

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

Jean-Philippe Dunand, professeur
Pascal Mahon, professeur
Fanny Matthey, docteure en droit
Alfio Russo, avocat, assistant-doctorant

**STUDIE ZUM SCHUTZ
BEI RECHTMÄSSIGEM STREIK**

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

vom 11. April 2016

Antworten und allgemeine Zusammenfassung (Teil IV der Studie)

Antworten und allgemeine Zusammenfassung

A. Einleitung

1. Gemäss dem uns erteilten Auftrag sind wir in dieser Studie der folgenden Hauptfrage nachgegangen: «Welchen Schutz gewährt das Schweizer Recht Arbeitnehmenden, die einen rechtmässigen Streik durchführen?». Ferner ging es darum, ob dieser Schutz «die effektive Ausübung des Streikrechts gewährleistet, wenn man berücksichtigt, dass dieses einen verfassungsmässigen Stellenwert besitzt und an die Koalitionsfreiheit anknüpft und somit unter dem Gesichtspunkt der kollektiven Arbeitsbeziehungen betrachtet werden kann».
2. In dieser Zusammenfassung werden zunächst die sich aus der uns gestellten Hauptfrage ergebenden fünf Unterfragen kurz beantwortet (Buchstabe B). In einem zweiten Schritt werden verschiedene Lösungsansätze und mögliche Verbesserungen präsentiert (Buchstabe C).

B. Antworten auf die fünf Unterfragen

1. Frage 1

a. Beschreibung des Streikrechts nach Massgabe der Garantie von Artikel 28 BV: Begriff des Streiks, Rechtsträger, Voraussetzungen und Rechtsfolgen.,

In diesem Zusammenhang sind zwei Punkte von besonderem Interesse, die nachfolgend im Gesamtzusammenhang der Studie, aber ohne ausführliche Abhandlung behandelt werden. Es geht einerseits um Dritte, die sich als Betriebsfremde am Streik beteiligen, ohne Forderungen geltend machen zu können und andererseits, um die allfällige Pflicht zur Information der Arbeitnehmenden über die gesetzlichen oder vertraglichen Voraussetzungen des Streikrechts.

b. Garantien, wie sie sich im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) aus der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) ergeben.

c. Elemente der Auslegung der Übereinkommen C 87 und C 98 im Zusammenhang mit dem Streikrecht.

Beschreibung des Streikrechts nach Massgabe der Garantie von Artikel 28 BV (Begriff des Streiks, Rechtsträger, Voraussetzungen und Rechtsfolgen)

3. In der Praxis werden verschiedene Arten des Streiks unterschieden (der «klassische» Streik, bei dem «einfach» die Arbeit niedergelegt wird, der Bummelstreik, der Flackerstreik, der rotierende Streik, der Bleistiftstreik, der Abrechnungsstreik, der Papierstreik, der Solidaritätsstreik, der wilde Streik, der politische Streik usw.). Auch wenn alle diese Streikformen in «einer gemeinsamen, abgesprochenen Arbeitsniederlegung durch die Arbeitnehmenden» bestehen, sind sie nicht alle rechtlich gleichermaßen geschützt. In der Schweiz ist nur der rechtmässige Streik geschützt.

Streik und Aussperrung können folgendermassen definiert werden. Dem Streik liegt eine gemeinsame, abgesprochene Verweigerung der Arbeitsleistung durch die

Arbeitnehmenden zugrunde, welche meistens zum Ziel hat, Druck auf den Arbeitgeber auszuüben, um eine Vereinbarung über die Arbeitsbedingungen zu erzwingen. Die meist kollektive Aussperrung, auch Lockout genannt, ist demgegenüber ein Druckmittel des Arbeitgebers, welches als Reaktion auf den Streik darauf abzielt, die Streikenden zur Aufgabe ihrer Streikposition zu veranlassen.

Das Bundesgericht seinerseits definiert den Streik als «kollektive Verweigerung der geschuldeten Arbeitsleistung zum Zwecke der Durchsetzung von Forderungen nach bestimmten Arbeitsbedingungen gegenüber einem oder mehreren Arbeitgebern».¹

4. Damit ein Streik bzw. Lockout rechtmässig ist und damit unter den Schutz der Koalitionsfreiheit nach Artikel 28 Absätze 2 und 3 BV fällt, müssen folgende drei Voraussetzungen erfüllt sein:

- Der Streik oder Lockout muss das Arbeitsverhältnis (im weiten Sinn) betreffen: Mit anderen Worten und gemäss einigen Autoren müssen mit dem Streik als Kampfmittel Ziele verfolgt werden, die in einem Gesamtarbeitsvertrag (GAV) geregelt werden können;
- Die bestehende Verpflichtung zur Wahrung des Arbeitsfriedens muss eingehalten werden;
- Streik oder Lockout dürfen nur dann eingesetzt werden, wenn alle Mittel der Verhandlung und der Vermittlung erschöpft sind (Idee des Streiks als «*ultima ratio*», vgl. Art. 28 Abs. 2 BV oder gemäss einigen Autoren als „Prinzip der Verhältnismässigkeit“).

Nach einem Teil der Lehre, die auch vom Bundesgericht übernommen wurde, besteht eine vierte Voraussetzung darin, dass der Streik von einer Arbeitnehmervereinigung organisiert oder unterstützt wird.

5. Die Frage der *Trägerschaft* des Streikrechts, die eng mit der oben erwähnten vierten Voraussetzung verknüpft ist, gibt am häufigsten Anlass zu Diskussionen. Dabei geht es weniger um die Frage, wer sich an einem Streik *beteiligen* kann, die Probleme bereitet (es ist unbestritten, dass die einzelne Arbeitnehmerin bzw. der einzelne Arbeitnehmer und selbst nicht gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmende das Recht auf Teilnahme an einem rechtmässigen Streik haben); vielmehr stellt sich die Frage, wer ermächtigt ist, einen Streik *auszurufen*.

In der Lehre besteht weder betreffend die Notwendigkeit noch die Verhältnismässigkeit oder die Bedeutung dieser vierten Voraussetzung für die Zulässigkeit eines rechtmässigen Streiks Einigkeit. Gemäss einigen Autoren bedeutet diese Voraussetzung, dass lediglich eine Gewerkschaft oder zumindest eine den Kriterien des Vereins i.S.v. Art. 60 ff. des Zivilgesetzbuches (ZGB) oder einer anderen juristischen Person entsprechenden Organisation der Arbeitnehmenden ermächtigt ist, zum Streik bzw. zu dessen Unterstützung aufzurufen. Andere Autoren befürworten demgegenüber eine weniger formalistische Konzeption, wonach es vor allem wichtig sei, dass die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Konfliktfall über eine minimale Organisation verfügen, die betroffene Arbeitnehmende bei Verhandlungen mit dem Arbeitgeber als Ansprechpartner vertreten könne.

Der Ansatz, wonach lediglich den Gewerkschaften das Recht zum Streikauf Ruf zusteht, erscheint aus mehreren Gründen fraglich. Zunächst ist darauf hingewiesen, dass die Bundesversammlung (namentlich und explizit der Nationalrat) nach entsprechender

¹ BGE 125 III 277, E. 3a. Vgl. auch BGE 134 IV 216, E. 5.1; BGE 132 III 122, E. 4.3.

Diskussion offenbar absichtlich darauf verzichtete, eine solche Voraussetzung in Artikel 28 BV aufzunehmen.

Zudem handelt es sich zwar beim Streikrecht wie bei zahlreichen anderen Grundrechten (etwa der Vereinigungsfreiheit oder der Versammlungsfreiheit) um ein Recht, das nur gemeinsam ausgeübt werden muss und auch nur gemeinsam ausgeübt werden kann, was aber nichts daran ändert, dass jede beschäftigte Person individuell Trägerin des Streikrechts ist oder sein könnte.

Im Hinblick auf den Zweck dieses Erfordernisses ist es unseres Erachtens zentral, dass Akteure vorhanden sind, welche die Arbeitnehmenden im Streikfall und deren Forderungen in den Verhandlungen mit der Gegenpartei vertreten können, sei es als Gesprächspartner oder Wortführer. Der Kern dieser vierten Voraussetzung besteht unseres Erachtens somit darin, dass die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer *organisiert* sind. Es ist dabei unerheblich, dass der Streik von einer Gewerkschaft getragen wird.

Dabei ist ein weiterer Punkt zu beachten: Würde das Erfordernis, dass ein Streik von einer Gewerkschaft ausgerufen werden muss, absolut und strikt gehandhabt, würde den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern gewisser, nicht gewerkschaftlich organisierter Branchen faktisch das Streikrecht entzogen.

Es stellt sich somit die Frage, ob das Recht zum Streikaufruf nicht zumindest in den Branchen ohne Gewerkschaftsvertretung den gewählten Arbeitnehmervertreterinnen und -vertretern im Sinne des Mitwirkungsgesetzes zugestanden werden sollte. Für Kleinstbetriebe (weniger als 50 Beschäftigte, siehe Art. 3 des Mitwirkungsgesetzes), die über keine gewählte Arbeitnehmervertretung verfügen, wäre es sogar denkbar, dass die Arbeitnehmenden zur Bestellung einer *ad hoc* Vertretung zusammenentreten könnten.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht weniger wichtig ist sodann folgender Punkt: Würde das Recht zum Streikaufruf ausschliesslich den Gewerkschaften, mithin den gewerkschaftlich organisierten Personen zugestanden, würde die *negative Koalitionsfreiheit*, also das Recht, sich keiner Gewerkschaft anzuschliessen, erheblich beeinträchtigt. Denn die betroffenen Arbeitnehmenden wären praktisch gezwungen, sich entweder für den Beitritt zu einer Gewerkschaft oder für den Verzicht auf ihr «Recht» auf Streik zu entscheiden. Diesbezüglich erinnert auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) daran, dass Artikel 11 Absatz 1 EMRK auch die *negative Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit* garantiert, mit dem Ziel, die Arbeitnehmenden vor einem erzwungenen Gewerkschaftsbeitritt zu schützen. Die Praxis des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I) geht in die gleiche Richtung. Auch Artikel 22 Absatz 1 des UNO-Pakts II über bürgerliche und politische Rechte gewährleistet die *negative Koalitionsfreiheit*.

6. Bezuglich der *Rechtsfolgen* der Teilnahme von Arbeitnehmenden an einem Streik ist zu unterscheiden, ob es sich um einen *rechtmässigen* Streik handelt oder nicht.

Die Teilnahme an einem *unrechtmässigen Streik* stellt eine Verletzung des Arbeitsvertrags und insbesondere einen Verstoss gegen die Treuepflicht (Art. 321a OR) dar. Sie wird als Verzug der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers durch die anhaltende ungerechtfertigte Verweigerung der Arbeitsleistung betrachtet. Die Arbeitgeberin bzw. der Arbeitgeber ist während der Dauer der Abwesenheit infolge eines unrechtmässigen Streiks von der Lohnzahlungspflicht befreit.

Arbeitnehmende, die ihre Arbeitsleistung nicht anbieten, verstossen gegen den Arbeitsvertrag, was der Arbeitgeberin bzw. dem Arbeitgeber das Recht gibt, das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfristen (Art. 335a ff. OR)

aufzulösen. Die ordentliche Kündigung infolge eines unrechtmässigen Streiks ist nicht missbräuchlich. Der Arbeitgeber kann den Beschäftigten aufgrund ihrer Teilnahme an einem unrechtmässigen Streik auch fristlos kündigen, sofern die folgenden Voraussetzungen gemäss Artikel 337 OR erfüllt sind: Vorliegen eines wichtigen Grundes, umgehende Reaktion und Verwarnung je nach der Schwere des Verstosses. Als wichtiger Grund i.S.v. Artikel 337 Absatz 2 OR gilt «namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf». Im Streitfall entscheidet das Gericht unter Würdigung der gesamten Umstände «frei» über das Vorhandensein wichtiger Gründe (siehe Art. 337 Abs. 3 OR). Es berücksichtigt dabei insbesondere die Rolle des Arbeitnehmenden beim Streikaufruf und bei der Durchführung des Streiks.

Da die Abgrenzung zwischen einem rechtmässigen und einem unrechtmässigen Streik im Einzelfall selbst für einen erfahrenen Juristen schwierig ist, wird in der Lehre zu Recht die Meinung vertreten, dass bei der Würdigung allfälliger wichtiger Gründe zu berücksichtigen ist, ob der Arbeitnehmende die Möglichkeit hatte, die Unrechtmässigkeit des Streiks zu erkennen oder nicht.

Zudem kann die Vertragsverletzung durch Arbeitnehmende dazu führen, dass diese dem Arbeitgeber für den zugefügten Schaden haften (nach Massgabe von Art. 321e OR), jedenfalls, wenn sie die Unrechtmässigkeit des Streiks kennen mussten. Hat eine Gewerkschaft den Streik unterstützt, kann sie aufgrund von Artikel 41 ff. OR aus deliktischer Haftung ebenfalls schadenersatzpflichtig werden. Schreibt ein GAV die Friedenspflicht vor, so kann sie ferner auch aufgrund von Artikel 97 ff. OR haftbar werden. Für solche Situationen enthalten die GAV häufig Vertragsstrafen.

7. Wenn der *Streik rechtmässig* ist, gilt das Arbeitsverhältnis für die Streikdauer als teilweise suspendiert (Suspensionstheorie oder Einheitstheorie). Diese Suspendierung gilt dabei für die effektive Dauer des Streiks unabhängig davon, ob dieser länger oder kürzer ist als angekündigt.

In einem solchen Fall ruhen die arbeitsvertraglichen Hauptpflichten der Parteien (Art. 82 OR), während dem die Nebenpflichten weiterhin bestehen. Dementsprechend sind einerseits die streikenden Arbeitnehmenden nicht verpflichtet, ihre Arbeitsleistung zu erbringen, und die Arbeitgeber andererseits sind nicht zur Lohnzahlung verpflichtet. In der Praxis werden die Arbeitnehmenden, die einer Gewerkschaft beigetreten sind, für ihren Lohnausfall vielfach (zu einem Teil) durch diese entschädigt. Arbeitnehmende, die nicht gewerkschaftlich organisiert sind, haben grundsätzlich keinen Anspruch auf Entschädigung. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass sie sich im Zeitpunkt des Streiks noch einer Gewerkschaft anschliessen.

Auch wenn die Hauptpflicht der Arbeitnehmenden – die Erbringung der Arbeitsleistung – während der Dauer des Streiks ruht, gilt dies nicht für die Nebenpflichten, insbesondere nicht für die Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 321a OR). So sind die Arbeitnehmenden beispielsweise nicht befugt, während der Dauer des Streiks eine Erwerbstätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber auszuüben.

Umgekehrt versteht sich von selbst, dass die Arbeitnehmenden keine Haftung trifft (Art. 321e OR) und dass sie für den wirtschaftlichen Schaden, der den Arbeitgebern aus einem rechtmässigen Streik erwächst nicht aufkommen müssen (entgangener Gewinn des Arbeitgebers infolge Arbeitsniederlegung durch die Arbeitnehmenden). Dieser Schaden ist eben gerade der Zweck des Streiks und soll den Arbeitgeber dazu bewegen, die Forderungen der Arbeitnehmenden als weniger belastend als den Streik zu betrachten.

Der rechtmässige Streik beendet das Arbeitsverhältnis nicht; die berufliche Wiedereinstellung der Streikenden ist gewährleistet. Wenn ein Arbeitgeber wegen eines zulässigen Streiks zur Massnahme der ordentlichen Kündigung greift, wird diese nach Art. 336 OR als missbräuchlich betrachtet. Und umso mehr gilt eine fristlose Kündigung von Arbeitnehmenden wegen Teilnahme an einem rechtmässigen Streik *a fortiori* als ungerechtfertigt (Art. 337c OR). Auf diese beiden letzten Punkte wird bei der Beantwortung von Frage 3 genauer eingegangen.

Situation von Dritten, die sich als Betriebsfremde am Streik beteiligen, ohne Forderungen geltend machen können

8. In Bezug auf die Frage des Zutritts zum Unternehmen im Fall eines Streiks sind zwei Konstellationen zu unterscheiden: diejenige der Gewerkschaften und deren Vertreterinnen und Vertreter sowie diejenige der Arbeitnehmenden, die aufgrund ihrer Teilnahme an einem Streik mutmasslich entlassen wurden. Allgemein wird im Völkerrecht und nach einem Teil der Lehre ein solches Zutrittsrecht direkt aus der Koalitionsfreiheit abgeleitet, weil ein solches für die effektive Wahrnehmung der Koalitionsfreiheit «wesentlich» sei. Demgegenüber qualifizieren das Bundesgericht und ein anderer Teil der Lehre das Zutrittsrecht nicht als «unentbehrlichen Bestandteil» der Koalitionsfreiheit. Diese zwei Sichtweisen stehen sich diametral gegenüber.

Es versteht sich, dass ein Zutrittsrecht Ausfluss der Koalitionsfreiheit ist und auch sein muss, wenn die Aushöhlung des Streikrechts vermieden werden soll. Jede andere Auslegung würde nämlich bedeuten, dass es bei Ausbleiben einer späteren Wiedereinstellung «genügt», die Streikenden allenfalls sogar zu entlassen und, sei es unrechtmässig oder missbräuchlich, um sie vom Betrieb fernzuhalten und ihnen somit jegliche Zutrittsrechte zu entziehen, mithin das Recht auf Streik illusorisch zu machen. Nichtsdestotrotz steht dem betrieblichen Zutrittsrecht der Arbeitnehmenden ein Grundrecht auf Arbeitgeberseite entgegen: die Eigentumsgarantie (oder die Wirtschaftsfreiheit).

Es besteht hier somit eine Grundrechtskollision, die mittels der vom Bundesgericht in konstanter und erst jüngst wieder in Erinnerung gerufenen Rechtsprechung entwickelten Methode aufzulösen ist: «Ist eine Grundrechtskollision aufzulösen (sofern sie nicht vorgängig oder vollständig durch den Gesetzgeber mittels einer normativen Harmonisierung [...] geregelt worden ist), obliegt es dem Gericht zu überprüfen, ob eine strittige Entscheidung einen gerechten Ausgleich zwischen den verschiedenen Verfassungsgrundsätzen schafft [...], wobei festzuhalten ist, dass die Bundesverfassung ihrerseits keinerlei Hierarchie zwischen den Grundrechten vorsieht. Um einen Ausgleich zu schaffen, [...] wird sich das Gericht in der Regel durch die in Art. 36 BV enthaltenen Grundsätze leiten lassen, indem es diese allenfalls den spezifischen Bedürfnissen [...] anpasst»².

Die Frage nach dem Zutrittsrecht kann somit nicht allgemein und abstrakt beantwortet werden. Die Frage muss vielmehr aufgrund der Würdigung der konkreten Umstände im Einzelfall gelöst werden (Welcher Betriebsteil ist durch das Zutrittsrecht betroffen? Zu welchem Zweck wird dieses Recht beansprucht? usw.). Geht man davon aus, dass der Gesetzgeber den vorliegenden Konflikt nicht selbst «vorgängig oder umfassend geregelt» hat, ist es allenfalls denkbar, dass die Sozialpartner die Möglichkeit erhalten, diesen Konflikt entweder im Wege eines GAV oder eventuell im Rahmen von Verhandlungen bei Ausbruch eines Streiks beizulegen.

² BGE 140 I 201, E. 6.7 = Pra 6 (2015) Nr. 53.

Pflicht zur Information der Arbeitnehmenden über die gesetzlichen oder vertraglichen Voraussetzungen des Streikrechts

9. Obwohl das Gesetz an verschiedenen Stellen, so vorab im Obligationenrecht und im Mitwirkungsgesetz, spezifische Informationspflichten des Arbeitgebers ausdrücklich vorschreibt, ist der Arbeitgeber unseres Erachtens von Gesetzes wegen nicht zur Information der Arbeitnehmenden über das Streikrecht und die Voraussetzungen zu dessen rechtmässiger Ausübung verpflichtet.

Umgekehrt scheint es nicht ausgeschlossen, dass ein GAV oder ein Betriebsreglement eine solche Pflicht enthält, auch wenn dies in der Praxis unwahrscheinlich ist.

Die Information der Arbeitnehmenden – wie auch der Arbeitgeber – über die Voraussetzungen des Streikrechts und dessen Ausübung dürfte wahrscheinlich zu einer Verbesserung des Dialogs zwischen den Sozialpartnern führen, solange diese Auskünfte sachgerecht und wertneutral sind. Da jedoch die Voraussetzungen für die Rechtmässigkeit eines Streiks nicht klar festgelegt sind, sondern in der Lehre – wie übrigens auch unter den Sozialpartnern – unterschiedlich interpretiert werden, ist die Gefahr von Fehlinformationen nicht auszuschliessen. Unter diesen Umständen ist zu erwägen, ob die Pflicht zur Information – die sich sowohl an die Arbeitgeber als auch an die Arbeitnehmenden richtet – nicht als gemeinschaftliche Aufgabe der Sozialpartner, bzw. unter Einbezug staatlicher Stellen sogar als tripartite Aufgabe zu verstehen ist.

Garantien, wie sie sich im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) aus der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) ergeben

10. Konventionsrechtlich ist die Regelung von Artikel 11 EMRK zur Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit einschlägig. Dieser Bestimmung kommt insoweit besondere Bedeutung zu, als sie in der Schweiz direkt anwendbar ist und die von ihr gewährleisteten Rechte somit durch ihre Regelung sowohl auf nationaler als auch internationaler Ebene doppelt geschützt werden.
11. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat zunächst anerkannt, dass das Streikrecht eines der wirksamsten Handlungsinstrumente der Gewerkschaften ist, gleichzeitig hat er aber auch die Möglichkeit anderer Massnahmen festgehalten. In der Folge hat er unter Berücksichtigung der besonderen Umstände in der Sache *Enerji Yapi-Yol Sen vs. Türkei* das Recht auf Streik in einem gewissen Umfang bzw. indirekt anerkannt. Sodann entschied der Gerichtshof im Jahr 2014, dass das Recht auf Streik im Rahmen von Artikel 11 EMRK geschützt ist und er hat dies im Jahr 2015 nochmals bestätigt. Nunmehr ist das Streikrecht somit unter Artikel 11 EMRK anerkannt und geschützt.
12. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs steht es den Staaten grundsätzlich frei, welche Massnahmen sie zum Schutz der Koalitionsfreiheit nach Artikel 11 ergreifen. Mit anderen Worten haben die Mitgliedsstaaten somit bei der Regelung der Ausführungsmodalitäten der Koalitionsfreiheit, darunter namentlich das Recht zu kollektiven Massnahmen, einen Ermessensspielraum. Die Mitgliedsstaaten haben jedoch die Pflicht, die gemäss der Rechtsprechung des Gerichtshofs als wesentlich erachteten Elemente mitzuberücksichtigen.

Elemente der Auslegung der Übereinkommen C 87 und C 98 im Zusammenhang mit dem Streikrecht.

13. Im Rahmen der IAV wird das Streikrecht weder im Übereinkommen Nr. 87 noch im Übereinkommen Nr. 98 der IAO explizit erwähnt. Der Ausschuss für Koalitionsfreiheit vertritt jedoch seit langem die Ansicht, dass das Streikrecht aus dem Übereinkommen Nr. 87 abzuleiten ist. Wie in der Lehre betont wird, betrachtet der Ausschuss dieses Recht «als wesentlichen Aspekt der Betätigungsfreiheit der Gewerkschaften und damit als legitimes Instrument zur Wahrung der wirtschaftlichen und sozialen Interessen der Arbeitnehmenden»³, weil das Übereinkommen Nr. 87 «im Sinne einer Mindestgarantie fordere, dass das Streikrecht als kollektives Recht der Gewerkschaften garantiert wird»⁴.
14. Der gewährleistete Schutz des Streikrechts gemäss Übereinkommen Nr. 87 ist ein sehr weitgehender, vor allem aufgrund der sehr weiten Formulierung von Artikel 10, der die Förderung und den Schutz der Interessen der Arbeitnehmenden bezweckt. Das Streikrecht beschränkt sich daher nicht zwingend auf die Verfolgung gesamtarbeitsvertraglich geregelter Ziele. Vielmehr darf die Beteiligung an einem rechtmässigen Streik für die Arbeitnehmenden keine zivil- oder strafrechtlichen Sanktionen zur Folge haben.
15. Die Praxis des Ausschusses lässt es jedoch zu, dass das Streikrecht im nationalen Recht von bestimmten Voraussetzungen wie der Pflicht zu vorgängigen Verhandlungen oder Schlichtungsverfahren abhängig gemacht wird. Auch scheint der Ausschuss die Auffassung, dass das Recht zum Streikaufruf den Arbeitnehmerorganisationen vorzubehalten sei, mit den Normen des Übereinkommens Nr. 87 für vereinbar zu halten, jedenfalls solange sich die Arbeitnehmenden gewerkschaftlich organisieren können, ohne mit gewerkschaftsfeindlichen Massnahmen konfrontiert zu sein.

2. Frage 2

Stellung, Funktion und Grenzen des Streikrechts in den kollektiven Arbeitsbeziehungen, insbesondere gemäss der Untersuchung der GAV und im Kontext der Rechte und Pflichten gemäss Art. 28 Abs. 2 und 3 BV

16. Die Studie konnte aufzeigen, dass zwischen dem Streikrecht und dem kollektiven Arbeitsrecht bzw. gemäss der Fragestellung den kollektiven Arbeitsbeziehungen in verschiedener Hinsicht ein enger sachlicher Zusammenhang besteht. Dies zeigt sich bereits daran, dass das Streikrecht häufig – wenn auch nicht unumstrittenermassen – als ein überwiegend, wenn nicht ausschliesslich kollektives Recht einer Gruppe und als Recht der Gewerkschaften und nicht als Grundrecht des Einzelnen wahrgenommen wird. So gelten als Inhaber des Streikrechts die (kollektiv) organisierten Arbeitnehmer und nicht der einzelne Arbeitnehmende – unabhängig von der ebenfalls diskutierten Frage nach den Anforderungen an die «Organisation» der Arbeitnehmenden.

Zum anderen zeigt sich der Zusammenhang zwischen dem Streikrecht und dem kollektiven Arbeitsrecht beim Instrument des Gesamtarbeitsvertrages. Bereits das Vorhandensein eines Gesamtarbeitsvertrages hat nämlich für die vertragschliessenden

³ KUSTER ZÜRCHER, S. 64, N 18.

⁴ KUSTER ZÜRCHER, S. 64, N 18.

Parteien und für die betroffenen Arbeitgeber und Arbeitnehmenden eine *relative Friedenspflicht* zur Folge. Es besteht mithin eine Verpflichtung, auf einen Streik oder ein anderes Kampfmittel zu verzichten, soweit die betreffende Frage im GAV geregelt ist. Dieser Friedenspflicht liegt die Vorstellung zugrunde, dass es bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien über Regelungen des GAV Aufgabe des Gerichts ist, im Rahmen einer Klage einen Entscheid zu treffen. Diese «Institutionalisierung» der Friedenspflicht in verschiedenen Branchen ist gerade auf das Bestehen und die regelmässige Erneuerung von Gesamtarbeitsverträgen zurückzuführen.

Die (relative) Friedenspflicht, welche die Parteien von Gesetzes wegen (Art. 357a OR) trifft, kann von den Parteien im GAV zu einer absoluten Friedenspflicht erweitert werden, sodass sich die Pflicht, auf einen Streik oder andere Kampfmassnahmen zu verzichten, für die gesamte Vertragsdauer des GAV auf alle Fragen erstreckt, egal ob diese im GAV geregelt sind. Die Einhaltung dieser – relativen oder absoluten – Friedenspflicht ist wiederum eine von vier Voraussetzungen für die verfassungsmässige Garantie des Streikrechts gemäss Artikel 28 BV. Mit anderen Worten bewirkt die Nichtbeachtung oder Verletzung einer Friedenspflicht, dass ein Streik unrechtmässig ist und keinen verfassungsmässigen Schutz geniesst.

Umgekehrt besteht ausserhalb eines Gesamtarbeitsvertrages keine Pflicht zur Wahrung des Arbeitsfriedens im engeren Sinn, abgesehen von gesetzlichen Verboten oder Einschränkungen für gewisse Berufsgruppen (z. B. Personen, die wesentliche Dienstleistungen erbringen).

Es besteht somit ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem Streikrecht und dem kollektiven Arbeitsrecht, so dass dem GAV als Instrument des kollektiven Rechts entscheidende Bedeutung in Fragen des Streiks und dessen Regelung zukommt oder zukommen kann.

17. Paradoxalement zeigt jedoch eine – nicht vollständige – Untersuchung von Gesamtarbeitsverträgen, dass diese kaum Bestimmungen zum Streik oder zum Recht auf Streik, geschweige denn zu den Voraussetzungen seiner Ausübung enthalten.

Zwar enthält eine Reihe von Gesamtarbeitsverträgen Klauseln über die *relative Friedenspflicht*, die sich wie gezeigt bereits aus dem Gesetz ergibt (Art. 357a Abs. 2 OR). Diese GAV wiederholen somit lediglich die Friedenspflicht. Andere Verträge enthalten Klauseln, die den Einsatz eines Streiks absolut verbieten und damit die Friedenspflicht ausdehnen.

Doch abgesehen von diesen Klauseln zur Wahrung des relativen oder absoluten Arbeitsfriedens enthalten Gesamtarbeitsverträge offenbar kaum Regelungen zu weiteren Punkten und Fragen des Streiks und/oder der Ausübung bzw. den Modalitäten des Streikrechts und dies notabene trotz der in der Studie aufgezeigten Vielfalt offener und heikler Fragen im Bereich des Streikrechts.

Teilweise, wenn auch eher selten, finden sich in Gesamtarbeitsverträgen Bestimmungen, die sich mehr oder weniger explizit auf einen Streik beziehen. Wiederum unter Ausklammerung der Klauseln zum relativen oder absoluten Arbeitsfrieden finden sich mitunter Regelungen zur Suspendierung oder Aufhebung der Friedenspflicht, aber auch Bestimmungen zum Verhalten der Parteien bei einem (möglichen) Streik oder zu den Voraussetzungen, unter welchen die Arbeitnehmenden rechtmässig von diesem Kampfmittel Gebrauch machen dürfen oder für die Ausübung des Streikrechts (beispielsweise Regelungen, die dem Arbeitgeber den Einsatz von «Streikbrechern» verbietet). Darin könnte in gewisser Weise eine «präventive»

Schutzmassnahme gegen die Entlassung von Arbeitnehmenden, die das Streikrecht ausüben oder auszuüben wünschen, gesehen werden.

Allgemein enthalten gewisse Gesamtarbeitsverträge vielfach ohne expliziten Verweis auf den Streik Schutzmassnahmen gegen die Entlassung von Arbeitnehmenden, denen mutmasslich aufgrund einer (rechtmässigen) gewerkschaftlichen Tätigkeit gekündigt wurde. Ebenso beinhalten einige GAV Bestimmungen, die Kündigungen aufgrund gewerkschaftlicher Tätigkeit (dazu gehört die rechtmässige Ausübung des Streikrechts) für missbräuchlich erklären oder diese sogar verbieten.

18. Dagegen sehen Gesamtarbeitsverträge für solche Fälle der Entlassung gewerkschaftlich engagierter Personen selten härtere Sanktionen vor als das Obligationenrecht, namentlich was die Entschädigung gemäss Artikel 336a Absatz 2 OR betrifft.

In diesem Kontext stellt sich die Frage, ob und in welchem Ausmass es nach geltendem Recht, *de lege lata*, möglich ist, den obligationenrechtlichen Kündigungsschutz durch Gesamtarbeitsverträge oder individuelle Arbeitsverträge auszudehnen oder zu verbessern, namentlich für den Fall der missbräuchlichen Kündigung.

Diese Frage, der in der Studie nachgegangen wird (siehe Teil III, Buchstabe F, Nr. 238 ff.), überschneidet sich mit der Frage Nr. 4, weshalb weiter hinten auf sie einzugehen ist (Nr. 28 ff.).

19. Unabhängig von diesem im Kontext dieser Studie wichtigen Punkt stellt sich die Frage, ob dem kollektiven Arbeitsrecht oder, genauer gesagt, den Gesamtarbeitsverträgen beim Streikrecht und der Regelung seiner Voraussetzung und Ausübung nicht eine grössere Rolle zugewiesen werden könnte bzw. von diesen übernommen werden sollte.

Auf diese Weise könnten die Sozialpartner unseres Erachtens wie gesehen zum Beispiel entsprechende Regelungen zu den heiklen Fragen und Überlegungen betreffend die Problematik des Zutrittsrechts von Gewerkschaften und möglicherweise entlassenen Arbeitnehmenden im Streikfall in die Gesamtarbeitsverträge aufnehmen.

Ebenso wäre es denkbar, dass im Rahmen eines GAV die Informationspflicht als gemeinsame Aufgabe der Sozialpartner geregelt und diesen, allenfalls sogar in Zusammenarbeit mit Behördenvertretern, überlassen würde. Die entsprechenden Informationen würden sich sowohl an die Arbeitgeber als auch die Arbeitnehmenden richten und die Voraussetzungen des Streikrechts und dessen rechtmässige Ausübung bzw. Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Streiks beinhalten, die aber wie gesehen nicht genau definiert und Gegenstand kontroverser Auslegung in der Doktrin wie auch zwischen den Sozialpartnern sind.

3. Frage 3

Erfordernisse für eine effektive Ausübung des Streikrechts

20. Damit das Streikrecht effektiv ausgeübt werden kann, müssen die an einem (rechtmässigen) Streik teilnehmenden Personen mithilfe wirksamer und abschreckender Mittel gegen alle Sanktionen von Seiten des Arbeitgebers geschützt

werden.⁵ Unter den verschiedenen Massnahmen, die vom Arbeitgeber ergriffen werden können, ist die Entlassung gegenüber anderen diskriminierenden Sanktionen abzugrenzen.

Kündigungsschutz

21. Im Schweizer Recht sind Arbeitnehmende, die sich an einem rechtmässigen Streik beteiligt haben, nur begrenzt vor Entlassung geschützt. Denn sowohl die ordentliche Kündigung, die im Streikfall als missbräuchlich gilt (vgl. Art. 336 ff. OR), als auch die fristlose Kündigung, die in einem solchen Fall ungerechtfertigt ist (vgl. Art. 337c OR), sind uneingeschränkt gültig und entfalten ihre volle Rechtswirkung. In beiden Fällen können die betroffenen Arbeitnehmenden weder die Aufhebung der Kündigung noch die Wiedereinstellung verlangen. Sie müssen sich darauf beschränken, von ihrem Arbeitgeber die Zahlung einer Entschädigung zu fordern, die den Betrag von sechs Monatslöhnen nicht übersteigen darf (Art. 336a Abs. 2 und 337c Abs. 3 OR). Die Bestimmung über die Kündigung zur Unzeit (Art. 336c OR) bietet entlassenen Streikenden kaum Schutz.
22. Dass der Schutz im Fall der rechtmässigen Ausübung des Streikrechts nur fragmentarisch ist, erklärt sich unseres Erachtens auch damit, dass der Begriff des rechtmässigen Streiks selbst, wie bereits aufgezeigt, noch nicht restlos geklärt ist. Daraus resultiert eine unvermeidliche Ungewissheit für die Streikenden, die deren Streikwillen beeinflussen dürfte.
23. Am Schweizer Recht wird unter anderem – insbesondere vom SBG und dem Schweizerischen Verband des Personals öffentlicher Dienste (VPOD) in ihrer, bei der IAO anhängigen Klage – bemängelt, dass eine Entschädigung von maximal sechs Monatslöhnen bei missbräuchlicher (vgl. Art. 336a OR) oder ungerechtfertigter (Art. 337c Abs. 3 OR) Kündigung nicht abschreckend genug wirke. Tatsächlich riskieren Beschäftigte, die sich an einem rechtmässigen Streik beteiligen, die Kündigung und somit ihre Anstellung zu verlieren und lediglich eine Entschädigung von einigen wenigen (höchstens sechs) Monatslöhnen zu erhalten. Daher fragt es sich in der Tat, ob ein derartiger Schutz effektiv die tatsächliche Ausübung des Streikrechts zu garantieren vermag.
24. Der Bundesrat hat in verschiedenen Vorlagen vorgeschlagen, die Entschädigung auf zwölf Monatslöhne zu erhöhen, entweder für alle Arbeitnehmenden oder zumindest für sog. Whistleblower. Die abschreckende Wirkung der Entschädigung könnte durch einen solchen, vom Gericht unter Berücksichtigung aller Umstände festgelegten Höchstbetrag sicherlich erhöht und damit der Kündigungsschutz verbessert werden. Damit könnte das Schweizer Recht als konform mit dem die Schweiz verpflichtenden Völkerrecht betrachtet werden, indem mit einer angemessenen Entschädigung eine glaubwürdige Alternative zur Wiedereinstellung missbräuchlich entlassener Personen bestünde. Diese Frage sollte unseres Erachtens daher erneut geprüft werden, sei es hinsichtlich der Regelung für alle Arbeitnehmenden, sei es ausschliesslich für Arbeitnehmende, die sich an einem rechtmässigen Streik beteiligen. Eine weitere denkbare Möglichkeit bestünde darin, eine Regelung oder auch lediglich punktuelle Lösungen für bestimmte Kategorien von Unternehmen vorzusehen, z. B. für

⁵

Selbstverständlich dürfen auch strafrechtliche Sanktionen die effektive Ausübung des Streikrechts nicht behindern. Dieser Punkt wurde im Rahmen der vorliegenden Studie allerdings nicht eingehend untersucht.

Unternehmen, die eine grössere Anzahl Arbeitnehmende beschäftigen oder die einen bestimmten Jahresumsatz erreichen.

Weitere Schutzbestimmungen

25. Im privaten Arbeitsrecht werden Arbeitnehmende nicht durch besondere Normen gegen diskriminierende Massnahmen des Arbeitgebers geschützt, mit Ausnahme der Kündigung. Opfer von Diskriminierungen können sich also lediglich auf einige allgemeine Rechtsgrundsätze und Sonderregeln berufen und dabei hoffen, dass ein Gericht diese Regeln im konkreten Fall anwendet. Als allgemeine Normen kommen die Grundsätze des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB), von Treu und Glauben (Art. 3 ZGB) sowie der Billigkeit (Art. 4 ZGB) in Betracht. Als besondere Regelung kommt die Pflicht des Arbeitgebers, die Persönlichkeit seiner Angestellten zu schützen, in Betracht (Art. 328 OR).
26. Insgesamt finden diese verschiedenen Bestimmungen selten zum Schutz diskriminierter Arbeitnehmender Anwendung, vielleicht mit Ausnahme von Artikel 328 OR für gewisse Fällen von Diskriminierungen. Wenn der Arbeitgeber kollektive Massnahmen ergreift, können sich daher Arbeitnehmende nach geltendem Recht auf diese Gesetzesbestimmung berufen, die insbesondere ihre Würde und ihr gesellschaftliches Ansehen schützt, und unter Vorbehalt besonderer Rechtfertigungsgründe eine nicht diskriminierende Behandlung verlangen.

Nach der Rechtsprechung verbietet Artikel 328 OR dem Arbeitgeber die Diskriminierung von Arbeitnehmenden, wenn diese als Ausdruck einer verletzenden Geringschätzung der Persönlichkeit des Arbeitnehmenden erscheint. Eine solche Geringschätzung der Persönlichkeit ist jedoch nur bei einer Schlechterstellung gegenüber einer Vielzahl anderer Arbeitnehmenden gegeben, und nicht bereits dann, wenn der Arbeitgeber lediglich einzelne Arbeitnehmende besserstellt. Es steht dem Arbeitgeber frei, kollektive Massnahmen zu ergreifen und dabei Einschluss- oder Ausschlusskriterien für gewisse Kategorien von Arbeitnehmenden festzulegen oder zu vereinbaren, solange diese Kriterien nachvollziehbar und nicht willkürlich sind, nicht gegen die Achtung der Persönlichkeit verstossen und auch sonst nicht unzulässig sind. Der Umstand, dass der Arbeitgeber einzelne seiner Angestellten begünstigt, kann aber zur Folge haben, dass andere Angestellte, die von dieser Begünstigung nicht profitieren, nach Treu und Glauben auf eine stillschweigende Vertragsänderung zu ihren Gunsten schliessen dürfen. In einem solchen Fall muss der Arbeitgeber die nur einzelnen Beschäftigten zugeschriebene begünstigende Behandlung auch den anderen Arbeitnehmenden gewähren, weil diese Behandlung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben als vertraglich vereinbart gilt. Die wichtigsten Anwendungsfälle davon sind Gratifikationen und Sozialpläne.

27. Aus den bisherigen Ausführungen wird deutlich, dass Arbeitnehmende, die wegen ihrer Teilnahme an einem (rechtmässigen oder unrechtmässigen) Streik diskriminiert werden, im privaten Arbeitsrecht nicht auf echte Schutzmassnahmen zurückgreifen können. Lediglich im Fall einer kollektiven Massnahme könnten die Arbeitnehmenden eine Verletzung ihrer Persönlichkeit geltend machen. Der Schutz ist demnach weitgehend lückenhaft und zufällig.

4. Frage 4

Sind günstigere vertragliche Abmachungen möglich oder bedarf es zur Verbesserung des Schutzes der Arbeitnehmenden einer Gesetzesänderung?

28. Viele Gesamtarbeitsverträge enthalten Regeln zum Kündigungsschutz von gewerkschaftlich tätigen Arbeitnehmenden. In einigen Gesamtarbeitsverträgen wird der missbräuchliche Charakter einer Kündigung wegen gewerkschaftlicher Tätigkeit explizit erwähnt und andere sehen in diesem Zusammenhang sogar ein Entlassungsverbot vor. Die Rechtslage und die Gültigkeit derartiger Vertragsklauseln sind nach wie vor ungeklärt. Ob die Sozialpartner im Rahmen von Gesamtarbeitsverträgen die Möglichkeit haben, für Arbeitnehmende eine günstigere Regelung bei missbräuchlicher Kündigung vorzusehen, beispielsweise die Nichtigkeit einer solchen Kündigung, ist in der Tat eine höchst komplexe und umstrittene Frage.

Nach Artikel 358 OR geht das «zwingende Recht des Bundes und der Kantone [...] den Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages vor; jedoch können zugunsten der Arbeitnehmenden abweichende Bestimmungen aufgestellt werden, wenn sich aus dem zwingenden Recht nichts anderes ergibt». Es wird angenommen, dass Artikel 358 OR zweiter Satzteil *in fine* auf absolut zwingende Bestimmungen hinweist, also in erster Linie auf die Aufzählung in Artikel 361 OR.

Das Gesetz enthält drei Normen zur missbräuchlichen Kündigung: Artikel 336 (Grundsatz), Artikel 336a (Sanktionen) und Artikel 336b (Verfahren). Nach dem Wortlaut des Gesetzes (vgl. Art. 361 und 362 OR) handelt es sich bei Artikel 336 Absatz 1, Artikel 336a und Artikel 336b um absolut zwingendes Recht, während Artikel 336 Absatz 2 OR relativ zwingend ist. Nach Artikel 358 OR wäre eine Abweichung von den Vorschriften über die missbräuchliche Kündigung, mit Ausnahme von Artikel 336 Absatz 2 OR, daher nicht möglich.

Entgegen dem klaren Wortlaut (vgl. Art. 336a, 358 und 361 OR) nehmen ein Teil der Lehre und gewisse Gerichte eine nuanciertere teleologische Auslegung vor, welche Unterscheidungen nach dem Zweck der Normen erlaubt und abweichende vertragliche Lösungen zulässt.

Das Bundesgericht hat die Frage bislang, soweit ersichtlich, nicht klar und endgültig entschieden, was sich namentlich aus zwei jüngeren Entscheidungen ergibt, die beide die Anwendung des Rahmen-GAV für den Genfer Detailhandel (gültig für den Zeitraum 2008–2010) zum Gegenstand hatten. Eine Arbeitnehmerin und die Gewerkschaft machten geltend, dass es nach Schweizer Recht zulässig sei, den gesetzlichen Arbeitnehmerschutz nach Artikel 336 ff. OR durch GAV zu verbessern. Darüber hinaus lasse sich auch die Forderung nach Aufhebung einer Kündigung oder das Recht auf Wiedereinstellung aus einer gesamtarbeitsvertraglichen Regelung herleiten.

Im ersten Urteil von 2010 befand das Bundesgericht, es sei «nicht notwendig, auf die Einwände in Zusammenhang mit den dem Rechtsstreit zugrunde liegenden Vorbringen einzutreten» und liess die Frage folglich offen, weil das Kantonsgericht der Gewerkschaft die Klageberechtigung zu Recht abgesprochen habe.⁶

Bemerkenswerter ist der zweite Entscheid von 2012: Nach Ansicht des Bundesgerichts kann nämlich die umstrittene GAV-Klausel nicht als Grundlage für die Aufhebung oder Anfechtbarkeit der Kündigung herangezogen werden, weil der GAV «keine besondere Regelung für den Fall der Verletzung der Norm» enthalte. So sei «mangels einer

⁶

BGer 4A_248/2010 vom 12. Juli 2010, E. 5, übersetzt aus dem Französischen.

besonders vorgesehenen Sanktion davon auszugehen, dass die betreffende Bestimmung [nur] eine Ergänzung oder Präzisierung des bereits in Artikel 336 Absatz 2 Buchstabe a und b OR verankerten gesetzlichen Schutzes bezweckt. [...]. Wenn es also lediglich darum geht, den gesetzlichen Schutz zu ergänzen, ohne das Verfahren oder die Sanktionen zu präzisieren, ist davon auszugehen, dass Artikel 336b OR ebenfalls anwendbar ist»⁷.

Soweit der umstrittene GAV keine besonderen Sanktionen vorsah, musste nach Ansicht des Bundesgerichts vom Grundsatz ausgegangen werden, dass der GAV der Logik der geltenden Rechtsordnung folgt und sie ergänzt, ohne von ihr abzuweichen. Aus dieser Rechtsprechung kann unseres Erachtens *e contrario* der Schluss gezogen werden, dass es den Sozialpartnern möglich gewesen wäre, ein anderes von Artikel 336a OR abweichendes Sanktionssystem vorzusehen. Auf alle Fälle hat sich das Bundesgericht zu keinem Zeitpunkt auf die Artikel 358 und 361 OR gestützt. Ob die Aufnahme von Regeln zur Verbesserung des Kündigungsschutzes der Arbeitnehmenden in Gesamtarbeitsverträgen möglich ist, ist somit weiterhin offen.

29. Angesichts des relativ zwingenden Charakters von Artikel 336 Absatz 2 OR und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach die Rechtsordnung neue Fälle von missbräuchlicher Kündigung anerkennen kann, soweit sie eine ähnliche Schwere wie die in der nicht abschliessenden Aufzählung von Artikel 336 OR aufgeführten Fälle haben, erscheint es naheliegender, den Sozialpartnern die Möglichkeit zuzuerkennen, in einem GAV ausdrücklich festzuhalten, dass eine Kündigung aufgrund der Beteiligung an einem rechtmässigen Streik missbräuchlich ist.
30. *De lege ferenda* würde die vom Bundesrat angeregte Gesetzesänderung, wonach auf den absolut zwingenden Charakter der Artikel 336 und 336a OR verzichtet würde, die Situation klären und die Sozialpartner dazu ermutigen, sich im Rahmen eines GAV um bedarfsgerechte Lösungen zu bemühen. Auf diese Weise wäre es möglich, den Arbeitnehmerschutz in Fällen eines rechtmässigen Streiks auszudehnen, indem beispielsweise die Nichtigkeit derartiger Kündigungen oder die Möglichkeit der gerichtlichen Festlegung von Entschädigungen von mehr als sechs Monatslöhnen (beispielsweise von 12 Monaten) vereinbart würde.

5. Frage 5

Welche Rolle spielt das Streikrecht in Branchen oder Berufen ohne Arbeitgeber- bzw. Arbeitnehmervertretung; besteht in diesen Raum für günstigere vertragliche Regelungen und gibt es im Rahmen des geltenden Systems der kollektiven Arbeitsbeziehungen alternative Lösungen?

Rolle des Streikrechts in Branchen und Berufsverbänden ohne Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretung

31. Neben der allgemeinen Überlegung, dass die Bedeutung des Streiksrechts mutmasslich grösser ist, soweit Gewerkschaften bestehen (vor allem aus organisatorischen Gründen, aber auch aufgrund der Handlungsmacht), stellt sich in

⁷

BGer 4A_316/2012 vom 1. November 2012, E. 2.2, übersetzt aus dem Französischen.

diesen Fällen hauptsächlich die Frage nach der Trägerschaft des Rechts zum Streikaufruf.

32. Wie bereits weiter vorne gezeigt, würde den Arbeitnehmenden in gewissen, nicht gewerkschaftlich organisierten Branchen faktisch das Streikrecht entzogen, wenn absolut und strikt vorausgesetzt würde, dass nur eine Gewerkschaft rechtmässig einen Streik ausrufen könne.

Infofern stellt sich daher die Frage, ob nicht zumindest in den Branchen ohne Gewerkschaften den gewählten Arbeitnehmervertreterinnen und -vertretern im Sinne des Mitwirkungsgesetzes das Recht zum Streikaufruf zukommen müsste. Für Kleinstbetriebe (weniger als 50 Beschäftigte, siehe Art. 3 Mitwirkungsgesetz), in denen keine gewählte Arbeitnehmervertretung besteht, wäre es sogar denkbar, dass die Arbeitnehmenden zur Bestellung einer *ad hoc* Vertretung zusammenetreten könnten.

33. Würde das Recht zum Streikaufruf ausschliesslich den Gewerkschaften und somit nur gewerkschaftlich organisierten Personen zugestanden, könnte dies zu einer Verletzung der *negativen* Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmenden aus Branchen oder Berufen ohne Arbeitnehmervertretung führen, weil solche Arbeitnehmende zuerst einer Gewerkschaft beitreten müssten, um einen Streik ausrufen zu können (oder aber auf ihr Streikrecht verzichten müssten).

Raum für günstigere vertragliche Regelungen in Branchen oder Berufen ohne Arbeitgeber- bzw. Arbeitnehmervertretung

34. Gemäss Wortlaut von Artikel 356 Absatz 1 OR wird ein Gesamtarbeitsvertrag durch «Arbeitgeber oder deren Verbände [einerseits] und Arbeitnehmerverbände [andererseits]» geschlossen. In Branchen und Berufen ohne Arbeitgeber- bzw. Arbeitnehmervertretung ist es mithin kaum denkbar, einen Gesamtarbeitsvertrag abzuschliessen.

C. Lösungsansätze

35. Angesichts der sowohl in der Schweiz als auch innerhalb der verschiedenen Organe der IAO geführten Diskussionen über das Streikrecht sowie der Schwierigkeiten, einen Konsens zu finden, erscheint es schwierig, an dieser Stelle Vorschläge für neue (jedoch in anderen Rechtsordnungen praktizierte⁸) Lösungen zu präsentieren, die aktuell in der Schweiz auf Zustimmung stossen und sich realistischerweise in das derzeitige System integrieren lassen. Zudem sollen auftragsemäss vorliegend nicht sämtliche in diesem Bereich möglichen Massnahmen präsentiert, sondern lediglich auf gewisse zentrale Fragen Antworten gegeben werden.

Daher werden vorliegend zunächst die bereits früher an anderer Stelle gemachten Lösungsideen nochmals dargelegt und anschliessend um einige weitere Lösungsansätze ergänzt werden.

⁸ Siehe SCHWEIZERISCHES INSTITUT FÜR RECHTSVERGLEICHUNG, *Legal opinion on the protection of workers and the right to strike*, Lausanne 2015.

1. Ausbau des Kündigungsschutzes

36. Verschiedene vom Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung (SIR) untersuchte Länder kennen einen gegenüber dem Schweizer Recht – teilweise deutlich – ausgedehnteren Kündigungsschutz als in der Schweiz, sowohl was den allgemeinen Schutz vor Kündigung angeht als auch bezüglich des Schutzes von Arbeitnehmenden, die in einer Gewerkschaft tätig sind. Lediglich spezifische oder qualifizierte Gründe rechtfertigen jeweils eine Kündigung. Oft gibt es ein der Kündigung vorgelagertes Verfahren und die Möglichkeiten der Anfechtung der Kündigung, und der Wiedereinstellung des Arbeitnehmenden sowie der Verurteilung des Arbeitgebers zur Bezahlung einer Entschädigung in Höhe von meist zwölf oder mehr Monatslöhnen des betroffenen Arbeitnehmenden.⁹
37. Am Schweizer Recht wird insbesondere dahingehend kritisiert, dass eine Entschädigung von höchstens sechs Monatslöhnen bei missbräuchlicher Kündigung (vgl. Art. 336a OR) nicht abschreckend genug wirke. Der Bundesrat hat kürzlich vorgeschlagen, den Höchstbetrag der Entschädigung bei missbräuchlicher (Art. 336a OR) und bei ungerechtfertigter fristloser Kündigung (Art. 337c Abs. 3 OR) auf zwölf Monate zu erhöhen. Zweifellos würde die abschreckende Wirkung der Entschädigung, die vom Gericht stets unter Berücksichtigung aller Umstände festgelegt wird, mit einem solchen Höchstbetrag verstärkt und dadurch der Kündigungsschutz verbessert werden. Damit könnte das Schweizer Recht als konform mit dem die Schweiz verpflichtenden internationalen Recht betrachtet werden, indem mit einer angemessenen Entschädigung eine glaubwürdige Alternative zur Wiedereinstellung von missbräuchlich entlassenen Personen bestünde. Diese Frage sollte unseres Erachtens daher erneut geprüft werden, sei es hinsichtlich der Regelung für alle Arbeitnehmenden, sei es ausschliesslich für Arbeitnehmende, die sich an einem rechtmässigen Streik beteiligen. Eine weitere denkbare Möglichkeit bestünde darin, eine Regelung oder auch lediglich punktuelle Lösungen für bestimmte Kategorien von Unternehmen vorzusehen, z. B. für Unternehmen, die eine grössere Anzahl Arbeitnehmende beschäftigen oder die einen bestimmten Jahresumsatz erreichen.

2. Erweiterung der Kompetenzen der Sozialpartner

38. Wie bereits erwähnt, bilden die Sozialpartnerschaft und das kollektive Arbeitsrecht, insbesondere das Recht zu Kollektivverhandlungen, Grundpfeiler des schweizerischen und des internationalen Arbeitsrechts. Im geltenden Schweizer Recht wird das kollektive Verhandlungsrecht jedoch durch das Verbot, vertraglich von den absolut zwingenden Vorschriften (vgl. Art. 358 und 361 OR) zugunsten des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmenden abzuweichen, stark eingeschränkt. Obwohl die Sozialpartner in der Praxis zwar gewisse Freiheiten geniessen, bestehen in Bezug auf die Frage des Handlungsspielraums und damit ihrer Abweichungsmöglichkeiten bei absolut zwingenden Vorschriften (vgl. Art. 361 OR) grosse Rechtsunsicherheiten. Unseres Erachtens müssten diese Unsicherheiten beseitigt und gleichzeitig die Möglichkeiten zur Stärkung der Sozialpartnerschaft geprüft werden. Beim Kündigungsschutz könnte eine Lösung darin bestehen, dass auf den absolut zwingenden Charakter der Artikel 336 Absatz 1 und 336a OR verzichtet wird.

⁹

SCHWEIZERISCHES INSTITUT FÜR RECHTSVERGLEICHUNG, *Legal opinion on the protection of workers and the right to strike*, Lausanne 2015.

3. Weitere mögliche Massnahmen

a) Ausgangslage

39. Die vom Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung durchgeführte Studie¹⁰ zeigt, dass die untersuchten Länder (Deutschland, Frankreich, Italien, Österreich, Schweden, Slowakei und Grossbritannien) sehr unterschiedliche Rechtsvorschriften in Bezug auf das Streikrecht kennen.

Die Studie zeigt auch, dass das Spektrum der Regelungen des Streikrechts in den analysierten Ländern von „alles“ bis zu „fast gar nichts“ reicht. Anders ausgedrückt, weisen einige Länder ein umfassend ausgebautes System des Streikrechts auf und sehen zugunsten der Streikenden wichtige Schutzmassnahmen (Wiedereinstellung, Schadenersatz usw.) und bei einem Verstoss gegen das Recht schwere Sanktionen (strafrechtliche und beträchtliche zivilrechtliche Sanktionen usw.) vor. Einen besonders hohen Stellenwert geniesst das Streikrecht in Italien und Frankreich. Umgekehrt setzen andere Länder dem Streikrecht strikte Grenzen und Streikende müssen strenge Voraussetzungen erfüllen, damit die Ausübung des Streikrechts rechtmässig ist. Dies gilt beispielsweise für Grossbritannien.

40. Insoweit als das schweizerische Recht, wie gesehen, rechtmässig streikende Arbeitnehmende, nicht genügend schützt, namentlich vor Kündigung, und daher das geltende Recht nicht genügend abschreckend wirkt, ist es opportun, andere Massnahmen zu prüfen, welche die effektive Wirkung des Streikrechts erhöhen – und zwar unabhängig von der Frage, ob eine Verbesserung des Kündigungsschutzes (auf gesetzlichem oder vertraglichem Weg) erreicht werden kann. Im Folgenden sollen daher einige Aspekte von zwei unseres Erachtens prüfenswerten Lösungsansätzen für die spezifischen Probleme des Streikrechts und seiner Ausübung präsentiert werden, die an anderer Stelle nicht dargelegt wurden.

b) Urteilspublikation in den Medien

41. Zur Verbesserung des Schutzes der Arbeitnehmenden könnte die Veröffentlichung von rechtskräftigen Urteilen, in denen die Missbräuchlichkeit von Kündigungen und/oder die Diskriminierung von Gewerkschaften festgestellt wird, angeordnet werden, wie dies teilweise in der Lehre vorgeschlagen wird. Damit diese Massnahme ihre Wirkung entfaltet, wären die Urteile sowohl in Regionalzeitungen als auch in der Wirtschaftspresse zu publizieren¹¹ *De lege lata* ist die Urteilspublikation in mindestens drei spezifischen Fällen vorgesehen.
42. Im Bereich des Persönlichkeitsschutzes statuiert Artikel 28a Absatz 2 ZGB die Möglichkeit für die klagende Partei zu «verlangen, dass eine Berichtigung oder das Urteil Dritten mitgeteilt oder veröffentlicht wird». Dabei handelt es sich allerdings nicht um ein zusätzliches Klagebegehren, sondern eher um eine spezifische Modalität zur Umsetzung der Klagemöglichkeiten gemäss Artikel 28a Absatz 1 ZGB (in der Norm ist explizit von «insbesondere» die Rede). Die in Artikel 28a Absatz 2 ZGB vorgesehenen Möglichkeiten können allenfalls die Persönlichkeitsverletzung ebenfalls beseitigen, sind aber keine Grundlage für Schadenersatzansprüche, die ausschliesslich in Artikel 28a

¹⁰ Siehe SCHWEIZERISCHES INSTITUT FÜR RECHTSVERGLEICHUNG, *Legal opinion on the protection of workers and the right to strike*, Lausanne 2015.

¹¹ MOESCH, S. 555.

Absatz 3 ZGB geregelt sind. Zudem setzen Massnahmen gemäss Artikel 28a Absatz 2 ZGB kein Verschulden voraus. Sie müssen sodann im Rechtsbegehren der klagenden Partei ausdrücklich verlangt werden. Das Gericht kann eine Veröffentlichung (Verbreitung in einem periodisch erscheinenden Presseerzeugnis, über Radio, Fernsehen oder Internet) oder eine Mitteilung an Dritte (namentlich auf dem Zirkularweg oder per E-Mail) anordnen. Die Kosten der Veröffentlichung gehen zu Lasten der unterliegenden beklagten Partei.

Das Gericht hat aufgrund einer Zweckmässigkeitsprüfung zu entscheiden und einem Antrag auf Urteilspublikation stattzugeben, wenn diese geeignet ist, die Verletzung zu beseitigen oder zu mildern. Es muss somit vermieden werden, dass die Urteilspublikation nur deswegen erfolgt, um den Urheber der Verletzung zu bestrafen, indem diese zur Befriedigung der Rachegefühle des Opfers Dritten zur Kenntnis gebracht wird. Die Massnahme ist zudem nur dann auszusprechen, wenn sich andere Massnahmen nicht als gleichermassen zielführend erweisen (Grundsatz der Verhältnismässigkeit). Darüber hinaus darf sie sich für den Urheber der Verletzung nicht als reine Schikane erweisen.¹² Nach Ansicht des Bundesgerichts rechtfertigt sich eine Urteilspublikation nur, wenn sie geeignet ist, die durch die Persönlichkeitsverletzung verursachte Störung zu beseitigen, das heisst den falschen Eindruck, der bei einer unbekannten Zahl Dritter entstanden ist.¹³

43. Zweitens ist im Zusammenhang mit der Leistung von Genugtuung im Falle einer Persönlichkeitsverletzung auch auf Artikel 49 Absatz 2 OR zu verweisen, wonach das Gericht anstatt oder neben der Leistung einer Geldsumme auch auf eine andere Art der Genugtuung erkennen kann. Ob die Urteilspublikation eine andere Art der Genugtuung darstellt, ist in der Lehre umstritten.¹⁴ Das Bundesgericht hat sich diesbezüglich lange zurückhaltend gezeigt. In seiner jüngeren Rechtsprechung hat es schliesslich entschieden, dass eine Veröffentlichung des Urteils die Leistung von Genugtuung im Falle einer Persönlichkeitsverletzung bewirken könne, wenn die Veröffentlichung das geeignete Mittel darstellt; eine zusätzliche Leistung einer Geldsumme rechtfertige sich erst dann, wenn auch nach der Veröffentlichung noch eine seelische Belastung zurückbleibt.¹⁵
44. Schliesslich ist die Veröffentlichung des Urteils auch in Artikel 68 Strafgesetzbuch (StGB) als besondere Massnahme vorgesehen. Die Veröffentlichung muss im öffentlichen Interesse, im Interesse der verletzten oder der antragsberechtigten Person geboten sein (Art. 68 Abs. 1 StGB). Die Veröffentlichung wird mit dem disziplinierenden Effekt der Verwarnung und dem öffentlichen Interesse daran begründet. Es geht mithin um die Information und die Beruhigung der Öffentlichkeit und die Warnung vor gewissen Verstössen. Zudem kann die Veröffentlichung des Urteils die verurteilte Person von der erneuten Begehung einer Tat abhalten (Spezialprävention). Das öffentliche Interesse steht im Vordergrund, wenn die Öffentlichkeit vor einer Gefahr gewarnt werden muss, beispielsweise in Fällen von Warenfälschung, Verstössen gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb oder bei Fehlverhalten eines Rechtsanwalts. Ehrverletzungsdelikte oder Falschanschuldigungen rechtfertigen

¹² Zu den verschiedenen Aspekten der erstmalig als Massnahme eingesetzten Urteilspublikation siehe namentlich JEANDIN, *Commentaire romand CC I*, N 15 und 16 zu Art. 28a ZGB, S. 271, mit Hinweisen; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 578, S. 219–220 mit Hinweisen; TERCIER, N 998, S. 136.

¹³ BGE 135 III 145, in: JdT 2009 I 612.

¹⁴ Zu dieser Frage siehe WERRO, *Commentaire romand, Code des obligations II*, Basel 2012, N 15 ad Art. 49, S. 469.

¹⁵ BGE 131 III 26, E. 12.2.1.

in Bezug auf das Interesse der verletzten Person die Urteilspublikation am häufigsten. Nach Artikel 68 Absatz 2 StGB kann beim Gericht zudem die Veröffentlichung eines freisprechenden Urteils beantragt werden, entweder im öffentlichen Interesse (beispielsweise wenn die betroffene Person während des Strafverfahrens öffentlich diskriminiert wurde) oder im Interesse der verletzten oder antragsberechtigten Person (beispielsweise, wenn sie durch eine unbegründete Behauptung in ihrem beruflichen Umfeld diskreditiert wurde).

Das Gericht bestimmt Art und Umfang der Veröffentlichung (Art. 68 Abs. 4 StGB), also den Erscheinungsort und das Publikationsorgan. Es muss sich dabei nicht um ein Amtsblatt (eines Kantons oder des Bundes) handeln, sondern es kann irgendein Medienerzeugnis sein, solange der angestrebte Zweck der Publikation erreicht wird. Die Frage der Veröffentlichung des Namens wird dabei kontrovers diskutiert. Nach der Rechtsprechung ist der Name der verurteilten Person nicht nur aus Gründen der Spezialprävention zu veröffentlichen, sondern jedes Mal, wenn es der Zweck der Urteilspublikation im konkreten Einzelfall erfordert. In der Lehre argumentieren einige Autoren, dass der Name in der Urteilspublikation immer genannt werden müsse, während andere Autoren dies ablehnen, wenn die Publikation aus öffentlichem Interesse erfolgt und somit die Nennung des Namens nur dann befürworten, wenn die Veröffentlichung im Interesse einer Privatperson erfolgt.¹⁶

45. *De lege lata* ist es unklar, ob ein Gericht die Publikation eines die Feststellung der Missbräuchlichkeit einer Kündigung und/oder gewerkschaftsfeindlicher Massnahmen gegen rechtmässig streikende Arbeitnehmende enthaltende Urteile anordnen kann. *De lege ferenda* könnte die Publikation rechtskräftiger Urteile in den Medien eine zusätzliche Sanktion neben der im Obligationenrecht vorgesehenen Entschädigung bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung darstellen. Sie hätte sicherlich auf gewisse Betriebe eine abschreckendere Wirkung als eine je nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers eher unbedeutende Entschädigungspflicht. Auch dürfte unseres Erachtens ein gewisses öffentliches Interesse daran bestehen, vom Ausgang eines Verfahrens wegen gewerkschaftsfeindlicher Massnahmen zu erfahren. Mit einer solchen Massnahme würden außerdem missbräuchlich entlassene Arbeitnehmende und Opfer gewerkschaftsfeindlicher Diskriminierung eine bessere Anerkennung der Zulässigkeit ihrer Streikteilnahme erhalten.

c) Bessere Informationen über die Voraussetzungen des Streikrechts

46. Neben dieser «reparatorischen» Massnahme, welche den Schutz der Ausübung des Streikrechts verbessern könnte, ist unseres Erachtens eine dem Streikauf Ruf «vorgelagerte» Massnahme in Betracht zu ziehen.
47. Angesichts der komplexen Fragen in Verbindung mit den Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Streiks drängt sich sowohl zugunsten der Arbeitgeber wie auch der Arbeitnehmenden eine Informationspflicht über das Streikrecht und dessen Ausübung auf. Die Bereitstellung dieser Informationen könnte sogar als gemeinsame Aufgabe der Sozialpartner ausgestaltet werden, was sicherlich Symbol eines verbesserten Dialogs zwischen den Sozialpartnern wäre.

¹⁶ Zu den strafrechtlichen Aspekten der Urteilspublikation siehe insbesondere BICHOVSKY, *Commentaire romand*, CP I, N 1, 24 und 25 zu Art. 68 StGB, S. 710 und 712. Vgl. ferner BGE 101 I 344 und 108 IV 158.

Denkbar wäre es auch, eine solche Informationspflicht als «tripartite» Aufgabe auszugestalten, die von den Sozialpartnern sowie dem Staat gemeinsam wahrgenommen wird.

Neuenburg, 11. April 2016

Jean-Philippe Dunand

Pascal Mahon

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

Jean-Philippe Dunand, professeur
Pascal Mahon, professeur
Fanny Matthey, docteure en droit
Alfio Russo, avocat, assistant-doctorant



ÉTUDE SUR LA PROTECTION EN CAS DE GRÈVE LICITE

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),

du 11 avril 2016

Réponses aux questions et synthèse générale (partie IV de l'étude)

Réponses aux questions et synthèse générale

A. Introduction

1. Conformément au mandat qui nous a été confié, nous avons approfondi dans cette étude la question principale qui nous était posée, à savoir « quelle est la protection accordée en droit suisse aux travailleurs qui font grève de manière conforme au droit » et celle de savoir si cette protection garantit « l'exercice effectif du droit de grève, étant considéré que ce droit a valeur constitutionnelle et qu'il se rattache à la liberté syndicale et peut donc être appréhendé sous l'angle des rapports collectifs de travail ».
2. A titre de synthèse générale, nous souhaitons apporter dans un premier temps une réponse succincte aux cinq sous-questions générales développant la question principale qui nous a été posée (lettre B). Dans un second temps, il s'agira de présenter quelques pistes de réflexion et d'amélioration envisagées (lettre C).

B. Réponses aux cinq questions développant la question générale

1. Question 1

- a. *Description du droit de grève tel que garanti par l'art. 28 Cst. : notion de grève, titulaires, conditions et conséquences juridiques.*

Les deux questions particulières suivantes sont d'intérêt dans ce cadre et seront abordées sans devoir toutefois faire l'objet de développements particulièrement détaillés en rapport avec l'ensemble : tiers qui ne font pas partie de l'entreprise, qui participent à la grève et qui n'ont pas de revendications à faire valoir et éventuel devoir d'informer les travailleurs sur les conditions légales ou contractuelles du droit de grève.

- b. *Garanties découlant de la Convention européenne des droits de l'homme au vu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.*

- c. *Eléments d'interprétation des conventions C 87 et C 98 en rapport avec le droit de grève.*

Description du droit de grève au sens de l'art. 28 Cst. (notion de grève, titulaires, conditions et conséquences juridiques)

3. Différents types de grève peuvent exister en pratique (grève « classique » qui consiste à « simplement » cesser de travailler, grève du zèle, perlée, tournante, des crayons, des factures, des notes, grève de solidarité, grève sauvage, grève politique, etc.). Si toutes ces formes de grève consistent en une « désorganisation collective et concertée du travail par les salariés », toutes ne sont pas pour autant toujours protégées par le droit. En Suisse, pour qu'une grève soit protégée, il faut qu'elle soit licite.

La grève et le lock-out peuvent être définis de la manière suivante : la grève consiste en une abstention collective et concertée, de la part des travailleurs, de fournir la prestation de travail, généralement dans le but de faire pression sur l'employeur afin d'obtenir un accord dans le domaine des conditions de travail ; le lock-out, ou mise à pied collective, constitue un moyen de pression de l'employeur, en réponse à la grève, qui vise à infléchir la position des grévistes.

Quant au Tribunal fédéral, il définit la grève comme une « *kollektive Verweigerung der geschuldeten Arbeitsleistung zum Zwecke der Durchsetzung von Forderungen nach bestimmten Arbeitsbedingungen gegenüber einem oder mehreren Arbeitgebern* »¹.

4. En ce qui concerne les *conditions* du droit de grève, l'art. 28 al. 2 et 3 de la Constitution fédérale prévoit que toute grève ou tout lock-out doit, doit pour être licite et bénéficier de la protection de la liberté syndicale, respecter les trois conditions suivantes :

- se rapporter aux relations de travail (au sens large) ; en d'autres termes, et selon certains auteurs, le moyen de combat doit poursuivre des buts susceptibles d'être réglés dans une convention collective de travail ;
- respecter une obligation existante de préserver la paix du travail ;
- n'intervenir que lorsque les moyens de négociation et de médiation ont été épuisés (idée de l'*« ultima ratio »*, cf. art. 28 al. 2 Cst., ou, pour certains auteurs, de la proportionnalité).

Une quatrième condition est souvent ajoutée par la doctrine et reprise par le Tribunal fédéral : la grève doit être organisée ou soutenue par une organisation de travailleurs.

5. La question de la *titularité* du droit de grève – étroitement liée à la quatrième condition présentée ci-dessus – est celle qui soulève le plus de discussions. A vrai dire, ce n'est pas tellement la question de savoir qui peut *participer* à une grève qui pose un problème (il est admis sans controverse que les travailleurs, à titre individuel, et même les travailleurs non syndiqués, ont le droit de participer à une grève licite), mais plutôt celle de savoir qui est autorisé à *déclencher* la grève.

La doctrine n'est pas unanime, ni quant à la nécessité ou à l'opportunité, ni quant à la signification de cette quatrième condition de licéité de la grève. Certains auteurs sont d'avis que cette condition signifie que seul un syndicat doit pouvoir décider le déclenchement de la grève – ou son soutien –, ou, pour le moins, que l'organisation des travailleurs doit répondre aux critères de l'association au sens des articles 60 ss du Code civil ou d'une autre personne morale. D'autres estiment qu'une conception moins formaliste devrait être retenue, en ce sens que ce qui importe, c'est que les travailleurs soient organisés de manière à ce qu'existe, dans l'hypothèse d'un conflit, une organisation minimale, qui représente les travailleurs concernés, en tant qu'interlocuteur de l'employeur dans la négociation.

A notre sens, la conception qui consiste à ne reconnaître le droit de déclencher une grève qu'aux seuls syndicats paraît discutable pour plusieurs raisons. Tout d'abord, il faut relever que l'Assemblée fédérale (notamment et explicitement le Conseil national) a, après discussion, renoncé semble-t-il volontairement à inclure une telle condition à l'art. 28 Cst.

Ensuite, le droit de grève est certes, à l'instar de plusieurs autres droits fondamentaux (comme les libertés d'association et de réunion, par exemple), un droit qui doit – et ne peut que – être exercé collectivement, sans que cela n'empêche toutefois que chaque travailleur individuel puisse en être ou en soit titulaire.

Du point de vue de la *finalité* de cette condition, ce qui nous semble primordial est d'avoir des acteurs à même de représenter les travailleurs en grève et de défendre leurs revendications, en bref d'avoir des interlocuteurs, ou des porte-paroles, pour mener les négociations avec l'autre partie. En ce sens, il nous paraît donc que

¹

ATF 125 III 277, c. 3a. Cf. également ATF 134 IV 216, c. 5.1 ; ATF 132 III 122, c. 4.3.

l'élément essentiel de cette quatrième condition consiste dans le fait que les travailleurs soient organisés. Il importe peu que la grève soit soutenue par un syndicat.

Il existe encore un autre élément dont il faut tenir compte : si l'exigence que la grève soit déclenchée par un syndicat devait être retenue de manière absolue et stricte, cela priverait de fait les travailleurs de certains secteurs économiques – non organisés syndicalement – du droit de grève.

Dans ce sens, on peut se demander si le droit de déclencher une grève ne devrait pas, à tout le moins, dans les branches où il n'existe pas de syndicats, être reconnu aux représentants élus des travailleurs au sens de la loi sur la participation. Pour les plus petites entreprises (moins de 50 travailleurs, cf. art. 3 de la loi sur la participation), qui n'ont pas de représentation élue, on pourrait même imaginer que les travailleurs se réunissent pour désigner une représentation *ad hoc*.

Enfin dernier élément, mais pas des moindres du point de vue constitutionnel, si le droit de déclencher une grève n'était accordé qu'aux syndicats et, donc, aux personnes syndiquées, cela pourrait fortement porter atteinte à la liberté syndicale *négative*, c'est-à-dire au droit de ne pas adhérer à un syndicat, les travailleurs concernés étant pratiquement contraints de choisir entre l'adhésion à un syndicat ou la renonciation à leur « droit » de grève. Sur cet aspect, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle également que l'art. 11 par. 1 CEDH garantit aussi la liberté syndicale *négative*, dans le but de protéger les travailleurs contre toute affiliation forcée à un syndicat. La pratique générale du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (Pacte I) va dans le même sens, de même que l'art. 22 ch. 1 du Pacte II relatif aux droits civils et politiques, qui protège également la liberté syndicale négative.

6. Sur le plan des conséquences juridiques de la participation du travailleur à une grève, il convient de distinguer selon que la grève est licite ou illicite.

La participation à une grève *illicite* constitue une violation du contrat de travail, notamment du devoir de fidélité (art. 321a CO). Elle est considérée comme un cas de demeure du travailleur sous la forme d'un refus injustifié de la prestation de travail. L'employeur est libéré du paiement du salaire pendant la période de l'absence consécutive à une grève illicite.

Le travailleur qui n'offre pas sa prestation de travail commet une violation du contrat de travail, ce qui donne à l'employeur le droit de résilier le contrat en respectant les délais ordinaires de congé (art. 335a ss CO). La résiliation ordinaire du contrat faisant suite à une grève illicite n'est pas abusive. L'employeur peut également licencier avec effet immédiat un employé du fait de sa participation à une grève illicite pour autant que les conditions de l'art. 337 CO soient réalisées : existence d'un juste motif, réaction immédiate, avertissement suivant la gravité du manquement. Selon l'art. 337 al. 2 CO, sont « notamment considérés comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail ». En cas de litige, le juge appréciera « librement » s'il existe des justes motifs en tenant compte de l'ensemble des circonstances (cf. art. 337 al. 3 CO). Il tiendra notamment compte du rôle du travailleur dans le déclenchement et la conduite de la grève.

Dans la mesure où, même pour un juriste averti, il est difficile de distinguer dans un cas d'espèce les limites entre une grève licite et illicite, plusieurs avis doctrinaux estiment, à juste titre selon nous, que dans le cadre de l'examen d'éventuels justes motifs, il faut tenir compte de la possibilité pour le travailleur de reconnaître – ou non – son caractère illicite.

En outre, la violation du contrat par le travailleur peut amener celui-ci à devoir réparer le dommage causé à son employeur (en raison de l'art. 321e CO), du moins lorsqu'il ne pouvait ignorer le caractère illicite de la grève. Lorsqu'un syndicat a soutenu la grève, il peut également être tenu à réparer le dommage en vertu des articles 41 ss CO en cas de responsabilité délictuelle ou sur la base des articles 97 ss CO si une CCT prévoit le respect de la paix du travail. Les CCT contiennent souvent des peines pour ce type de situation.

7. Lorsque la grève est *licite*, on considère que les rapports de travail sont partiellement suspendus pendant la durée de la grève (théorie de la suspension). Cette suspension intervient pour la durée effective de la grève, que celle-ci soit supérieure ou inférieure à la durée annoncée.

Plus précisément, les obligations principales des parties sont suspendues (art. 82 CO), alors que les obligations secondaires perdurent. Le travailleur en grève n'est ainsi pas tenu de fournir sa prestation de travail, alors que l'employeur, lui, n'est pas tenu de verser le salaire. En pratique, les travailleurs membres d'un syndicat sont souvent indemnisés (partiellement) par leur association professionnelle. Quant aux travailleurs non syndiqués, ils n'ont en principe droit à aucune indemnité. Mais il n'est pas exclu qu'ils s'affilient au syndicat au moment de la grève.

Si l'obligation principale du travailleur d'accomplir son activité est suspendue le temps de la grève, il n'en va pas de même de ses obligations secondaires, en particulier de son devoir de diligence et de fidélité (art. 321a CO). Par exemple, le travailleur n'est pas autorisé à exercer une activité lucrative auprès d'un autre employeur pendant le temps de la grève.

En revanche, il va de soi que le travailleur n'engage pas sa responsabilité (art. 321e CO) et qu'il ne peut être tenu de réparer le dommage économique subi par l'employeur du fait d'une grève licite (manque à gagner de l'employeur en raison de la cessation de l'activité des travailleurs). D'ailleurs, ce dommage constitue le but même de la grève et doit conduire l'employeur à considérer les revendications des travailleurs comme étant moins pénibles que la grève elle-même.

La grève licite ne met pas fin aux rapports de travail ; la réintégration professionnelle des grévistes dans leur activité professionnelle est garantie. Si un employeur procède à des licenciements ordinaires en raison de la grève, alors que celle-ci est licite, les licenciements seront considérés comme abusifs (au sens de l'art. 336 CO). De même, *a fortiori*, le licenciement immédiat d'un travailleur en raison de sa participation à une grève licite sera considéré comme injustifié (art. 337c CO). Ces derniers points sont développés dans la réponse à la question 3.

La situation des tiers qui ne font pas partie de l'entreprise, qui participent à la grève et qui n'ont pas de revendications à faire valoir

8. S'agissant de la question de l'accès à l'entreprise, en cas de grève, deux situations doivent être distinguées : celles prévalant pour les syndicats et les représentants syndicaux, ainsi que celle applicable pour les travailleurs qui auraient eux-mêmes été licenciés pour fait de grève. D'une manière générale, le droit international ainsi qu'une partie de la doctrine déduisent un tel droit d'accès directement de la liberté syndicale, considérant qu'il s'agit là d'un droit dérivé de cette liberté, « essentiel » pour son exercice effectif, alors que, à l'inverse, le Tribunal fédéral et une partie de la doctrine ne considèrent pas ce droit comme une « composante indispensable » de la liberté syndicale. On a donc là deux manières de voir qui ne se rejoignent pas.

Admettre qu'un droit d'accès découle et doit découler de la seule liberté syndicale peut se comprendre si l'on veut éviter que le droit de grève ne soit pas vidé de son sens. En effet, si l'on n'interprétait pas les choses ainsi, dans la mesure où la réintégration n'existe pas, cela signifie qu'il « suffirait » de licencier les grévistes – même de manière illégale ou abusive –, pour les faire sortir de l'entreprise et, par conséquent, les priver de tout droit d'accès, donc rendre illusoire le droit de grève. Il n'en demeure pas moins que le droit d'accès à l'entreprise se heurte de front à un autre droit fondamental, de l'employeur celui-là, la garantie de la propriété (voire la liberté économique).

On se trouve donc face à un conflit de droits fondamentaux et il convient, pour le trancher, de reprendre la méthode définie par la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, que celui-ci a d'ailleurs récemment rappelée : « [e]n vue de résoudre un conflit de libertés (lorsqu'il n'a pas été préalablement ou entièrement désamorcé par le législateur à travers une harmonisation normative des intérêts antagonistes ou par une hiérarchisation légale des valeurs dans un contexte déterminé [...]), c'est au juge qu'il incombe de vérifier que la décision entreprise ménage un juste équilibre entre les différents principes constitutionnels et droits fondamentaux en jeu [...], étant rappelé que la Constitution fédérale ne prévoit elle-même aucune hiérarchie entre les droits fondamentaux [...]. [...] le juge se laissera en règle générale guider par les principes ancrés à l'art. 36 Cst., en les adaptant le cas échéant aux besoins spécifiques [...] »².

Il n'est donc pas possible de donner à cette question une réponse générale et abstraite. La question doit être tranchée dans chaque cas concret en fonction des circonstances de ce cas (quelle partie de l'entreprise est concernée par le droit d'accès, dans quel but celui-ci est-il revendiqué, etc.). Dans le cas qui nous intéresse, si l'on admet que le législateur n'a pas lui-même « préalablement ou entièrement désamorcé » le conflit, on pourrait envisager que les partenaires sociaux aient, eux, la possibilité de le faire par le biais des conventions collectives ou éventuellement dans le cadre de négociations au moment du conflit.

La question d'un éventuel devoir d'informer les travailleurs sur les conditions légales ou contractuelles du droit de grève

9. En ce qui concerne la question d'un éventuel devoir général d'information de l'employeur en matière de droit de grève, et bien qu'il existe, dans la législation, notamment le Code des obligations et la loi sur la participation, divers devoirs d'information de l'employeur sur des points précis, il n'existe pas, à notre sens, sur la base du droit positif, une obligation de l'employeur d'informer les travailleurs sur le droit de grève et sur les conditions de son exercice licite.

Il ne nous semble en revanche pas exclu qu'une CCT ou un règlement d'entreprise le fasse bien que cela soit peu probable en pratique.

Informier les travailleurs – mais certainement aussi les employeurs – sur les conditions du droit de grève et de son exercice pourrait probablement participer d'un meilleur dialogue entre les partenaires sociaux, pour autant que l'information soit correcte et non orientée. Or, les conditions de licéité de la grève n'étant pas définies de manière totalement précise mais faisant l'objet de divergences d'interprétation dans la doctrine, comme du reste entre les partenaires sociaux, un risque d'information erronée n'est pas exclu. Dans ces conditions, on peut se demander si un devoir d'information – information qui s'adresserait aussi bien aux employeurs qu'aux travailleurs – ne devrait

²

ATF 140 I 201, consid. 6.7.

pas être conçu comme une entreprise commune des partenaires sociaux, voire une entreprise tripartite, partagée entre le partenariat social et l'Etat.

Garanties découlant de la Convention européenne des droits de l'homme au vu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

10. Au niveau de la CEDH, c'est l'art. 11 relatif à la liberté de réunion et d'association qui est pertinent. Dans la mesure où cette disposition est directement applicable en Suisse et où les droits qu'elle garantit sont doublement protégés (tant au niveau interne, qu'au niveau international), elle revêt une importance particulière.
11. En ce qui concerne plus précisément le droit à la grève, la Cour a d'abord reconnu que le droit de grève est l'un des moyens d'action les plus efficaces des syndicats, tout en retenant néanmoins aussi la possibilité d'autres mesures d'action. Par la suite, la Cour a reconnu dans une certaine mesure, ou indirectement, un droit de grève dans les circonstances spécifiques de l'arrêt *Enerji Yapı-Yol Sen c. Turquie*. Puis, plus récemment, en 2014, elle a également reconnu que la grève est protégée dans le cadre de l'art. 11 CEDH, ce qu'elle a encore confirmé en 2015. Désormais, le droit de grève est donc clairement reconnu et protégé par l'art. 11 CEDH.
12. Selon la jurisprudence de la Cour, les Etats sont libres en principe de décider quelles mesures ils entendent prendre afin d'assurer le respect la liberté syndicale au sens de l'art. 11. En d'autres termes, les modalités d'exercice du droit syndical, dont notamment le droit d'action collective, relèvent de la marge d'appréciation des Etats. Les Etats ont néanmoins l'obligation d'y inclure les éléments considérés comme essentiels par la jurisprudence de la Cour.

Eléments d'interprétation des conventions C 87 et C 98 en rapport avec le droit de grève.

13. Dans le cadre de l'OIT, 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 »³, estimant que la Convention n° 87 « exige qu'au minimum, le droit de grève soit garanti au titre de droit collectif des syndicats »⁴.
14. 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. Le droit de grève ne se limite ainsi pas nécessairement à la poursuite d'objectifs de convention collective. La participation à une grève licite ne doit pas entraîner pour les travailleurs des sanctions de droit civil ou pénal.
15. 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. De la même manière, le

³ KUSTER ZÜRCHER, p. 64, N 18.

⁴ KUSTER ZÜRCHER, p. 64, N 18.

Comité semble admettre que réserver le droit de déclencher une grève aux seules organisations syndicales puisse être compatible avec les normes de la convention n° 87, pour autant toutefois que les travailleurs puissent constituer des syndicats sans être confrontés à des pratiques antisyndicales.

2. Question 2

Place, fonction et limites du droit de grève dans les rapports collectifs de travail, notamment par l'étude des CCT et au vu des droits et obligations prévus à l'art. 28, al. 2 et 3, Cst.

16. L'étude a permis de montrer que le droit de grève est, à divers égards, étroitement et intrinsèquement lié au droit collectif du travail, ou, pour reprendre les termes de la question, aux rapports collectifs de travail. Ce lien se manifeste, tout d'abord, dans le fait que le droit de grève est souvent considéré – même si cette conception est discutée – comme un droit essentiellement, sinon exclusivement collectif, un droit de groupe, un droit des syndicats, plus que comme un droit fondamental individuel. Ainsi, la titularité même du droit de grève est réservée aux travailleurs (collectivement) organisés, et non aux travailleurs individuels, cela sans préjuger de la question, discutée elle aussi, de ce que recouvre l'exigence d'une « organisation » des travailleurs.

D'autre part, le lien entre le droit de grève et le droit collectif du travail se marque à travers l'instrument de la convention collective de travail. La simple existence d'une convention collective de travail implique en effet, pour les parties qui l'ont conclue ainsi que pour les employeurs et les travailleurs qui y sont soumis, une obligation de paix du travail, obligation *relative*, c'est-à-dire une obligation de s'abstenir de recourir à la grève ou à un autre moyen de lutte pour toute question réglée par ladite convention collective. La raison d'être de cette obligation de paix du travail repose sur l'idée que lorsqu'il existe un désaccord entre les parties sur des points réglés dans le cadre d'une convention collective, il revient au juge de trancher dans le cadre d'une action judiciaire. L'« institutionnalisation » de la paix du travail, dans plusieurs branches, résulte précisément de l'existence même, et du renouvellement régulier et ininterrompu des conventions collectives de travail.

Cette obligation de paix (relative), qui s'impose aux parties de par la loi (art. 357a CO), peut même être étendue par les parties elles-mêmes, dans la convention, pour devenir *absolue*, c'est-à-dire pour devenir une obligation de s'abstenir de recourir à la grève ou à un autre moyen de lutte pour toute question, que celle-ci soit réglée ou non dans la convention, pour toute la durée de validité de celle-ci. Or, l'art. 28 de la Constitution fédérale, qui garantit le droit de grève, fait précisément du respect d'une telle obligation de paix du travail, relative ou absolue, une des quatre conditions de licéité de la grève. En d'autres termes, le non-respect ou la violation d'une obligation de paix rend le recours à la grève illicite, et donc non protégé par la Constitution.

A l'inverse, il n'y a pas d'obligation de maintenir la paix du travail – au sens strict du terme – en dehors de l'existence d'une convention collective de travail, à moins d'une interdiction – ou une restriction – légale comme il peut en exister pour certaines catégories de personnes (par exemple pour les personnes qui assument des services essentiels).

On voit ainsi qu'il y a un lien direct et étroit entre droit de grève et droit collectif du travail et que l'instrument du droit collectif que représente la convention collective joue

et peut jouer un rôle prépondérant en matière de grève et de réglementation de la grève.

17. Paradoxalement, cependant, une étude – non exhaustive – de quelques conventions collectives montre que celles-ci ne contiennent pas beaucoup de dispositions relatives à la grève ou au droit de grève, ou encore à ses conditions d'exercice.

Certes, plusieurs conventions collectives connaissent des clauses sur la paix du travail *relative*, qui, on l'a vu, résulte déjà de la loi (art. 357a al. 2 CO). Ces conventions ne font donc que rappeler l'obligation de paix du travail. D'autres conventions contiennent des clauses qui prohibent de manière absolue le recours à la grève, en d'autres termes qui étendent l'obligation de paix du travail.

Mais, au-delà de ces clauses de paix du travail – relative ou absolue –, les conventions collectives ne semblent pas beaucoup s'aventurer à réglementer d'autres points et questions liés à la grève et/ou à l'exercice et aux modalités du droit de grève, et cela quand bien même, comme l'a montré la présente étude, les diverses interrogations soulevées par ce droit sont nombreuses et délicates.

A vrai dire, on rencontre parfois, mais assez rarement, dans des conventions collectives certaines clauses qui se réfèrent plus ou moins explicitement à la grève. Ainsi – et encore une fois abstraction faite des clauses de paix, relative ou absolue, du travail –, il arrive que l'on trouve des clauses qui prévoient des règles en cas de suspension ou de fin de la paix du travail, mais aussi des dispositions quant aux règles de comportement que les parties se doivent de suivre en cas de recours (possible) à la grève ou qui précisent quand et à quelles conditions un travailleur est en droit d'utiliser ce moyen de combat, ou encore qui prévoient des règles fixant les conditions d'exercice du droit de grève (par exemple des normes interdisant aux employeurs de recourir à des « briseurs de grève »). Dans ce dernier cas, on pourrait y voir, d'une certaine manière, une protection « préventive » contre le licenciement du travailleur exerçant ou souhaitant exercer son droit de grève.

Plus généralement, quelques conventions collectives contiennent – souvent sans référence explicite à la grève – des règles de protection contre les licenciements de travailleurs qui seraient congédiés en raison de l'exercice (conforme au droit) d'une activité syndicale. De même, certaines conventions contiennent des dispositions mentionnant explicitement le caractère abusif d'un congé donné en raison de l'exercice d'une activité syndicale – dont fait partie l'exercice licite du droit de grève – ou encore qui prohibent le licenciement pour un tel motif.

18. Il est rare, en revanche, que les conventions collectives prévoient – dans un tel cas – des sanctions plus lourdes, en cas de licenciement antisyndical, que celles prévues par le Code des obligations, notamment quant à l'indemnité versée au travailleur au sens de l'art. 336a al. 2 CO.

La question qui se pose, dans ce contexte, est celle de savoir si et dans quelle mesure il est possible, en l'état actuel du droit, c'est-à-dire de *lege lata*, d'étendre ou d'améliorer, par le biais de conventions collectives – ou de contrats individuels de travail, la protection contre le licenciement offerte par le Code des obligations, notamment en cas de licenciement abusif.

Cette question, qui a été examinée de façon approfondie dans la présente étude (voir la partie III, lettre F, n^{os} 238 ss), se confond avec la question n^o 4 et on y reviendra donc ci-dessous (n^{os} 28 ss).

19. Indépendamment de cette question, importante pour la présente étude, on peut toutefois se demander, à ce stade, si le droit collectif du travail ou, plus précisément, les conventions collectives de travail ne pourraient pas se voir attribuer – ou ne devraient pas assumer – un rôle plus important en matière de droit de grève et de réglementation des modalités de ce droit et de son exercice.

Ainsi, par exemple, comme on l'a vu dans le cadre de cette étude, il pourrait à notre sens y avoir une place pour une réglementation par les partenaires sociaux, par le biais des conventions collectives, des questions et pondérations délicates que soulève la problématique du droit d'accès à l'entreprise, en cas de grève, des syndicats et des travailleurs éventuellement licenciés.

Dans le même ordre d'idée, on pourrait aussi imaginer laisser aux partenaires sociaux, dans le cadre des conventions collectives, voire éventuellement en collaboration avec les représentants de l'administration, le soin de prévoir un devoir d'information, conçu comme une entreprise commune des partenaires sociaux, information qui s'adresserait aussi bien aux employeurs qu'aux travailleurs et qui porterait sur les conditions du droit de grève et de son exercice conforme au droit, c'est-à-dire sur les conditions de licéité de la grève qui, comme la présente étude l'a montré, ne sont pas définies de manière totalement précise et font l'objet de divergences d'interprétation dans la doctrine, comme du reste entre les partenaires sociaux.

3. Question 3

Exigences pour un exercice effectif du droit de grève

20. Pour que le droit de grève puisse être exercé de manière effective, il faut que le gréviste (qui participe à une grève licite) soit protégé de manière efficace et dissuasive contre toute sanction prise à son encontre par son employeur⁵. Parmi les diverses mesures susceptibles d'être prises par un employeur, il faut distinguer le licenciement d'autres types de sanctions de nature discriminatoire.

Protection contre le licenciement

21. Le droit suisse connaît une protection limitée des employés ayant été licenciés en raison de leur participation à une grève licite. En effet, tant le congé ordinaire, qui serait considéré dans le cas d'espèce comme abusif (cf. art. 336 ss CO), que le congé immédiat, considéré dans le cas d'espèce comme injustifié (cf. art. 337c CO), seront traités comme des congés parfaitement valables qui déplient leurs pleins effets juridiques. Dans ces deux cas de figure, les employés ne pourront solliciter ni l'annulation du congé ni leur réintégration dans l'entreprise. Ils devront se limiter à requérir la condamnation de leur employeur au versement d'une indemnité qui ne pourra être supérieure à six mois de leur propre salaire (art. 336a al. 2 et 337c al. 3 CO). Quant à la norme relative au congé donné en temps inopportun (art. 336c CO), elle n'est guère susceptible de protéger les grévistes licenciés.
22. Le caractère fragmentaire de la protection en cas d'exercice licite du droit de grève résulte également à notre sens de la notion même de grève licite, ouvrant la voie à la

⁵

Bien sûr, il ne faut pas non plus qu'il existe des sanctions pénales empêchant l'exercice effectif du droit de grève. Ce point n'a cependant pas fait l'objet de recherches approfondies dans le cadre de la présente étude.

protection, qui, ainsi que nous l'avons démontré ci-dessus, n'est pas encore totalement clarifiée. Il en résulte une inévitable incertitude pour le gréviste, susceptible d'influer sur sa volonté de participer ou non à une grève.

23. L'un des reproches formulés à l'encontre du droit suisse, notamment par l'USS et le Syndicat des services publics (SSP-VPOD) dans leurs plaintes respectives adressées à l'OIT, consiste à affirmer que l'indemnité maximale de six mois de salaire en cas de congé abusif (cf. art. 336a CO) ou de licenciement immédiat injustifié (art. 337c al. 3 CO) n'est pas suffisamment dissuasive. De fait, l'employé qui participe à une grève licite court le risque d'être licencié, donc de perdre son emploi, et de ne recevoir qu'une indemnité correspondant à quelques mois de son salaire, six au maximum. On peut légitimement se demander si une telle protection est de nature à garantir un exercice effectif du droit de grève.
24. Le Conseil fédéral a proposé dans divers projets de la porter à douze mois de salaire, soit pour tous les travailleurs, soit pour les déclencheurs d'alerte. 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 employés participant à une grève licite. 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.

Autres

25. En droit privé du travail, il n'existe pas de norme spécifique protégeant un employé contre une mesure discriminatoire, autre que le licenciement, prise à son encontre par son employeur. La victime d'une telle mesure en est donc réduite à invoquer l'application de quelques principes généraux et quelques règles spéciales dans l'espoir qu'un tribunal acceptera de les mettre en œuvre dans le cas d'espèce. S'agissant des règles générales, on peut penser aux principes de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC), de la bonne foi (art. 3 CC) ou de l'équité (art. 4 CC). S'agissant des règles spéciales, on peut penser à l'obligation de l'employeur de protéger la personnalité de ses employés (art. 328 CO).
26. Globalement, ces diverses normes sont rarement utilisées pour protéger un employé discriminé. Fait peut-être exception l'application de l'art. 328 CO dans certains cas de discrimination. Selon la conception admise en droit suisse, lorsque l'employeur traite collectivement d'une situation, les travailleurs peuvent déduire de cette disposition légale, qui protège notamment leur dignité et leur considération sociale, le droit de ne pas être traités de manière discriminatoire, sans motifs justificatifs.

Selon la jurisprudence, l'article 328 CO interdit à l'employeur de discriminer un travailleur lorsqu'une telle attitude laisse apparaître une sous-évaluation de la personnalité de l'employé qui soit blessante pour celui-ci. Une telle sous-évaluation n'est toutefois donnée que si l'employé est placé dans une situation clairement moins avantageuse qu'un grand nombre d'autres employés, mais non lorsque l'employeur

favorise seulement certains de ses employés. Ainsi, l'employeur est libre de déterminer ou de convenir, selon les circonstances, des critères d'inclusion ou d'exclusion de certaines catégories de travailleurs dans le cas d'un traitement collectif, pour autant que ces critères soient reconnaissables, qu'ils ne soient pas arbitraires, ne violent pas le respect de la personnalité et ne soient pas illicites. Le fait que l'employeur favorise certains de ses employés peut avoir pour conséquence que des employés qui ne bénéficient pas du même traitement puissent, selon le principe de la bonne foi, conclure à une modification tacite, en leur faveur, de leur contrat de travail. Dans une telle situation, l'employeur doit leur accorder aussi le traitement censé favorisé certains de ses employés uniquement parce qu'en vertu du principe de la bonne foi, ce sont ces conditions qui paraissent avoir été convenues. Les gratifications et les plans sociaux constituent les cas d'application principaux.

27. Au vu de ce qui précède, un employé discriminé parce qu'il a participé à une grève (licite ou non) ne dispose pas de réelles protections en droit privé du travail. Ce n'est que dans le cas d'un traitement collectif qu'il pourrait faire valoir une atteinte à sa personnalité. La protection est donc largement lacunaire et aléatoire.

4. Question 4

Les solutions conventionnelles plus favorables sont-elles possibles ou une modification de la loi est-elle nécessaire pour améliorer la protection ?

28. De nombreuses conventions collectives de travail contiennent des règles de protection contre les licenciements de travailleurs exerçant leur activité syndicale. Certaines mentionnent explicitement le caractère abusif du licenciement pour ce motif alors que d'autres prévoient même une interdiction de licencier. Le régime juridique et la validité de ces clauses conventionnelles demeure incertain. En effet, la question de savoir si les partenaires sociaux ont la possibilité de prévoir dans les conventions collectives de travail un régime plus favorable aux travailleurs en cas de licenciement abusif, par exemple la nullité du congé, est complexe et controversée.

Selon l'art. 358 CO, le « droit impératif de la Confédération et des cantons l'emporte sur la convention ; toutefois, les dérogations stipulées en faveur des travailleurs sont valables, à moins que le droit impératif ne s'y oppose expressément ». On admet que l'art. 358, deuxième phrase, *in fine* CO vise les normes absolument impératives, soit principalement celles énumérées à l'art. 361 CO.

La loi contient trois dispositions sur le congé abusif : l'art. 336 (principe), l'art. 336a (sanction) et l'art. 336b (procédure). A teneur de la loi (cf. art. 361 et 362 CO), l'art. 336 al. 1, l'art. 336a et l'art. 336b sont de droit absolument impératif, alors que l'art. 336 al. 2 CO est de droit relativement impératif. Selon l'art. 358 CO, il ne serait donc pas possible de déroger aux dispositions sur le congé abusif, hormis l'art. 336 al. 2 CO.

Au texte clair de la loi (cf. art. 336a, 358 et 361 CO), en défaveur d'une telle possibilité, une partie de la doctrine et certaines jurisprudences opposent une interprétation téléologique plus nuancée, qui permet d'opérer des distinctions suivant le but des normes et admettent des solutions conventionnelles dérogatoires.

A ce jour, le Tribunal fédéral ne paraît pas avoir tranché la question de manière claire et définitive, ce qui résulte plus particulièrement de deux arrêts relativement récents rendus dans la même affaire relative à l'application de la Convention collective cadre genevoise du commerce de détail (valable pour la période 2008-2010). L'employée et son syndicat soutenaient que l'ordre juridictionnel suisse permettait l'amélioration par

la voie conventionnelle de la protection légale des articles 336 ss CO. Ils estimaient encore que l'on pouvait fonder sur une disposition de la Convention une demande en annulation du congé ou alors un droit à la réintégration dans l'entreprise.

Dans un premier arrêt rendu en 2010, le Tribunal fédéral a considéré que, dans la mesure où les juges cantonaux avaient nié, à bon droit, la qualité pour agir du syndicat, il n'était « pas nécessaire d'entrer en matière sur les griefs se rapportant aux arguments de fond du litige »⁶. Il a donc laissé la question ouverte.

Le second arrêt, rendu en 2012, est plus intéressant. Selon le Tribunal fédéral, il fallait considérer que la disposition litigieuse de la convention ne permettait pas de fonder l'annulation ou l'annulabilité du congé, car elle « ne prévoit aucune disposition spéciale en cas de violation de la norme ». Ainsi, en « l'absence d'une sanction spécialement prévue, on doit supposer que cette disposition a pour but de compléter ou de préciser la protection légale figurant déjà à l'art. 336 al. 2 let. a et b CO. [...]. Dès lors qu'il ne s'agit que de compléter le système légal sans aucune précision de procédure ou de sanction, il faut admettre que l'art. 336b CO est également applicable »⁷.

Selon le Tribunal fédéral, dans la mesure où la convention collective litigieuse ne prévoyait pas de sanctions spécifiques, il fallait partir du principe qu'elle s'inscrivait dans la logique du régime légal, qu'elle permettait de compléter sans chercher à y déroger. Il nous semble que l'on peut déduire de cette jurisprudence, *a contrario*, qu'il aurait été possible aux partenaires sociaux de prévoir un régime de sanction différent qui aurait dérogé à l'art. 336a CO. En tous les cas, à aucun moment, le Tribunal fédéral ne s'est référé aux articles 358 et 361 CO. La question de la possibilité d'intégrer dans les conventions collectives de travail des règles améliorant la protection des employés contre le congé reste donc ouverte.

29. Vu le caractère relativement impératif de l'article 336 al. 2 CO, et la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle l'ordre juridique peut reconnaître de nouveaux cas de congés abusifs pour autant qu'ils aient une gravité similaire à ceux prévus dans la liste exemplative de l'art. 336 CO, il semble, en revanche, plus aisément de reconnaître que les partenaires sociaux ont la possibilité de mentionner expressément que le licenciement en raison de la participation à une grève licite constitue un cas de congé abusif.
30. *De lege ferenda*, une modification législative telle que préconisée par le Conseil fédéral et qui consisterait à renoncer au caractère absolument impératif des articles 336 et 336a CO permettrait de clarifier la situation et d'inciter les partenaires sociaux à trouver des solutions conventionnelles conformes à leurs besoins. Il serait possible dans ce cadre d'élargir la protection conférée aux employés ayant participé à une grève licite, en prévoyant par exemple la nulité de leur congé ou alors la possibilité pour le juge de fixer une indemnité supérieure à six mois de salaire (par exemple 12 mois).

5. Question 5

Quel est le rôle du droit de grève dans les branches ou professions sans organisations d'employeurs ou de travailleurs, y a-t-il dans ces branches ou professions une place pour des solutions conventionnelles plus favorables et existe-t-il des alternatives dans le cadre du régime actuel des rapports collectifs de travail ?

⁶ TF 4A_248/2010, du 12 juillet 2010, c. 5.

⁷ TF 4A_316/2012, du 1 novembre 2012, c. 2.2.

Rôle du droit de grève dans les branches ou professions sans organisations d'employeurs ou de travailleurs

31. Outre des considérations d'ordre général qui permettent de postuler que le droit de grève est probablement plus important lorsqu'il y a des syndicats (ceci pour des raisons organisationnelles d'abord, mais aussi de force de l'action), la question qui se pose ici a principalement trait à la titularité du droit de déclencher une grève.
32. Comme nous l'avons vu plus haut dans le cadre de cette étude, si l'exigence que la grève soit déclenchée par un syndicat devait être retenue de manière absolue et stricte, cela priverait de fait les travailleurs de certains secteurs économiques – non organisés syndicalement – de leur droit de grève.

Dans ce sens, on peut se demander si le droit de déclencher une grève ne devrait pas, à tout le moins, dans les branches où il n'existe pas de syndicats, être reconnu aux représentants élus des travailleurs au sens de la loi sur la participation. Pour les plus petites entreprises (moins de 50 travailleurs, cf. art. 3 de la loi sur la participation), qui n'ont pas de représentation élue, on pourrait même imaginer que les travailleurs se réunissent pour désigner une représentation *ad hoc*.

33. Si le droit de déclencher une grève n'était accordé qu'aux syndicats et, par conséquent, qu'aux personnes syndiquées, cela pourrait fortement porter atteinte à la liberté syndicale *négative* des travailleurs des branches ou professions sans organisation, travailleurs qui devraient alors, pour déclencher une grève, adhérer à un syndicat (ou renoncer à leur droit de grève).

Place pour des solutions conventionnelles plus favorables dans des branches ou professions sans organisations d'employeurs ou de travailleurs

34. A teneur de l'article 356 al. 1 CO, une convention collective de travail est conclue par « des employeurs ou associations d'employeurs, d'une part, et des associations de travailleurs, d'autre part ». Dans les branches ou professions sans organisations d'employeurs ou de travailleurs, il n'est par conséquent guère possible de conclure une convention collective de travail.

C. Quelques pistes de réflexion

35. En raison des débats entourant le droit de grève en Suisse, ainsi qu'au sein des différents organes de l'OIT et des difficultés à trouver un consensus, il nous est difficile d'apporter dans cette étude des propositions novatrices (pourtant consacrées dans d'autres ordres juridiques⁸), mais qui ne sauraient trouver un écho favorable à l'heure actuelle en Suisse et s'intégrer de manière réaliste dans le contexte ambiant. En outre, le mandat qui nous a été donné ne demande pas de présenter toutes les mesures qui existeraient dans ce domaine, mais se limite à poser un certain nombre de questions.

Ainsi, dans cette partie, nous nous bornerons dans un premier temps à reprendre ce que nous avons déjà échafaudé dans notre précédente étude, tout en ajoutant quelques autres pistes ponctuelles non encore présentées.

⁸

Cf. INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *Legal opinion on the protection of workers and the right to strike*, Lausanne 2015.

1. Renforcement de la protection contre les licenciements

36. Dans plusieurs Etats étudiés par l'ISDC, la protection contre le licenciement en général et contre le licenciement des employés exerçant une activité syndicale est plus étendue – parfois sensiblement – 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 travailleur⁹.
37. 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. Le Conseil fédéral a récemment proposé de la porter à douze mois de salaire en cas de licenciement abusif (art. 336a CO) et de congé immédiat injustifié (art. 337c al. 3 CO). 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 employés exerçant une activité syndicale. 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.

2. Elargissement des pouvoirs des partenaires sociaux

38. Comme nous l'avons vu dans le cadre de la précédente étude, 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.

⁹

INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *Legal opinion on the protection of workers and the right to strike*, Lausanne 2015.

3. Autres mesures possibles

a) Contexte

39. Si l'on se réfère à l'étude élaborée par l'Institut suisse de droit comparé¹⁰, il est possible de constater que les Etats étudiés (Autriche, France, Allemagne, Italie, Slovaquie, Suède et Grande-Bretagne) connaissent des régimes juridiques très différents sur la question du droit de grève.

On peut néanmoins observer que la « panoplie » des mesures prises par les Etats étudiés pour réglementer le droit de grève dans leur juridiction va du « tout » au « presque rien ». Autrement dit, certains Etats sont très larges dans leur conception du droit de grève et offrent d'importantes protections aux grévistes (réintégration, paiement de dommages-intérêts, etc.) et de lourdes sanctions à ceux qui ne respectent pas ce droit (sanctions pénales, sanctions civiles considérables, etc.). L'Italie et la France sont des Etats qui accordent une importance particulière à l'exercice du droit de grève. A l'inverse, d'autres Etats encadrent la grève manière stricte, imposant aux grévistes des conditions rigoureuses pour que l'exercice de ce droit soit considéré comme licite. Il en va ainsi en Grande-Bretagne.

40. Dans la mesure où, on l'a vu, en Suisse, les employés qui exercent une grève licite ne bénéficient pas de protections juridiques importantes, en particulier contre le licenciement, et que par voie de conséquence le régime juridique actuel n'est pas suffisamment dissuasif, il est opportun de rechercher s'il n'existe pas – indépendamment de la question de l'amélioration de la protection contre le licenciement (par la voie légale ou conventionnelle) – d'autres types de mesures susceptibles de renforcer le caractère effectif du droit de grève. Dans ce sens, on donnera ici quelques indications sur deux pistes de réflexion qui nous paraissent mériter un examen et qui, propres au droit de grève et à ses modalités d'exercice, n'ont pas été présentées dans notre précédente étude.

b) Publication du jugement dans les médias

41. Ainsi, une autre manière de protéger le travailleur, qui est parfois envisagée en doctrine, pourrait consister à ordonner la publication du jugement définitif constatant le licenciement abusif et/ou les discriminations syndicales. Pour que la mesure soit efficace, la publication devrait se faire à la fois dans la presse régionale et dans la presse économique¹¹. A l'heure actuelle, notre ordre juridique prévoit la publication d'un jugement dans au moins trois cas distincts.
42. En matière de protection de la personnalité, tout d'abord, l'art. 28a al. 2 CC prévoit la possibilité pour le lésé de « demander [au juge] qu'une rectification ou que le jugement soit communiqué à des tiers ou publié ». Il ne s'agit, toutefois, pas d'une action supplémentaire mais plutôt d'une modalité spécifique de mise en œuvre des actions défensives prévues par l'art. 28a al. 1 CC (la disposition mentionne expressément le terme « en particulier »). Les mesures de l'art. 28a al. 2 CC peuvent également assurer une fonction réparatrice de l'atteinte, mais pas du dommage lui-même, celui-ci relevant exclusivement de l'art. 28a al. 3 CC. Du reste, elles ne presupposent pas de faute de

¹⁰ Cf. INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *Legal opinion on the protection of workers and the right to strike*, Lausanne 2015.

¹¹ MOESCH, p. 555.

l'auteur de l'atteinte. Ces mesures, doivent, en outre, être expressément requises par le demandeur dans ses conclusions. Le juge peut ordonner une publication (diffusion dans un périodique, par radio, par télévision, sur un site internet) ou une communication à des tiers (notamment par voie de circulaire ou par e-mail). Les frais de publication sont à la charge du défendeur qui succomberait.

Le juge devra statuer en fonction du principe d'adéquation, c'est-à-dire qu'il accèdera à la requête à condition que cela soit propre, avant tout, à supprimer ou à atténuer l'atteinte. Il devra ainsi éviter d'ordonner la publication d'un jugement dans le seul but de punir l'auteur de l'atteinte en portant celle-ci à la connaissance de tiers et satisfaire ainsi le désir de vengeance de la victime. La mesure ne devra par ailleurs être prononcée que pour autant que d'autres mesures ne soient pas susceptibles de parvenir au même résultat (principe de proportionnalité). De plus, elle ne doit pas revêtir un caractère purement vexatoire pour l'auteur de l'atteinte¹². Selon le Tribunal fédéral, une publication de jugement ne se justifie que quand une telle mesure est propre à éliminer le trouble causé par l'atteinte à la personnalité, à savoir les fausses impressions suscitées chez un nombre inconnu de tiers¹³.

43. En deuxième lieu, concernant la réparation du tort moral dans le cas d'une atteinte à la personnalité, il convient également de mentionner l'art. 49 al. 2 CO, lequel donne la possibilité au juge de substituer ou d'ajouter à une réparation en espèces un autre mode de réparation. La question de savoir si la publication d'un jugement constitue un autre mode de réparation est controversée en doctrine¹⁴. Le Tribunal fédéral s'est longtemps montré hésitant à ce sujet. Dans sa jurisprudence récente, il a finalement admis que la publication puisse assurer la réparation du tort moral dans le cas d'une atteinte à l'honneur, lorsqu'elle apparaît comme le moyen le plus approprié ; ce n'est que si un tort moral subsiste après cette publication que le versement d'une indemnité en argent se justifie de manière supplémentaire¹⁵.
44. Enfin, le Code pénal prévoit, à son article 68, la publication du jugement comme sanction. Il en va ainsi lorsque l'intérêt public, l'intérêt du lésé ou l'intérêt de la personne habilitée à porter plainte l'exigent (art. 68 al. 1 CP). La publication du jugement se justifie par un effet d'avertissement et par un but de servir l'intérêt public. Il s'agit donc d'informer et de tranquilliser le public, ainsi que de le mettre en garde contre la commission de certaines infractions. Par ailleurs, la publication du jugement peut être un moyen dissuadant le condamné de réitérer (prévention spéciale). L'intérêt public est avancé lorsque le public doit être mis en garde, par exemple en cas de contrefaçon de marchandises, de contravention à la loi fédérale contre la concurrence déloyale ou de malversations d'un avocat. S'agissant de l'intérêt du lésé, les délits contre l'honneur ou les dénonciations calomnieuses sont les infractions les plus susceptibles de justifier la publication du jugement. L'article 68 al. 2 CP prévoit, en outre, la possibilité de demander au juge la publication du jugement d'acquittement en raison d'un intérêt public (par exemple si la personne concernée a été publiquement discriminée pendant la procédure pénale) ou en raison de l'intérêt de la personne

¹² Sur ces différents aspects de cette première mesure de publication des jugements, voir notamment JEANDIN, Commentaire romand CC I, N 15 et 16 *ad* art. 28a CC, p. 271, et les références citées ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 578, p. 219-220 et les références citées ; TERCIER, N 998, p. 136.

¹³ ATF 135 III 145, JdT 2009 I 612.

¹⁴ Sur la question, voir WERRO, Commentaire romand, Code des obligations II, Bâle 2012, N 15 *ad* art. 49, p. 469.

¹⁵ ATF 131 III 26, cons. 12.2.1.

lésée ou habilitée à porter plainte (par exemple lorsque l'accusation non fondée l'a discréditée dans son milieu professionnel).

Le juge fixe les modalités de la publication (art. 68 al. 4 CP), c'est-à-dire détermine le lieu et l'organe de publication. Il peut s'agir non seulement d'une feuille officielle (cantonale ou fédérale), mais également de n'importe quel média, pourvu que le but visé par la publication soit atteint. La question de la publication du nom est controversée. La jurisprudence est d'avis que le nom du coupable ne doit pas être publié uniquement pour des motifs de prévention spéciale, mais chaque fois que le but visé par la publication de jugement dans un cas d'espèce l'exige. Si certains auteurs considèrent que la publication du jugement doit toujours mentionner le nom, d'autres sont de l'avis contraire lorsque la publication est justifiée par un intérêt public, mais reconnaissent que la mention du nom est inévitable dans le cas d'une publication justifiée par un intérêt privé¹⁶.

45. *De lege lata*, il n'est pas sûr qu'un juge puisse ordonner la publication du jugement constatant le licenciement abusif et/ou les discriminations syndicales à l'encontre des employés ayant participé à une grève licite. *De lege ferenda*, la publication du jugement définitif dans les médias pourrait constituer une sanction complémentaire à l'indemnité prévue actuellement par le Code des obligations en cas de licenciement abusif ou immédiat injustifié. Elle aurait certainement l'avantage de procurer un effet plus dissuasif pour certaines entreprises que celui d'une indemnité parfois peu conséquente, selon la force économique de l'employeur. Par ailleurs, à notre sens, il pourrait y avoir un certain intérêt à ce que le public soit informé de l'issue d'une procédure pour licenciement antisyndical. Cette mesure permettrait en outre au travailleur licencié abusivement ou victime de discrimination syndicale d'obtenir une meilleure reconnaissance de la légitimité de son action de grève.

c) Meilleure information sur les conditions du droit de grève

46. Outre cette mesure « réparatrice » qui pourrait amener à une meilleure protection de l'exercice du droit de grève licite, nous sommes d'avis qu'une autre mesure, applicable « en amont », c'est-à-dire avant qu'une grève ne soit déclenchée, devrait être envisagée.
47. Au vu des questions complexes qui se posent autour des conditions de licéité d'une grève, il conviendrait en effet de prévoir un devoir d'information à l'égard aussi bien des employeurs que des travailleurs sur les conditions du droit de grève et de son exercice. La mise en place de cette information pourrait même être conçue comme une entreprise conjointe ou commune des partenaires sociaux, ce qui participerait probablement d'un meilleur dialogue entre ces partenaires sociaux.

Le cas échéant, un tel devoir d'information pourrait aussi être conçu comme une entreprise « tripartite », associant les partenaires sociaux et l'Etat.

Neuchâtel, le 11 avril 2016

Jean-Philippe Dunand

Pascal Mahon

¹⁶

Sur ce volet pénal de la publication des jugements, voir notamment BICHOVSKY, Commentaire romand, CP I, N 1, 24 et 25 *ad art.* 68, p. 710 et 712. Cf. aussi ATF 101 I 344 et 108 IV 158.