuvent être en mesure de protéger les intérêts de leurs membres.
6. Ni la Convention n° 87 ni la Convention n° 98 ne mentionnent explicitement le droit de grève. Néanmoins, le Comité de la liberté syndicale considère depuis longtemps qu'un droit de grève découle de la Convention n° 87. Il a reconnu ce droit, ainsi que le souligne la doctrine, « comme un aspect essentiel de la liberté d'activité des syndicats et comme un instrument légitime de protection des intérêts économiques et sociaux des travailleurs », estimant que la Convention n° 87 « exige qu'au minimum, le droit de grève soit garanti au titre de droit collectif des syndicats ». L'étendue de la garantie du droit de grève accordé par la Convention n° 87 est vaste, en raison notamment de la formulation très large de l'art. 10, qui vise la promotion et la défense des intérêts des travailleurs. La pratique du Comité admet toutefois que le droit interne puisse soumettre l'exercice du droit de grève à certaines conditions, telles que l'obligation de

recourir à des négociations ou des procédures de conciliation préalables. Bien que la CEDH ne garantisse pas explicitement le droit de grève en tant que tel, la Cour européenne l'a reconnu dans sa jurisprudence, indirectement et dans des circonstances spécifiques. Par ailleurs, il ressort de la jurisprudence du Comité de la liberté syndicale que le recours aux moyens de combat est garanti dans certaines limites. Sont exclus par exemple, les actions violentes ou les entraves à la liberté du travail par contrainte. La Cour européenne des droits de l'homme a quant à elle reconnu, dans sa jurisprudence, la possibilité d'autres mesures d'action collectives que le droit de grève.

7. Enfin, l'on peut retenir que la protection contre le licenciement antisyndical en tant que tel est garantie, mais par des dispositions qui ne sont généralement pas jugées directement applicables ou qui n'ont pas nécessairement force contraignante, comme c'est le cas de la pratique du Comité de la liberté syndicale de l'OIT. En effet, comme on l'a dit, la jurisprudence du Comité a été considérée comme non contraignante dans un avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 8 mars 2006. Toutefois, comme on l'a dit aussi, la situation pourrait changer suivant l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'art. 11 CEDH, jurisprudence qui tend – ainsi que le souligne la doctrine – à intégrer dans son examen d'autres normes internationales que la seule Convention européenne des droits de l'homme, même non ratifiées par les Etats parties à la Convention, ainsi que la pratique des organes de contrôle de ces normes. Même si la jurisprudence la plus récente de la Cour – notamment son arrêt *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. The United Kingdom*, du 8 avril 2014 – semble nuancer quelque peu ce propos, en reconnaissant aux Etats une certaine marge d'appréciation, dans la mesure en tous les cas où les ingérences ou les atteintes considérées n'affectent pas le cœur ou les éléments essentiels de la liberté d'association syndicale, il s'agira à cet égard de prêter une attention toute particulière aux exigences que la Cour développera dans l'affaire *Predescu c. Roumanie*, affaire actuellement pendante devant elle, et aux conséquences que le futur arrêt de la Cour pourrait avoir en droit suisse.

Garanties offertes par le droit constitutionnel

8. La Constitution fédérale garantit, au rang de droits fondamentaux, aussi bien la liberté syndicale (art. 28), avec les droits et éléments que celle-ci protège, que la liberté économique (art. 27), dans ses différentes composantes, notamment de la liberté contractuelle. L'analyse de ces deux libertés fondamentales, de leur contenu, de leur étendue et de leur portée, montre qu'elles peuvent parfois être antagonistes ou antinomiques, notamment en ce qui concerne les questions qui intéressent la présente étude.
9. Même si elle est garantie tant pour les travailleurs que pour les employeurs, ainsi que pour leurs organisations respectives, la liberté syndicale sert en général principalement à défendre les droits et intérêts des travailleurs (et de leurs syndicats), lesquels sont considérés comme la partie faible dans les rapports (individuels et collectifs) de travail. Au-delà des garanties prévues par la liberté syndicale, les droits et intérêts des employeurs sont, quant à eux, protégés surtout par la liberté économique (art. 27 Cst.) et, dans une certaine mesure aussi, par la garantie de la propriété (art. 26 Cst.). Du point de vue du droit constitutionnel, on peut ainsi affirmer que l'opposition ou la tension entre travailleurs et employeurs, et entre leurs organisations respectives, se reflète dans l'opposition ou la tension entre la liberté syndicale des travailleurs et des syndicats (art. 28 Cst.) et la liberté économique des employeurs (art. 27 Cst.).

10. Dans un tel cas de « conflit de droits fondamentaux », potentiellement antagonistes ou antinomiques, il s'agit d'appliquer les méthodes habituelles de résolution de ce type de conflit développées par la doctrine et la jurisprudence. Il convient ainsi de déterminer, en premier lieu, comme le dit le Tribunal fédéral, si le constituant ou le législateur n'ont pas « préalablement ou entièrement désamorcé » le conflit, « à travers une harmonisation normative des intérêts antagonistes ou par une hiérarchisation légale des valeurs dans un contexte déterminé ». En l'occurrence, la Constitution elle-même n'établit pas de hiérarchie entre les différents droits fondamentaux qu'elle garantit ; il est généralement admis en effet que les règles constitutionnelles sont coordonnées et non subordonnées entre elles. C'est dès lors au législateur (fédéral, en l'espèce) qu'il appartient de tenir compte de la liberté syndicale des travailleurs et des syndicats d'une part, et de la liberté économique des employeurs, d'autre part, et de procéder à la pesée des intérêts entre ces deux droits fondamentaux potentiellement antagonistes.

Si tel n'est pas le cas, il incombera alors, dans un second temps, à l'interprète – en principe c'est le rôle du juge – de chercher ou d'établir, toujours pour reprendre les termes du Tribunal fédéral, le « juste équilibre entre les différents principes constitutionnels et droits fondamentaux en jeu », c'est-à-dire de procéder lui-même à la pesée des intérêts, en se laissant « en règle générale guider par les principes ancrés à l'art. 36 Cst., en les adaptant le cas échéant aux besoins spécifiques qui découlent des conflits entre plusieurs libertés ou intérêts collectifs fondamentaux, et tout en faisant preuve d'une certaine retenue face à la pesée qu'aurait déjà opérée l'instance précédente ».

2. Question 2

Comment se présentent les rapports collectifs de travail en Suisse (partenariat social, modes d'action et de négociation collective) ? Quels mécanismes sont prévus dans la loi suisse et dans les conventions collectives de travail (CCT) et quels domaines couvrent-ils ? Des mécanismes ayant une importance significative sur le plan national ou régional existent-ils dans la pratique en dehors d'une base légale ou conventionnelle ? Quels sont les modes de représentation des travailleurs (représentation dans les commissions du personnel et dans d'autres instances dotées d'une représentation des travailleurs, représentation syndicale) prévus par la loi, par les CCT ou, le cas échéant, existant dans la pratique ? Quelle fonction ont ces différents modes de représentation du personnel dans les rapports collectifs de travail, quelle est leur place respective et comment s'articulent-ils les uns par rapport aux autres ? Le droit de grève et les autres moyens de combat pourront être abordés dans la mesure où ils permettent de mieux comprendre le rôle et la place donnée en Suisse à la représentation des travailleurs et aux mécanismes collectifs de dialogue, de participation et de négociation collective.

11. La notion de partenariat social représente de manière générale la discussion qui a lieu entre le monde patronal et le monde ouvrier s'agissant des conditions de travail. Elle donne une certaine liberté aux partenaires sociaux dans l'aménagement de leurs rapports collectifs et individuels et permet ainsi une autorégulation des conditions de travail par les acteurs économiques concernés. Elle permet d'éviter une réglementation étatique rigide, tout en limitant le déséquilibre économique existant dans les rapports entre l'employeur et le travailleur pris individuellement. La liberté contractuelle est sauvegardée, mais est transférée, pour les travailleurs du moins, à un niveau collectif.

La loi suisse prévoit différents mécanismes organisant le partenariat social. Il y a lieu de distinguer deux canaux principaux par lesquels les travailleurs peuvent faire valoir collectivement leurs intérêts : l'action syndicale et la participation des travailleurs.

La représentation syndicale se décline pour sa part en différentes sortes d'intervention des syndicats : les principales sont la négociation collective et l'implication des syndicats dans la surveillance du respect des normes protectrices des travailleurs.

12. La négociation collective repose essentiellement sur la conclusion de conventions collectives, que les organisations syndicales sont les seules à pouvoir conclure du côté des travailleurs.

Lorsque le syndicat remplit les conditions de représentativité et de loyauté, il peut revendiquer un certain droit à la négociation. Si l'employeur refuse d'entrer dans la négociation ou rejette les revendications syndicales, le syndicat est habilité à demander une conciliation, voire un arbitrage si celui-ci est prévu dans une convention collective de travail. En cas d'échec d'une telle procédure, il peut mettre en œuvre des moyens de combat collectif, en particulier une grève.

La loi ne définit pas la manière dont doivent se passer les négociations, chaque partenariat social peut donc avoir sa pratique. En revanche, le contenu d'une CCT est limité par la loi. La marge de négociation entre les partenaires sociaux est assez large et la loi interdit uniquement les clauses qui seraient contraires au droit. La CCT doit en particulier respecter la liberté syndicale négative des employeurs et travailleurs qui ne sont pas affiliés aux associations signataires (art. 356a CO). En outre, les clauses de la CCT ne peuvent être contraires au droit impératif (art. 358 CO).

La CCT peut régler certains aspects du partenariat social, dont par exemple la participation des travailleurs, l'accès des syndicats à l'entreprise ou la participation des travailleurs à des activités syndicales. Certaines CCT contiennent des règles sur la protection contre les congés, notamment contre les congés donnés aux représentants élus des travailleurs ou aux membres des syndicats.

13. La loi prévoit également un droit d'action ou de recours pour les syndicats s'agissant de procédures judiciaires ou administratives dans lesquelles il est utile de faire valoir les droits collectifs des travailleurs.
14. La participation des travailleurs a quant à elle pour but d'impliquer les travailleurs dans certaines décisions de l'entreprise pour lesquelles ils sont directement concernés. Les domaines visés par la loi sont notamment la protection de la santé et la prévention des accidents, l'aménagement des horaires de travail, les transferts et restructurations d'entreprise, les licenciements collectifs et la prévoyance professionnelle. Le principe veut que dans les entreprises comptant plus de 50 personnes, les travailleurs puissent exiger la mise en place d'une représentation, qui aura pour mandat de défendre leurs intérêts dans les procédures de participation. Selon les domaines, la participation est plus ou moins étendue. Il existe trois degrés de participation : l'information, la consultation et la codécision. L'information des travailleurs consiste à mettre les travailleurs au courant des décisions de l'employeur. La consultation implique que l'employeur recueille l'avis des travailleurs avant de prendre lui-même sa décision, parfois avec une obligation de motiver ses raisons de ne pas tenir compte des propositions des travailleurs. Dans les cas où un droit de codécision est octroyé aux travailleurs, ceux-ci participent à la prise de décision de l'employeur, soit en disposant d'un droit de veto, soit en ayant la faculté de faire trancher le désaccord par un tiers neutre, notamment un arbitre.

3. Question 3

Comment les garanties du droit international et constitutionnel et les mécanismes institutionnels régissant les rapports collectifs de travail s'inscrivent dans le droit du contrat individuel de travail et dans le régime général du droit des contrats ? Quel rôle joue la liberté économique de ce point de vue ? Quels sont les conflits ou contradictions et comment sont-ils résolus ?

Garanties de droit international

15. L'impact de la pratique du Comité de la liberté syndicale et de ses recommandations dans l'ordre juridique suisse est relatif, dans la mesure où les autorités fédérales – le Conseil fédéral –, ainsi que la doctrine, pour autant qu'elle se prononce, ne reconnaissent à cette pratique et à ces recommandations qu'une valeur de « simples » recommandations, adressées aux autorités nationales, mais dépourvues de force juridique contraignante. A cela s'ajoute le fait que les autorités fédérales, tant le Conseil fédéral que le Tribunal fédéral, sont plutôt réticentes à reconnaître – malgré certaines critiques en doctrine – un caractère directement applicable aux Conventions de l'OIT, que ce soit de manière générale ou pour certaines dispositions spécifiques en particulier. Il en résulte qu'il n'est aujourd'hui pratiquement pas possible pour les particuliers de saisir les juridictions suisses en se fondant sur ces conventions et d'invoquer la pratique du Comité de la liberté syndicale.
16. La Suisse a ratifié les Pactes I et II de l'ONU, mais n'a pas ratifié les protocoles facultatifs accompagnant chacun de ces Pactes et instituant des mécanismes de contrôle permettant aux particuliers d'introduire une requête individuelle concernant la violation d'un droit garanti par ces Pactes. Ainsi, la Suisse n'est soumise qu'à un contrôle par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, pour le Pacte I, et par le Comité des droits de l'homme, pour le Pacte II, qui passe par les rapports étatiques périodiques et les recommandations de ces comités. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels s'est prononcé en novembre 2010, suite au rapport périodique de 2008 présenté par la Suisse. Il a noté avec préoccupation que les syndicalistes licenciés en raison de leurs activités syndicales n'étaient pas suffisamment protégés en droit suisse. La procédure de contrôle des Pactes I et II n'a toutefois ni nature contentieuse, ni portée juridique contraignante ; son respect ne dépend que de l'engagement solennel des Etats à respecter les traités en cause. De plus, comme pour les Conventions de l'OIT, les autorités fédérales (Conseil fédéral et Tribunal fédéral) sont plutôt réticentes – avec les mêmes critiques de la doctrine et contrairement à la pratique du Comité – à reconnaître un caractère directement applicable aux dispositions du Pacte I, à l'exception peut-être de l'art. 8 ch. 1 si l'on se réfère à la position du Tribunal fédéral et de la doctrine. En revanche, le Tribunal fédéral reconnaît pleinement, et de manière générale, le caractère directement applicable des dispositions du Pacte II et des droits que celui-ci protège, avis partagé par la doctrine, ce qui permet déjà d'affirmer que la liberté d'association de l'art. 22 Pacte II, qui comprend la liberté syndicale, est directement applicable devant les juridictions suisses.
17. La Convention européenne des droits de l'homme est certainement un instrument très important dans le cadre de la présente étude, dans la mesure où ses dispositions sont directement applicables en Suisse et où, à la différence des autres instruments internationaux examinés, les droits qu'elle garantit sont doublement protégés, tant au niveau interne, par les tribunaux nationaux, qu'au niveau international, par la possibilité de saisine individuelle d'une instance juridictionnelle internationale dont la

jurisprudence a force obligatoire, la Cour européenne des droits de l'homme. Par ce biais, et compte tenu de la jurisprudence dynamique et évolutive de la Cour, notamment en ce qui concerne l'art. 11 CEDH, qui garantit la liberté syndicale en tant qu'élément de la liberté plus générale d'association, il apparaît que la Convention permet une forme d'« intégration » des diverses sources du droit international, dans la mesure où la Cour ne se limite pas à une interprétation stricte des articles de la seule Convention, mais qu'elle se réfère également à d'autres normes découlant des autres instruments internationaux ratifiés par les Etats parties au litige, sans se limiter uniquement aux conventions ratifiées par tous les Etats parties à la Convention. De ce fait, par le biais de l'effet indirect des arrêts de la Cour européenne, tous les Etats parties à la Convention pourraient se voir appliquer la jurisprudence en question, intégrant des sources internationales qu'ils n'auraient pas eux-mêmes ratifiées. Il en découle selon la doctrine une sorte de « constitutionalisation » des droits sociaux qui a pour effet de maintenir les Etats parties à la Convention à un même niveau d'exigence. Cela signifie pour la Suisse qu'elle pourrait se voir condamner pour violation de la CEDH sur la base d'une jurisprudence évolutive et basée sur des conventions, protocoles ou recommandations que le législateur national et/ou les juridictions internes n'ont pas intégré dans l'ordre juridique interne, soit parce que le Parlement n'a pas ratifié ces instruments, soit parce que la jurisprudence ne leur a pas reconnu un caractère *self executing*. Comme déjà indiqué plus haut, la jurisprudence la plus récente de la Cour – notamment son arrêt *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. The United Kingdom*, du 8 avril 2014 – incite à nuancer quelque peu ce propos, dans la mesure où elle reconnaît aux Etats une certaine marge d'appréciation, au moins lorsque les ingérences ou les atteintes considérées n'affectent pas le cœur ou les éléments essentiels de la liberté syndicale. Il conviendra cependant de prêter une attention particulière aux exigences que la Cour développera dans l'affaire *Predescu c. Roumanie*, affaire actuellement pendante devant elle, et qui pourrait avoir certaines conséquences en droit suisse.

Garanties du droit constitutionnel

18. Il appartient au législateur (fédéral, en l'occurrence) de tenir compte de la liberté syndicale des travailleurs et des syndicats d'une part, et de la liberté économique des employeurs, d'autre part, et de procéder à la pesée des intérêts entre ces deux droits fondamentaux potentiellement antagonistes. La Constitution donne au législateur fédéral le mandat, notamment par les articles 35, 110 et 122, de concrétiser et trancher cette tension de droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers par la voie de la législation ordinaire. Cette concrétisation et cette pesée des intérêts doivent bien évidemment tenir compte des droits fondamentaux en cause (art. 27 et 28 Cst.), mais également des obligations internationales qui découlent de la ratification par la Suisse des instruments internationaux examinés, notamment des Conventions n°s 87 et 98 de l'OIT, des Pactes I et II de l'ONU et de la Convention européenne des droits de l'homme, traités internationaux qui, qu'ils soient ou non directement applicables, lient aussi bien le législateur que le juge et les autres autorités d'application (art. 190 Cst.).
19. Il découle donc de l'effet horizontal indirect des droits fondamentaux concernés en l'espèce (liberté syndicale et liberté économique) qu'il appartient en priorité et principalement au législateur de trancher les conflits entre ces droits fondamentaux dans les relations entre les particuliers, en l'occurrence entre les travailleurs et les employeurs, ainsi qu'entre leurs organisations respectives. Or, la concrétisation de la pesée des intérêts entre la liberté syndicale et la liberté économique par la voie de la législation ordinaire se retrouve aujourd'hui principalement dans les dispositions pertinentes du Code des obligations. C'est précisément cette « résolution de conflit »

entre deux droits fondamentaux qui influence plus spécifiquement la portée du droit du contrat individuel de travail et qui explique le statut spécial de ce droit dans le régime général du droit des contrats. En d'autres termes, l'on pourrait affirmer que la protection accordée aux travailleurs syndiqués et aux représentants élus des travailleurs par le Code des obligations (art. 336 al. 2 let. a et b CO) constitue déjà, en soi, un compromis instauré par le législateur fédéral, fondé sur l'effet horizontal indirect à la fois de la liberté syndicale et de la liberté économique.

4. Question 4

Comment est-ce que la protection des représentants des travailleurs telle que prévue dans le droit suisse et dans les CCT permet-elle de concilier les points d'opposition entre droit du contrat individuel de travail, rapports collectifs de travail et garanties du droit international et constitutionnel ?

La protection prise en compte peut comprendre, outre la protection contre le congé, la protection contre des conséquences ou mesures négatives découlant de l'exercice de la fonction de représentant des travailleurs. La plainte de l'USS porte sur la sanction du licenciement antisyndical. Même s'il s'agit du point de départ de l'étude, les conditions auxquelles le licenciement d'un représentant des travailleurs est illicite seront également abordées. Concernant la protection contre les congés, la nullité respectivement l'annulabilité du congé et leurs conséquences possibles seront abordées, en particulier la possibilité de réintégrer le travailleur à son poste ou à un autre poste de travail. L'accent sera mis à cet égard sur la portée pratique et l'effectivité d'une telle protection. L'application de l'art. 10 L'EG sera en particulier à considérer dans ce contexte : état actuel (en particulier, fréquence à laquelle la disposition est invoquée, prononcé et mise en œuvre de la réintégration), difficultés d'application, causes établies ou possibles de telles difficultés.

20. Le droit privé suisse du travail peut être considéré, en comparaison internationale, comme un droit libéral. Il repose notamment sur le principe de la liberté contractuelle, et en particulier la liberté de résilier le contrat de travail. En droit suisse, la liberté de résilier prévaut, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier. Le droit de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est toutefois limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO).
21. En droit privé, les représentants des travailleurs (au sens large) sont généralement soumis aux mêmes règles légales et bénéficient des mêmes protections que l'ensemble des travailleurs. Le législateur a toutefois traité de manière spécifique les représentants des travailleurs dans deux cas que l'on trouve à l'article 12 LParticipation et à l'article 336 CO et qui visent à assurer une certaine protection contre les licenciements jugés abusifs. Le droit suisse privilégie cependant la liberté de licencier dans le sens qu'un congé abusif est considéré comme valable et ne donne lieu qu'à une condamnation pécuniaire de l'employeur.
22. L'article 12 LParticipation entend protéger les représentants des travailleurs, pendant ou après leur mandat, en raison de leur activité, étant entendu que cette protection est étendue aux personnes se portant candidates à l'élection dans une représentation des travailleurs. En pratique, seul le congé abusif de ces personnes est sanctionné, selon les modalités prévues dans le Code des obligations à l'article 336a CO.

23. L'article 336 alinéa 2 CO prévoit deux cas de figure qui visent à protéger les représentants des travailleurs au sens large. Il sanctionne en effet les congés notifiés à un travailleur en raison de son appartenance ou de sa non-appartenance à une organisation syndicale ou en raison de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale (lettre a), ainsi qu'à un travailleur, représentant élu des travailleurs (lettre b). Dans ce dernier cas, la protection est plus étendue, car l'abus est présumé. Il revient ainsi à l'employeur de prouver qu'il avait un motif justifié de résiliation. Ces protections sont toutefois limitées. S'agissant de l'activité syndicale, elle n'est protégée que si son exercice est conforme au droit, ce qui n'est pas sans poser des problèmes de sécurité juridique puisque les limites d'une activité conforme au droit sont encore mal définies. Par ailleurs, la présomption d'abus qui bénéficie aux représentants élus peut être facilement renversée par l'employeur, qui est habilité, à teneur de la jurisprudence, à invoquer des motifs purement économiques. Enfin, la sanction d'un congé abusif est limitée à la condamnation de l'employeur à payer une indemnité dont le montant ne peut excéder six mois du salaire du travailleur licencié. Il faut encore noter que si les représentants des travailleurs peuvent se prévaloir des dispositions spécifiques (art. 336 al. 2 let. a et let b CO), la procédure à suivre (art. 336b CO) et la sanction (art. 336a CO) sont exactement les mêmes que pour tous les autres cas de congés abusifs dont peuvent se prévaloir l'ensemble des travailleurs.
24. En pratique, les conventions collectives de travail contiennent souvent des règles sur la protection contre les congés qui dérogent au régime légal, soit pour l'ensemble des travailleurs soumis à leur champ d'application, soit uniquement pour les représentants du personnel ou pour les représentants syndicaux. Le régime juridique et la licéité de telles solutions conventionnelles semble toutefois problématique au vu du caractère absolument impératif (cf. art. 361 CO) de certaines règles relatives à la protection contre le licenciement abusif (art. 336 al. 1 et 336a CO).
25. D'un point de vue théorique, la possibilité de sanctionner un congé abusif par la constatation de sa nullité et la condamnation de l'employeur d'accepter la réintégration de l'employé constitueraient à l'évidence une meilleure protection des représentants des travailleurs. Il nous semble cependant que la réintégration est un mécanisme qui s'intègre ou s'intégrerait assez difficilement aux principes qui régissent le droit privé suisse du travail. D'ailleurs, l'art. 10 LÉg, bien qu'entré en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1996, n'a pratiquement jamais donné lieu à une réintégration effective. Rien n'empêche toutefois le législateur de prévoir une telle protection pour les représentants des travailleurs.

5. Question 5

Comment peut-on évaluer la protection des représentants du personnel sur la base des résultats du chiffre 4 ? Quels équilibres ont été trouvés et comment peut-on les caractériser ? Conformément au but de l'étude décrit ci-dessus et comme mentionné au niveau de la question principale, un regard critique sur l'état actuel du droit suisse est demandé, afin d'avoir une base de discussion qui serve à trouver une solution acceptable par les partenaires sociaux. Un constat de lacunes, une évaluation d'un éventuel besoin de légiférer ou des propositions de modifications législatives ne sont pas requises.

26. Il résulte de ce qui précède que le droit suisse accorde une protection *ad minima* contre le congé (abusif) à l'ensemble des employés et aux représentants des travailleurs en particulier. Cette conclusion paraît évidente lorsque l'on compare le droit suisse aux droits de différents pays européens. L'étude parallèle réalisée par l'Institut suisse de droit comparé sur sept pays européens (Allemagne, Autriche, France, Italie,

Royaume-Uni, Slovaquie et Suède) contient de précieuses indications à ce sujet (cf. avis de droit de l'ISDC du 31 octobre 2014).

27. Le degré de protection des représentants des travailleurs varie évidemment en fonction des pays considérés. Il ne s'agit pas ici de reprendre les développements contenus dans l'avis de droit de l'ISDC mais plutôt de mentionner quelques principes-clés généralement adoptés par les pays susmentionnés pour protéger les représentants des travailleurs contre les licenciements. Tout, d'abord, presque tous les pays connaissent le principe de l'autorisation préalable du licenciement qui doit impérativement être accordée par une autorité étatique ou non (tribunal, inspecteur du travail, représentation des travailleurs) pour que le licenciement entre en force. S'agissant du licenciement lui-même, il doit, dans la plupart des pays, être fondé sur un motif spécifique (faute grave, par exemple), sous peine de nullité. En effet, la sanction d'un congé abusif consiste dans la plupart des pays dans la nullité ou l'annulabilité du congé avec possibilité de réintégration. Le travailleur peut toutefois opter en lieu et place de la réintégration pour une ou plusieurs indemnité(s) suivant les cas, dont le maximum peut s'élever suivant les pays à neuf, douze ou dix-huit mois de salaire. De plus, certains pays prévoient des sanctions pénales contre l'employeur qui n'a pas respecté les règles impératives du droit du travail.
28. Dans l'ordre juridique de notre pays, certaines des solutions existant dans les droits des Etats susmentionnés ont été concrétisées dans quelques secteurs ou branches par le biais des conventions collectives de travail (par exemple, obligation d'annonce préalable au licenciement). En revanche, aucune règle similaire n'existe dans la législation helvétique. Le législateur suisse a opté pour un régime libéral, qui peut aussi comporter certains avantages dans la régulation du marché du travail, et qu'il ne nous appartient pas de commenter ici. Le problème semble plutôt résider dans le fait que le régime de protection existant en droit suisse paraît ne pas être conforme aux engagements internationaux de notre pays (notamment, Convention de l'OIT n° 98). Comme nous l'avons vu, le Comité de la liberté syndicale, organe de l'OIT, a adressé des recommandations au Gouvernement suisse le priant notamment de prévoir la possibilité de réintégrer les représentants syndicaux victimes d'un licenciement antisyndical, à l'instar de la solution prévue dans la LEd. De même, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a aussi recommandé à la Suisse de modifier ses textes législatifs pour permettre la réintégration des syndicalistes licenciés arbitrairement. Enfin, la jurisprudence dynamique et évolutive de la Cour européenne des droits de l'homme, qui intègre les différentes sources du droit international, notamment dans le cadre de l'interprétation de l'art. 11 CEDH, lequel garantit la liberté syndicale en tant qu'élément de la liberté plus générale d'association, risque d'aboutir à moyen terme à une condamnation de la Suisse. Même si les divers instruments internationaux ne présentent pas toujours, si l'on excepte la CEDH, une grande effectivité ou force contraignante, ou du moins que leur justiciabilité dans l'ordre juridique suisse est sujette à controverse, il est probable qu'une forte pression sera exercée sur la Suisse de manière plus ou moins directe ces prochaines années afin qu'elle adapte son droit en matière de protection des représentants des travailleurs. C'est dans ce sens que nous terminerons notre étude par quelques pistes de réflexion pour la discussion.

C. Quelques pistes de réflexion

29. Des instances internationales qui considèrent que la Suisse ne respecte pas ses engagements internationaux en matière de protection des délégués syndicaux invitent

notre pays à intégrer dans son ordre juridique la possibilité d'annuler les licenciements antisyndicaux et d'ordonner la réintégration des travailleurs licenciés de manière illicite. Il s'agit d'une option à prendre en considération. Il est possible cependant – compte tenu de l'absence de consensus politique sur ce point – d'explorer d'autres pistes qui permettraient au droit suisse d'offrir une protection susceptible d'être considérée comme équivalente, tout en étant conforme aux grands principes sur lesquels se fonde le droit privé suisse du travail, et notamment le principe de la liberté de résilier. Nous évoquerons brièvement trois pistes qui rejoignent en grande partie les propositions qui étaient celles du Conseil fédéral dans son avant-projet de révision partielle du Code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié), mis en consultation le 1^{er} octobre 2010¹ : l'uniformisation de la protection, le renforcement de la protection contre les licenciements et l'élargissement des pouvoirs des partenaires sociaux. Vu le contexte politique et la nature des débats intervenus ces dernières années au sein de la Commission tripartite pour les affaires de l'OIT, nous renonçons sciemment à suggérer des solutions plus novatrices qui ont été consacrées dans d'autres ordres juridiques (cf. étude de l'ISDC).

1. Uniformisation de la protection

Nous avons vu que dans la pratique, la notion de représentants des travailleurs était multiforme. Le Code des obligations distingue pourtant les représentants syndicaux (art. 336 al. 2 let. a CO) et les représentants élus des travailleurs (art. 336 al. 2 let. b CO).

La protection n'est cependant pas la même puisque seuls les représentants élus bénéficient de l'inversion du fardeau de la preuve. A défaut de justification fondée, il convient d'assimiler les deux catégories et de leur conférer les mêmes protections. Le renversement du fardeau de la preuve pourrait donc être étendu aux représentants syndicaux par une modification de l'article 336 al. 2 let. a CO.

2. Renforcement de la protection contre les licenciements

Dans tous les Etats étudiés par l'ISDC, la protection contre le licenciement en général et contre le licenciement des représentants des travailleurs en particulier est bien plus étendue qu'en droit suisse. Seuls des motifs spécifiques ou qualifiés peuvent être invoqués à l'appui du licenciement. Il existe par ailleurs souvent une procédure préalable de licenciement, la possibilité d'annuler le congé et de réintégrer le travailleur licencié ou encore de condamner l'employeur à payer une indemnité dont le montant est dans la plupart des cas égal ou supérieur à douze mois de salaire du travailleur.

En droit suisse, à teneur de l'article 336 al. 2 let. b CO, l'employeur est tenu de fonder le licenciement d'un représentant élu des travailleurs par un motif justifié. Le Tribunal fédéral a jugé que des motifs économiques peuvent être invoqués par l'employeur au titre de motif justifié pour licencier un représentant élu. Il en résulte un affaiblissement sensible de la protection légale. Dans l'un de ses projets, le Conseil fédéral avait prévu que seuls des motifs inhérents à la personne puissent être valablement invoqués pour licencier un représentant élu. Une telle solution, qui pourrait être consacrée pour tous les représentants des travailleurs au sens large, c'est-à-dire les représentants syndicaux et les représentants élus du personnel, serait de nature à améliorer la protection légale spécifique résultant de la présomption que le congé est abusif.

¹

Conseil fédéral, Révision partielle du code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié) – Rapport explicatif relatif à l'avant-projet, septembre 2010, disponible sur le site : <http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/whistleblowing.html> (consulté le 15.12.2014).

L'un des reproches formulés à l'encontre du droit suisse consiste à affirmer que l'indemnité maximale de six mois de salaire en cas de congé abusif (cf. art. 336a CO) n'est pas suffisamment dissuasive. Dans son avant-projet de révision partielle du CO de 2010 (sanction en cas de congé abusif ou injustifié), le Conseil fédéral a proposé d'augmenter l'indemnité maximale à douze mois de salaire pour tous les travailleurs. Un tel montant maximal, fixé par le juge selon son appréciation de l'ensemble des circonstances, permettrait certainement d'augmenter la fonction dissuasive de l'indemnité et par voie de conséquence d'améliorer la protection contre le licenciement. Le droit suisse serait alors susceptible d'être considéré comme conforme au droit international liant notre pays puisqu'il proposerait une alternative crédible, sous la forme d'une indemnisation adéquate, à la réintégration du travailleur licencié de manière abusive. Il nous paraît ainsi que cette question pourrait être à nouveau étudiée soit pour le régime commun applicable à l'ensemble des travailleurs, soit uniquement pour les représentants des travailleurs (représentants syndicaux et représentants élus). Il est aussi envisageable de prévoir un régime ou des solutions ponctuelles qui ne seraient pas applicable(s) qu'à certaines catégories d'entreprises, par exemple celles qui emploient un nombre important de travailleurs ou qui atteignent un certain chiffre d'affaire annuel.

3. Elargissement des pouvoirs des partenaires sociaux

Le partenariat social et le droit collectif, en particulier le droit de négociation collective, constituent des fondements essentiels du droit suisse et du droit international du travail. A l'heure actuelle, le droit suisse encadre et limite toutefois fortement le droit de négociation en interdisant de déroger de manière conventionnelle, que ce soit en faveur de l'employeur ou en faveur du travailleur, aux dispositions considérées comme absolument impératives (cf. art. 358 et 361 CO). Certes, la pratique a pris quelque liberté, mais il existe aujourd'hui une grande insécurité juridique sur la question de savoir quelle est la marge d'autonomie des partenaires sociaux pour modifier le régime légal lorsqu'il s'agit de dispositions absolument impératives (cf. art. 361 CO). Il nous semble qu'il faudrait pallier ces incertitudes et examiner la possibilité de renforcer le partenariat social. Une des solutions, s'agissant de la protection contre le licenciement, consisterait à renoncer au caractère absolument impératif des articles 336 alinéa 1 et 336a CO.

Neuchâtel, le 14 août 2015

Jean-Philippe Dunand

Pascal Mahon