

Résumé et commentaire

Proposition de citation :

Karine Lempen, Le devoir de loyauté des syndicats ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_868/2021, Newsletter DroitDuTravail.ch février 2023

Art. 28 Cst., 11 CEDH



Le devoir de loyauté des syndicats ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_868/2021

Karine Lempen, Professeure ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Genève

I. Objet de l'arrêt

En Suisse, seuls les syndicats ayant la qualité de « partenaire social » sont habilités à négocier et conclure une convention collective de travail (CCT) ou à y adhérer. La reconnaissance de ce statut est subordonnée à plusieurs conditions, dont celles de la « représentativité » et de la « loyauté ». L'arrêt donne de nouvelles précisions sur la façon dont il faut interpréter ce second critère.

L'identité des parties au litige ayant été révélée par plusieurs articles de presse¹, le résumé qui suit y fait référence.

II. Synthèse de l'arrêt

A. Faits

Créée en mai 2020, l'association Avenir syndical vise la défense des intérêts du personnel des secteurs public et subventionné à Genève. Dès le mois de juin 2020, le syndicat tente en vain d'obtenir sa reconnaissance comme partenaire social par les Hôpitaux universitaires de Genève (HUG).

Le 31 août 2020, Avenir syndical prévient qu'il organisera une grève si les HUG refusent de négocier avec lui au sujet des revendications du personnel hospitalier. Les Hôpitaux répondent que les mesures annoncées, discutées au niveau « managérial », n'entreront pas en vigueur et font l'objet d'arbitrages. Le lendemain, 1^{er} septembre 2020, le syndicat instigue et soutient

¹ Voir notamment ARMANIOS RACHAD, « Avenir syndical est indigne de confiance, selon le Tribunal fédéral », Tribune de Genève, 7 septembre 2022.

une grève du personnel contre la modification des horaires envisagée par la direction des HUG.

En octobre 2020, les HUG indiquent ne pas être en mesure de se prononcer sur la qualité de partenaire social d'Avenir syndical et lui demandent des informations supplémentaires. Le syndicat signale avoir fourni ses statuts. Un mois plus tard, les HUG réitèrent leur demande. Le syndicat répond qu'une liste de ses membres est à disposition de la Chambre des relations collectives de travail. La tentative de conciliation devant cette Chambre échoue.

Par décision du 16 décembre 2020, la direction des HUG refuse de reconnaître Avenir syndical comme partenaire social. Le syndicat recourt en vain contre cette décision auprès de la Cour de justice du canton de Genève puis du Tribunal fédéral.

B. Droit

Saisi d'un recours en matière de droit public, le Tribunal fédéral explique que sa tâche consiste à déterminer si la Cour cantonale a eu raison de confirmer le refus des HUG de reconnaître Avenir syndical comme partenaire social au motif que ce dernier ne remplit pas la condition de la loyauté (c. 3).

Le syndicat invoque notamment une violation de sa liberté syndicale (art. 28 Cst.). A cet égard, le Tribunal fédéral rappelle que la liberté syndicale collective garantit au syndicat la possibilité d'exister et d'agir en tant que tel pour défendre les intérêts de ses membres. En particulier, la liberté syndicale implique le droit de participer à des négociations collectives et de conclure des CCT. Toutefois, afin d'éviter une trop grande multiplication des acteurs susceptible de nuire à l'efficacité du dialogue social, seul un syndicat *reconnu* comme partenaire social peut se prévaloir de ce droit. Le Tribunal fédéral rappelle sa jurisprudence antérieure selon laquelle un syndicat doit être considéré comme partenaire social lorsqu'il remplit quatre conditions cumulatives : avoir la compétence de conclure des CCT (« *Tariffähigkeit* »), être compétent à raison du lieu et de la matière, être suffisamment représentatif et faire preuve de loyauté. Les deux dernières exigences reposent sur des notions juridiquement indéterminées (représentativité et loyauté) qu'il sied de concrétiser dans chaque cas particulier (c. 6.1).

La loyauté, qui est une des modalités de la bonne foi, doit être présumée. En conséquence, si un syndicat demandant à être reconnu comme partenaire social se déclare prêt à respecter les obligations découlant de la CCT ou, plus largement, le devoir de se comporter comme un interlocuteur digne de confiance – et qu'il remplit au demeurant les autres conditions de reconnaissance – l'entité employeuse ne peut en principe pas refuser de le reconnaître, sauf si elle prouve que le syndicat s'est comporté par le passé de façon à « faire sérieusement craindre » une participation déloyale au dialogue social (c. 6.2).

En l'espèce, la Cour de justice a retenu que le syndicat recourant ne remplissait pas la condition de la loyauté pour deux motifs (c. 6.4).

Premièrement, deux de ses représentants ont fait l'objet d'une condamnation pénale. L'un a été condamné dans le cadre d'une précédente activité auprès d'un autre syndicat. L'autre a dû répondre d'un comportement diffamatoire à l'encontre d'un membre du personnel des HUG (c. 6.4). Le Tribunal fédéral juge pertinente la prise en considération de ces antécédents judiciaires qui concernent les principaux interlocuteurs de la direction des HUG. Le fait que ces représentants aient déjà violé la loi dans le contexte syndical, pour l'un, et en lien avec les

HUG, pour l'autre, est « propre à susciter des doutes sur la volonté et la capacité » du syndicat à agir de manière loyale dans le cadre d'un partenariat social. Que l'une des condamnations ait été prononcée plusieurs années auparavant ne change rien à ce constat (c. 6.5).

Deuxièmement, l'attitude du syndicat durant la procédure visant la reconnaissance de son statut de partenaire social nourrit les doutes sur sa capacité à se comporter de façon loyale. Selon l'arrêt cantonal, le syndicat a tenté de forcer cette reconnaissance en fixant des ultimatums aux HUG, malgré la procédure en cours. Dans ce contexte, « le futur partenaire social n'a pas à faire pression pour obtenir son statut », sous réserve de l'hypothèse où la partie employeuse tarderait à se prononcer sans motifs. Tel n'était pas le cas en l'espèce. La durée de la procédure s'explique par le comportement du syndicat, qui ne fournissait pas les informations permettant d'examiner sa représentativité, et non par la lenteur des HUG (c. 6.5). Le Tribunal fédéral qualifie en particulier de déloyal le fait d'avoir instigué et soutenu la grève du 1^{er} septembre 2020, alors que le syndicat avait été informé la veille que les mesures contestées ne seraient pas mises en œuvre dans l'immédiat et qu'une grève doit constituer une *ultima ratio* (c. 6.6).

Au regard de l'ensemble des circonstances, le Tribunal fédéral conclut que la Cour de justice n'a pas violé la liberté syndicale en jugeant que la condition de la loyauté n'était pas remplie et en confirmant le refus des HUG de reconnaître Avenir syndical comme partenaire social (c. 6.7). Par ailleurs, la décision des Hôpitaux n'est pas contraire au principe d'égalité (art. 8 al. 1 Cst.) puisque la différence de traitement entre les syndicats partenaires des HUG, d'une part, et le recourant, d'autre part, s'avère objectivement justifiée par l'absence de loyauté du second (c. 7). Le recours est rejeté.

III. Commentaire

A. La condition de la loyauté au regard de l'art. 11 CEDH et du droit de l'OIT

Dans un précédent arrêt relatif à la liberté syndicale collective, la deuxième Cour de droit public du Tribunal fédéral s'était abondamment référée à l'art. 11 CEDH et aux conventions n° 87 et 98 de l'OIT². La jurisprudence objet du présent commentaire ne mentionne en revanche aucune de ces sources.

Le Tribunal fédéral paraît néanmoins interpréter l'art. 28 Cst. à la lumière de la jurisprudence européenne lorsqu'il explique, à l'instar de la CourEDH dans l'arrêt *Demir et Baykara c. Turquie*³, que la liberté syndicale implique le droit de participer à des négociations collectives et de conclure des CCT⁴. L'arrêt *Demir* précise que les Etats demeurent libres d'organiser leur système de manière à reconnaître un statut spécial aux syndicats représentatifs⁵. La Suisse fait usage de cette possibilité puisque la jurisprudence du Tribunal fédéral subordonne le droit de négocier et conclure des CCT, ou d'y adhérer, à la reconnaissance du statut de « partenaire social », lui-même conditionné à la réalisation de

² ATF 144 I 50 = JdT 2019 II 11, c. 4.2, 4.3, 5.3.3 et 6.4.3 (droit d'accès des syndicats aux locaux de l'administration), commenté par DUNAND in Newsletter DroitDuTravail.ch mai 2018.

³ CourEDH, *Demir et Baykara c. Turquie*, requête n° 34503/97 du 12.11.2008 [GC], § 154.

⁴ TF 2C_868/2021, c. 6.1.

⁵ CourEDH, *Demir et Baykara c. Turquie*, § 154.

quatre critères, dont la représentativité et la loyauté⁶. Ce système a été jugé conforme au droit de l'OIT dans la mesure où il repose sur des critères « objectifs » et « préétablis », qui sont concrétisés par les tribunaux dans chaque cas particulier⁷.

Ainsi, selon la jurisprudence, le syndicat voulant être reconnu comme partenaire social doit déclarer être prêt à respecter toutes les obligations découlant de la CCT⁸. De façon générale, il doit se montrer « digne de confiance », « fiable et de bonne foi » dans ses relations avec les autres partenaires sociaux⁹, dont la partie employeuse¹⁰. Les comportements passés du syndicat sont pertinents pour apprécier sa capacité à agir de façon loyale dans le dialogue social à venir¹¹.

B. Indices d'un risque sérieux de déloyauté

L'arrêt commenté du 24 août 2022 rappelle que la loyauté est présumée (art. 3 al. 1 CC). L'entité employeuse souhaitant renverser cette présomption doit apporter la preuve de « comportements passés de nature à faire sérieusement craindre » un manque de loyauté dans le futur¹².

A titre d'illustration, la jurisprudence antérieure du Tribunal fédéral mentionne les actes suivants :

- avoir un comportement « incorrect » ou « chicanier »¹³ ;
- entraver les négociations collectives de manière abusive¹⁴ ;
- pratiquer une « politique d'obstruction »¹⁵ ;
- rendre plus difficile l'entente entre les autres partenaires sociaux¹⁶ ;
- formuler des accusations abusives à l'encontre des autres partenaires sociaux¹⁷.

L'arrêt du 24 août 2022 permet de compléter la liste avec les exemples suivants :

- tenter d'obtenir par la force le statut de partenaire social en menaçant d'organiser une grève si l'entité employeuse refuse d'entrer en négociation, alors que la procédure de

⁶ TF 2C_868/2021, c. 6.1, qui se réfère notamment à l'ATF 140 I 257 (*Union du personnel du domaine des Ecoles polytechniques fédérales* EPF).

⁷ Voir le rapport rendu par Comité de la liberté syndicale de l'OIT (Rapport n° 380, octobre 2016, § 971) à la suite d'une plainte du *Syndicat autonome des postiers* (Cas n° 3109), classée par le Conseil d'administration de l'OIT.

⁸ TF 2C_868/2021, c. 6.2 ; ATF 140 I 257, c. 6.2 ; ATF 118 II 431, c. 4a ; ATF 113 II 37 = JdT 1987 I 471, c. 5. Voir aussi l'ATF 129 I 111, c. 5.4 (droit des syndicats de la fonction publique d'être entendus dans le processus législatif), selon lequel le syndicat devait s'engager à respecter à l'avenir la lettre et l'esprit de la loi sur le personnel.

⁹ TF 2C_868/2021, c. 6.2 ; ATF 140 I 257, c. 6.2.

¹⁰ TC Vaud, Chambre des recours civile, décision HC/2018/214 du 21 novembre 2017, c. 4.3.4 (*Syndicat autonome des postiers*).

¹¹ *Ibid.*

¹² TF 2C_868/2021, c. 6.2 ; ATF 140 I 257, c. 6.2 ; ATF 113 II 37 = JdT 1987 I 471, c. 5 (« soupçons non équivoques de déloyauté »).

¹³ ATF 113 II 37 = JdT 1987 I 471, c. 5.

¹⁴ ATF 140 I 257, c. 6.2.

¹⁵ ATF 129 I 111, c. 5.3.

¹⁶ ATF 113 II 37 = JdT 1987 I 471, c. 5.

¹⁷ ATF 140 I 257, c. 6.2.

reconnaissance est en cours et qu'on ne peut reprocher à cette dernière de tarder sans motifs à se prononcer¹⁸ ;

- durant la procédure de reconnaissance du statut de partenaire social, instiguer et soutenir une grève contre des mesures dont on vient d'obtenir l'assurance qu'elles n'entreront pas immédiatement en vigueur¹⁹ ;
- avoir comme principaux interlocuteurs de la direction des représentants ayant fait l'objet de condamnations pénales pour des actes liés à leur activité syndicale présente ou passée²⁰.

Ainsi, selon le Tribunal fédéral, le fait que les principaux représentants d'un syndicat aient été condamnés sur le plan pénal pour des infractions commises dans le contexte syndical est un élément pertinent à prendre en considération dans l'examen du critère de loyauté, quand bien même les condamnations auraient été prononcées plusieurs années auparavant²¹.

Il nous semble pouvoir déduire de cet arrêt (*a contrario*) que de simples accusations (sans condamnation judiciaire) visant les représentants du syndicat ne suffiraient pas à renverser la présomption de loyauté, *a fortiori* si les accusations concernent des actes sans rapport avec l'activité du syndicat comme partenaire social.

A ce propos, l'arrêt cantonal précise que les accusations de harcèlement sexuel dirigées contre un des représentants d'Avenir syndical ne suffisent pas à remettre en cause la capacité du syndicat à mener un dialogue social constructif avec les HUG. Selon la Cour de justice : « les employées sont libres de choisir leur syndicat et, le cas échéant, d'accepter ou de refuser d'adhérer à une association dont l'un des membres fondateurs est accusé de harcèlement sexuel. Admettre que le comportement précité serait constitutif de déloyauté de la part de la recourante envers les autres partenaires sociaux conduirait à faire un amalgame entre cette dernière et l'un de ses fondateurs, alors qu'il convient de les distinguer dans le contexte du dialogue social »²².

S'il convient effectivement de ne pas confondre le syndicat et les individus à son origine, il est toutefois permis de se demander si des accusations portant sur des actes qui, lorsqu'ils sont avérés, constituent une violation du devoir de loyauté de la personne salariée (art. 321a CO) n'affectent pas immanquablement la réputation du syndicat et, par ricochet, sa capacité à mener des négociations collectives.

C. Actes ne signifiant pas que le syndicat fera preuve de déloyauté

Dans l'arrêt qui nous occupe, le Tribunal fédéral retient que la durée de la procédure de reconnaissance est imputable au syndicat « qui ne fournissait pas les informations permettant notamment d'examiner sa représentativité »²³. A elle seule, cette attitude ne constitue toutefois pas un indice suffisant de déloyauté.

¹⁸ TF 2C_868/2021, c. 6.5.

¹⁹ TF 2C_868/2021, c. 6.6.

²⁰ TF 2C_868/2021, c. 6.5.

²¹ *Ibid.*

²² CJ GE, Chambre administrative, arrêt ATA 1010/2021 du 28 septembre 2021, c. 5c.

²³ TF 2C_868/2021, c. 6.5.

De même, la présomption de loyauté ne saurait être renversée au seul motif que le syndicat :

- manque de transparence dans la communication de la liste des membres²⁴ ;
- ne respecte pas, ponctuellement, l'obligation de transmettre les communiqués de presse la veille de leur diffusion²⁵ ;
- utilise les moyens de droit à sa disposition pour obtenir la reconnaissance du statut de partenaire social, sous réserve de témérité ou quérulence²⁶ ;
- se trouve en litige avec certains de ses membres ou anciens membres, de tels litiges internes au syndicat étant sans rapport avec son comportement en tant que partenaire social²⁷ ;
- manifeste sa désapprobation au sujet des options retenues par l'entité employeuse, étant précisé qu'il est « dans la nature des relations entre employeurs et syndicats que des divergences de vues plus ou moins profondes puissent se manifester et séparer les partenaires sociaux, les intérêts des uns et des autres ne se recoupant pas nécessairement »²⁸ ;
- se trouve en litige avec la partie employeuse, voir avec un autre partenaire social, pour autant que le syndicat demeure loyal à cette occasion²⁹.

A ce propos, l'arrêt du 24 août 2022 explique qu'un tel conflit n'est pas suffisant pour retenir un manque de loyauté dès lors que les syndicats ont le droit de défendre les intérêts de leurs membres³⁰.

La jurisprudence fédérale sur la liberté d'expression syndicale explique que « les membres d'un syndicat doivent pouvoir exprimer devant l'employeur leurs revendications tendant à améliorer la situation des travailleurs au sein de leur entreprise »³¹. Dans un arrêt rendu le 6 juin 2022 sur la base des art. 10 et 11 CEDH, la CourEDH rappelle que si les personnes salariées ont un devoir de loyauté, de réserve et de discrétion envers la partie employeuse, « on ne saurait invoquer ce devoir pour priver les syndicats et leurs représentants de la substance même de leur droit de défendre les intérêts de leurs membres »³².

²⁴ ATF 140 I 257, c. 6.4.

²⁵ TC Vaud, Chambre des recours civile, décision HC/2018/214 du 21 novembre 2017, c. 4.3.4.2.

²⁶ *Ibid.*, c. 4.3.4.1, à propos des procédures intentées par le Syndicat autonome des postiers (voir notamment ATF 141 III 418 et TF 4D_27/2018 où le Tribunal fédéral n'a pas eu besoin d'examiner la condition de loyauté).

²⁷ ATF 140 I 257, c. 6.2 et 6.4.

²⁸ ATF 129 I 113.

²⁹ TF 2C_868/2021, c. 6.3 avec les références.

³⁰ *Ibid.*

³¹ TF 6B 1020/2018, c. 4.3.1 et 5.2.2 ; TF 6B_15/2021 et 6B_32/2021, c. 2.3.3. Le Tribunal a retenu que les « limites convenables de la polémique syndicale » n'avaient pas été dépassées dans le premier cas, alors qu'elles l'avaient été dans le second.

³² Note d'information sur l'arrêt CourEDH, *Straume c. Lettonie*, requête n° 59402/14 du 2 juin 2022.

D. Conclusion

L'arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 24 août 2022 apporte de nouvelles précisions sur la façon dont il faut interpréter la notion de loyauté, sans pour autant rendre cette condition excessivement difficile à remplir pour des syndicats manifestant le souhait légitime de contribuer au dialogue social. A la lumière de cet arrêt, il semble en effet que si les *condamnations* pénales prononcées à l'encontre des représentants du syndicat constituent un indice de déloyauté, de simples *accusations* ne suffiraient pas pour renverser la présomption de bonne foi, *a fortiori* si elles portent sur des actes sans rapport avec la capacité à agir comme partenaire social. De même, si l'arrêt juge contraire à la bonne foi la tentative de forcer la reconnaissance de ce statut en fixant des ultimatums à la partie employeuse, il réserve toutefois l'hypothèse où cette dernière tarderait sans motifs à se prononcer. Le Tribunal fédéral a donc répondu de façon nuancée à la question de savoir si la condition de la loyauté était remplie et a conclu, à juste titre selon nous, que tel n'était pas le cas en l'espèce. Notons que la CourEDH, non citée dans l'arrêt commenté, vient à son tour d'être saisie de cette question, existentielle pour le syndicat recourant³³. L'avenir d'Avenir syndical se jouera donc à Strasbourg.

³³ Selon les informations figurant dans l'article suivant : ARMANIOS RACHAD, « Jugé déloyal, un syndicat se défendra à Strasbourg », Tribune de Genève, 5 décembre 2022.