

**Zeitschrift:** Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 107 (1988)

**Artikel:** La protection des droits : le cas du droit du travail

**Autor:** Aubert, Gabriel

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-895931>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 23.02.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# La protection des droits le cas du droit du travail

par GABRIEL AUBERT, professeur à l'Université de Genève\*

Bien qu'étant une discipline récente, le droit du travail s'est préoccupé, dès ses origines, de la protection des droits qu'il confère aux salariés. La création, au siècle dernier déjà, d'inspections et de tribunaux du travail en témoigne<sup>1</sup>.

En dépit des efforts déployés, la volonté de mettre en œuvre effectivement le droit du travail se heurte parfois à des difficultés importantes. On sait par exemple que le principe de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes, inscrit en 1981 dans la Constitution fédérale, n'est pas pleinement réalisé: les travailleuses (surtout les étrangères) subissent encore des discriminations considérables<sup>2</sup>.

Vu son expérience ancienne, nourrie de réussites aussi bien que d'échecs, le droit du travail offre donc un champ d'investigation particulièrement riche. L'on pourrait tirer de son passé précurseur des leçons utiles à l'application d'autres régimes de protection plus jeunes et d'une actualité plus brûlante, qu'il s'agisse par exemple des droits des locataires ou des consommateurs.

\* L'auteur tient à remercier Me GEORGES FRICK, avocat à Zurich, qui a bien voulu présider la séance du groupe intéressé à cette matière lors du congrès de Berne et qui a fourni des informations fort utiles sur la pratique des tribunaux du travail en Suisse alémanique. Me FRICK ne porte pas de responsabilité pour les idées émises dans le texte, lesquelles, sur certains points, diffèrent certainement des siennes.

<sup>1</sup> Sur les origines: SCHULER, F., Fabrikinspektion, in: Handwörterbuch der Schweizerischen Volkswirtschaft, Berne 1903, vol. I, p. 922; ZÜRCHER, E., Gewerbeberichte und Einigungsämter, eodem loco, vol. II, p. 293.

<sup>2</sup> Compte tenu des différences fondées sur la formation, l'expérience professionnelle et la santé, les variations discriminatoires seraient, par rapport aux hommes, de moins 7 % pour le salaire des Suissesses et de moins 28 % pour le salaire des étrangères. Cf. une analyse commanditée par le Département fédéral de justice et police, citée in WULLSCHLEGER, R., L'étendue des discriminations salariales des femmes, Service de presse de l'Union syndicale suisse, 1988, p. 60.

Les chercheurs n'ont pas suffisamment exploré cette matière. Plusieurs domaines, restés dans l'ombre, mériteraient des investigations approfondies. Ainsi, à notre connaissance, la mise en œuvre des dispositions de droit public sur la durée du travail ou sur la protection contre les accidents n'a pas encore fait l'objet d'études détaillées. On ignore dans quelle mesure ces dispositions sont respectées et quels facteurs influencent, le cas échéant, la prise ou l'absence de sanctions<sup>3</sup>.

En raison de leur caractère limité, les présentes observations ne permettront que de brefs regards sur quelques aspects dignes d'attention. Laissant de côté la législation protectrice de droit public, nous nous concentrerons sur deux questions de droit privé matériel (le régime de la renonciation aux droits; la qualité pour agir des organisations professionnelles) et deux questions de procédure (l'organisation des tribunaux du travail, y compris le rôle du Tribunal fédéral; les mesures provisionnelles dans le cadre de l'arbitrage des conflits collectifs).

## **I. Droit de fond**

### *A. La protection du travailleur contre la renonciation à ses droits*

1. Le contenu des droits du travailleur découle de la loi de fond; à première vue, leur protection ressortit à la procédure. N'oublions pas, cependant, qu'un des grands dangers auxquels se trouvent exposés les travailleurs est leur renonciation, dictée par la dépendance, au bénéfice des normes matérielles. Souvent, en effet, craignant de perdre son emploi, le salarié déclare impli-

<sup>3</sup> On trouvera une illustration de ces problèmes (traités seulement sous l'angle des effets de droit privé) dans un récent arrêt du Tribunal fédéral concernant la profession des ambulanciers (cf. AUBERT, G., La jurisprudence sur le contrat de travail à Genève en 1987, SJ 1988, p. 569). Alors que la durée hebdomadaire maximum du travail, dans cette dernière, est de 50 heures, le salarié avait effectué des dépassements d'un total de 1039 heures en 17 mois (soit, grosso modo, de 14 heures par semaine). A notre connaissance, ces dépassements, qui n'étaient qu'en partie justifiés en regard des dispositions sur le travail accessoire et le travail supplémentaire (art. 12 et 14 LTr), n'ont pas fait l'objet de sanctions. Tentant de mettre de l'ordre dans la profession, l'administration a proposé à l'association représentative des employeurs de placer ses membres au bénéfice d'une dérogation (pourtant sans base légale) alignant la durée du travail des ambulanciers sur celle du personnel de gardiennage; considérant cette durée comme insuffisante, ladite organisation a décliné l'offre et obtenu un régime de tolérance plus souple, mais encore plus fragile dans un Etat de droit.

citement ou explicitement à son employeur qu'il n'entend pas exiger le respect des dispositions légales. La loi de fond elle-même doit donc le protéger contre une telle renonciation. Ainsi, selon l'article 341 al. 1 CO, le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective.

Toutefois, l'interdiction de la renonciation heurte les idées traditionnelles: elle s'oppose au principe de la liberté contractuelle des parties; elle permet au travailleur de se contredire en invoquant la nullité de clauses auxquelles il a pourtant consenti. On ne saurait dès lors s'étonner que la pratique ait résisté aux effets de cette protection. La jurisprudence sur la rétribution des heures supplémentaires et sur la péremption du droit aux vacances illustre bien la difficulté.

Selon l'article 321 c al. 3 CO, l'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires non compensées par un congé, en versant le salaire normal majoré d'un quart au moins, sauf accord contraire écrit. Or, il arrive assez souvent que, en l'absence de toute clause contractuelle, le salarié accomplisse de nombreuses heures supplémentaires, au su de son employeur, sans solliciter une rémunération; lorsque les relations se gâtent entre les parties (surtout en cas de licenciement), il réclame de ce chef des arriérés parfois considérables.

A teneur de la disposition précitée, vu l'absence d'accord écrit contraire, il ne fait pas de doute que ces arriérés sont dus (dans les limites du délai de prescription quinquennal prévu à l'article 128 CO). Une telle solution choque parfois les tribunaux, qui reprochent au travailleur de n'avoir par exigé, mois après mois, la rétribution afférente aux heures supplémentaires et lui imputent pour ce motif un abus de droit<sup>4</sup>. C'est plusieurs années après l'entrée en vigueur des articles 321 c et 341 CO que le Tribunal fédéral a corrigé cette opinion, en soulignant que, pendant la durée du contrat, le travailleur ne peut renoncer ni implicitement ni expressément aux créances découlant de ces textes et qu'il ne saurait être question de vider de sa substance la protection voulue par le législateur en accueillant le moyen tiré de l'abus de droit<sup>5</sup>.

Selon l'ancien article 329 c al. 1 CO, en règle générale,

<sup>4</sup> ATF 101 II 289 = JT 1976 I 192; ATF 91 II 386 = JT 1966 I 336; voir encore SJ 1981, p. 319.

<sup>5</sup> ATF 110 II 275 = JT 1985 I 272; ATF 105 II 41 = JT 1979 I 609.



l'employeur accordait les vacances pendant l'année de service correspondante, mais au plus tard au cours de l'année suivante. Cette disposition était relativement impérative, de sorte que les parties pouvaient y déroger en faveur du travailleur. Elle avait pour but de protéger le salarié en empêchant des reports qui l'eussent privé de son repos en temps opportun. Le Tribunal fédéral l'a interprétée de manière extensive: il en a déduit qu'un an après la fin de l'année de service, le droit aux vacances se périmait; en effet, il ne se justifiait pas, à ses yeux, d'octroyer des vacances longtemps après le moment où elles eussent dû être prises, car le travailleur ne pouvait pas se reposer de fatigues anciennes<sup>6</sup>.

Cette interprétation, nullement imposée par le texte légal, méconnaissait que, selon la loi elle-même, c'est à l'employeur qu'il incombe de fixer la date des vacances (art. 329 c al. 2 CO). Statuer un court délai de péremption du droit aux congés payés revenait à punir le salarié pour une omission imputable à l'employeur. D'ailleurs, le plus souvent, si le travailleur ne prend pas effectivement ses jours de repos, c'est qu'il n'ose pas les demander ou que l'employeur ne veut pas les accorder<sup>7</sup>. Aussi le législateur, lors de la révision des dispositions sur les vacances en 1984, a-t-il modifié le libellé de l'article 329 c. al. 1 CO, de manière à priver de sa base fragile la jurisprudence du Tribunal fédéral. Désormais, le droit aux vacances ne se périmait pas, mais se prescrit par cinq ans selon l'article 128 CO<sup>8</sup>.

La protection du salarié contre la renonciation à des droits découlant de dispositions impératives de la loi a donc été battue en brèche par la jurisprudence. Le recours à la théorie de l'abus de droit (pour limiter la rétribution des heures supplémentaires) a finalement été condamné par les juges de Mon Repos; la création jurisprudentielle d'un délai de péremption (pour restreindre le droit aux vacances non prises) a été combattue par le législateur.

## 2. La protection des droits du salarié ne se trouve pas seulement menacée par une renonciation pendant les rapports de travail. Il

<sup>6</sup> ATF 107 II 434 = JT 1982 I 95; ATF 101 II 286 = JT 1976 I 191.

<sup>7</sup> BOHNY, P., *Unterliegt der Ferienanspruch einer Verwirkungsfrist? Kritische Anmerkungen zu einer neuen Bundesgerichtspraxis*, RSJ 1983, p. 174; BRÜHWILER, J., *Kritische Betrachtung der neueren Rechtsprechung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts*, RSJ 1983, p. 280–281; cf. aussi RSJ 1982, p. 148 = JAR 1981, p. 272.

<sup>8</sup> FF 1982 III 213–214; cf. JAR 1988, p. 234–235.

arrive parfois qu'au moment de la conclusion du contrat les parties s'entendent pour masquer la véritable nature de leurs relations juridiques, afin d'éluder les dispositions impératives statuées en faveur du travailleur. Si ce dernier, dans la pratique, accepte un tel accord, c'est en général pour obtenir l'emploi en cause.

Dans la coiffure, par exemple, la convention collective étendue fixe des salaires minimum. Il arrive plus souvent qu'on ne croit que, estimant ce tarif trop lourd, le patron obtienne que la rétribution de l'employé soit calculée exclusivement au pourcentage de son chiffre d'affaires personnel, de manière à écarter le salaire minimum garanti par la convention collective<sup>9</sup>.

Se fondant essentiellement sur le consentement du salarié et sur le caractère aléatoire de la rétribution, le Tribunal fédéral a jugé qu'un tel accord ne constituait pas un contrat de travail au sens strict et qu'il dérogeait valablement aux règles prévues par la convention collective<sup>10</sup>. Cette manière de voir n'est pas convaincante: d'une part, le consentement du travailleur importe peu, dès lors que les dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective s'appliquent malgré la volonté des parties, le salarié étant protégé contre lui-même (art. 341 al. 1 CO); d'autre part, les dispositions sur le contrat de travail admettent que la rétribution de l'employé peut consister exclusivement dans des commissions (art. 322 b CO), de sorte que le caractère aléatoire de la rémunération n'empêche point de considérer que les rapports en cause relèvent du contrat de travail. Le critère décisif était le rapport de subordination, que la jurisprudence critiquée n'examine guère<sup>11</sup>.

En acceptant ainsi une fausse qualification du contrat, le Tribunal fédéral a soustrait le travailleur au bénéfice des normes impératives de la convention collective. Il faut souhaiter que la jurisprudence se montre plus stricte, pour assurer une réelle protection des droits en cause.

3. Lors même qu'il ne renonce pas à ses droits, le salarié hésitera souvent à en demander le respect, de peur d'un licenciement à titre de représailles. En pratique, du reste, il ne se produit quasiment jamais qu'un travailleur intente un procès à son employeur alors qu'il se trouve encore au service de ce dernier.

<sup>9</sup> Pour un cas récent, cf. AUBERT, op. cit. (note 3 supra), p. 583.

<sup>10</sup> ATF 106 II 45.

<sup>11</sup> AUBERT, G., Le contrat de travail partiaire, RSJ 1983, p. 169.

Le nouveau droit du licenciement veut apporter un remède à cette situation. Est désormais expressément considérée comme abusive la résiliation décidée par l'employeur parce que le salarié a fait valoir de bonne foi des droits relevant du contrat de travail. A titre de sanction, l'employeur n'est point tenu de réintégrer le salarié dans l'entreprise; il devra cependant payer à celui-ci une indemnité dont le montant pourra atteindre six mois de salaire<sup>12</sup>.

Cette disposition de fond, visant à faciliter la mise en œuvre des droits du travailleur, constitue apparemment une importante nouveauté. Il faut toutefois remarquer que c'est au demandeur qu'il incombe d'établir le motif abusif de la résiliation. L'efficacité de la norme dépendra donc largement des exigences des tribunaux quant à l'administration de la preuve. Si ces derniers n'imposent pas à l'employeur de coopérer de bonne foi à la recherche de la vérité, la protection légale risque de demeurer lettre morte.

### *B. La qualité pour agir des organisations professionnelles*

Vu les difficultés qui entourent l'action d'un salarié isolé, la reconnaissance de la qualité pour agir des organisations syndicales afin de faire appliquer la loi, une convention collective ou des clauses contractuelles peut jouer un rôle fort utile.

1. Selon le Tribunal fédéral, cette qualité appartient aux conditions matérielles de la prétention litigieuse; elle se détermine selon le droit de fond<sup>13</sup>.

En droit privé, une organisation professionnelle a qualité pour agir en justice dans l'intérêt des salariés si: ses statuts l'y habilitent; elle défend un intérêt collectif dépassant les intérêts personnels de ses membres; ses membres ont eux-mêmes qualité pour intenter l'action. La demande ne peut tendre qu'à la constatation du droit, et non pas à la réparation<sup>14</sup>. Les deuxième et

<sup>12</sup> Art. 336 al. 1 lit. d et 336a CO; FRITZ, H., Die neuen Kündigungsbestimmungen des Arbeitsvertragsrechtes, Ein Handkommentar (Zentralverband schweizerischer Arbeitgeber-Organisationen), Zurich 1988, p. 22 ss; REHBINDER, M., Der neue Kündigungsschutz im schweizerischen Arbeitsrecht, Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht, Zurich 1988, p. 31–32.

<sup>13</sup> ATF FTMH, du 8 novembre 1988, consid. 3a; ATF 108 II 217 = JT 1983 I 361; ATF 107 II 85 = JT 1981 I 365.

troisième conditions, de même que l'objet de l'action, appellent quelques remarques.

a) Selon la jurisprudence, l'intérêt collectif doit concerner l'ensemble des personnes exerçant la profession considérée; il ne saurait s'agir d'un préjudice subi par certains membres personnellement<sup>15</sup>.

Fondée sur l'idée qu'une association, sauf transfert en bonne et due forme, ne saurait faire valoir les droits d'individus, cette manière de voir méconnaît le caractère largement collectif du droit du travail, qui apparaît non seulement lors de l'adoption des normes, mais aussi lors de leur application. Un tel caractère se traduit par l'intérêt de chacun des salariés à voir une émanation de la collectivité faire respecter la loi, la convention collective ou le contrat de travail, pour être dispensé d'agir personnellement en justice contre son présent employeur, car à quoi sert-il de préserver ses droits si c'est pour perdre son emploi?

A notre avis, l'intérêt collectif doit se définir tantôt à la lumière de la norme dont le syndicat allègue la violation (critère qualitatif), tantôt à celle du nombre des travailleurs touchés (critère quantitatif).

La loi ou la convention collective (dans la mesure où elles sont impératives) visent à établir des conditions de travail minimum pour tous les travailleurs se trouvant dans leur champ d'application. Le respect uniforme de ces règles revêt une grande importance, car si un employeur vient à les violer au détriment ne fût-ce que d'un travailleur, la position des autres salariés sur le marché du travail s'en trouve affectée. Non seulement cet employeur pourra faire pression sur tout son personnel pour qu'il accepte les mêmes conditions contraires aux normes minimum, mais encore les autres employeurs, souffrant de cette concurrence déloyale, seront tentés d'imiter leur collègue, pour ne pas lui laisser un avantage illégitime. Il existe donc, chez les salariés, un intérêt collectif éminent à ce que les dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective soient respectées, car toute infraction menace le système de protection<sup>16</sup>. Peu importerait même qu'un seul salarié soit directement touché: seul compte le caractère collectif de l'intérêt lésé.

<sup>14</sup> ATF FTMH (note 13 supra), consid. 3 b; ATF 86 II 21–22 = JT 1960 I 584; ATF 75 II 309 = JT 1950 I 166; ATF 73 II 67–73 = JT 1948 I 14–18.

<sup>15</sup> ATF 86 II 22 = JT 1960 I 584.

<sup>16</sup> Cf. VISCHER, F., Gesamtarbeitsvertrag und Normalarbeitsvertrag (Art. 356–360 CO), in: Das Obligationenrecht, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zurich 1983, n. 16 ad Art. 357.

Il en va différemment lorsque la violation concerne une règle non pas impérative, mais dispositive (en particulier une simple clause contractuelle). N'ébranlant pas le système de protection institué par la loi ou la convention collective, une telle violation n'affecte guère que le travailleur touché. Elle lèse néanmoins un intérêt collectif si des travailleurs relativement nombreux s'en trouvent victimes. En vue de défendre une telle collectivité, il se justifie de conférer la qualité pour agir à un syndicat.

b) Dans le cadre du droit privé, l'organisation professionnelle ne revêt qualité pour agir que si ses membres sont eux-mêmes, individuellement, légitimés pour intenter l'action. En d'autres termes lorsqu'il saisit une juridiction pour défendre des intérêts professionnels, le syndicat doit établir qu'un ou plusieurs de ses membres auraient personnellement qualité pour ce faire.

Dans le cadre du droit administratif, au contraire, la qualité pour recourir des organisations professionnelles contre des décisions administratives prises en application de la loi sur le travail ne dépend pas du point de savoir si ces organisations comptent, parmi leurs membres, des travailleurs touchés par la violation alléguée. En raison de sa vocation à défendre les intérêts des travailleurs, qui n'agissent pas eux-mêmes par crainte de perdre leur emploi, le syndicat se voit investir, comme tel, du droit de faire respecter la loi<sup>17</sup>.

Il faut traiter de la même manière la qualité pour agir des syndicats sur le plan du droit privé et leur qualité pour recourir sur le plan du droit administratif. En effet, dans les deux domaines, la raison d'être de l'action syndicale est identique: assurer la mise en œuvre effective du droit de fond là où, compte tenu de leur dépendance, les individus n'osent pas demander justice seuls. En obligeant l'association qui saisit le juge civil à démontrer la qualité pour agir de ses membres, la jurisprudence la contraint à révéler l'identité de ceux-ci. Il en résulte, sans utilité réelle, un risque évident d'intimidation.

Ainsi, en droit privé comme en droit administratif, la qualité pour agir ou pour recourir des organisations professionnelles ne devrait être subordonnée qu'à l'existence d'un intérêt collectif au respect de la loi, sans qu'on ait à se demander si leurs membres sont personnellement lésés.

<sup>17</sup> ATF GTCP du 11 juillet 1986, JAR 1987, p. 311–312; ATF 98 Ib 346.



c) L'action intentée par les organisations professionnelles, en droit privé, ne peut pas tendre à une prestation en main des membres: elle ne vise que la constatation du droit. L'exclusion de l'action en prestation repose sur l'idée que le travailleur doit conserver la liberté de décider seul s'il entend exiger son dû.

Une telle perspective paraît critiquable à un double titre. D'abord, s'il agit lui-même en exécution, le salarié se trouvera précisément dans la position que l'action syndicale visait à éviter: il traînera son employeur devant un juge. En outre, on ne voit pas en quoi il se justifierait de préserver la liberté du salarié de ne pas donner personnellement suite à l'action en constatation de droit; ses intérêts pécuniaires ne sont pas menacés (bien au contraire). Enfin et surtout, lorsque les prétentions en cause résultent de dispositions impératives, le travailleur ne peut de toute façon pas valablement y renoncer durant les rapports de travail et le mois qui suit la fin de ces derniers<sup>18</sup>. Pourquoi les règles applicables à la qualité pour agir devraient-elles laisser la porte ouverte à une renonciation que le droit de fond interdit?

d) La nécessité de révéler l'identité des membres et l'impossibilité de faire condamner l'employeur à une prestation expliquent que, dans la pratique, la qualité pour agir des organisations professionnelles n'ait joué qu'un rôle restreint<sup>19</sup>. D'autres facteurs contribuent à cet état de fait. D'une part, de manière générale, les syndicats préfèrent la négociation aux procédures judiciaires, qu'ils maîtrisent mal. D'autre part, les juridictions compétentes pour connaître de telles actions sont le plus souvent les tribunaux civils ordinaires et non pas les tribunaux du travail: la longueur de leur procédure est incompatible avec le déroulement normal des relations professionnelles, en particulier la négociation et le renouvellement des conventions collectives; elle ne permet donc pas de rendre efficacement la justice en la matière.

<sup>18</sup> Cf. l'art. 341 al. 1 CO. Voir les développements dans le texte sous I/A, supra.

<sup>19</sup> On peut toutefois signaler le récent arrêt FTMH du Tribunal fédéral (note 13 supra): action en constatation du caractère illicite, parce que contraire aux droits de la personnalité, de la surveillance de travailleurs par une installation de vidéo; le Tribunal fédéral ne s'est prononcé ici que sur la qualité pour agir du syndicat, qu'il a admise; voir aussi un jugement FTMH du 18 mai 1988 rendu par le Bezirksgericht Höfe: action en constatation du caractère illicite des clauses de contrats d'apprentissage aux termes desquels les apprentis s'interdisent d'adhérer à un syndicat; action déclarée recevable et bien fondée.



2. Du régime général décrit ci-dessus, qui se base sur l'article 1<sup>er</sup> al. 2 CC, il faut distinguer le régime de l'exécution commune, prévu à l'article 357 b CO<sup>20</sup>.

Les conventions conclues par des associations peuvent en effet prévoir que ces dernières seront habilitées à demander en commun au juge de faire respecter les clauses touchant certains objets (action en constatation s'agissant du contenu des rapports individuels de travail, action en paiement d'amendes conventionnelles ou de cotisations à des institutions). Ce mécanisme ne s'est guère répandu dans la pratique, car il suppose une organisation quasi-corporative des métiers, dont la mode a disparu<sup>21</sup>.

Sans doute remarquera-t-on que, pour ce qui est de l'application de la convention collective dans le cadre des rapports individuels de travail, le régime de l'exécution commune ne prévoit la qualité pour agir des organisations professionnelles qu'en constatation de droit, et non pas en exécution. On en tirera peut-être la conclusion, par analogie, que l'action en exécution ne saurait être admise dans le régime général décrit plus haut<sup>22</sup>. En réalité, la limitation prévue à l'article 357 b al. 1 lit. a CO n'a qu'une portée apparente, car la faculté conférée aux organisations professionnelles d'exiger devant le juge le paiement d'amendes conventionnelles en cas d'infraction à la convention collective déploie certainement le même effet pratique que l'action en exécution.

## II. Droit procédural

### *A. L'organisation judiciaire cantonale*

Depuis longtemps, le règlement des conflits individuels de travail se trouve confié, au moins lorsque la valeur litigieuse est faible, à des tribunaux spécialisés, composés en tout ou en partie de juges non juristes, désignés pour leur connaissance de la vie

<sup>20</sup> Sur le caractère spécial du régime: ATF 111 II 361–362 = JT 1986 I 495.

<sup>21</sup> Voir, dans le domaine du bâtiment, WEBER, A., *Die verbandsklagerechtliche Durchsetzung der Gesamtarbeitsverträge in den Paritätischen Kommissionen im Bau- und Holzgewerbe*, *Arbeitsrecht und Sozialversicherung*, Zurich (Schriftenreihe der Gewerkschaft Bau und Holz) 1985, p. 49.

<sup>22</sup> Cf. VISCHER, *op. cit.* (note 16 *supra*), n. 16 in fine ad art. 357 CO.

professionnelle dans chaque branche<sup>23</sup>. Parfois, les mandataires ne sont pas autorisés à assister les parties devant ces juridictions. On peut s'interroger sur les raisons d'être des tribunaux du travail et sur l'opportunité de l'exclusion des mandataires.

1. a) La création d'une juridiction spécialisée répondait à plusieurs préoccupations. D'abord, de tels tribunaux paraissaient plus acceptables aux justiciables que les tribunaux ordinaires: tandis que les seconds se composaient essentiellement, à la fin du siècle dernier et au début du siècle, de juges recrutés dans les partis bourgeois, il semblait opportun de faire en sorte que les travailleurs comparussent devant des tribunaux comprenant des membres de leur classe. Cet argument a perdu de sa valeur, car, aujourd'hui, les juges de carrière appartiennent à tous les grands partis, de la gauche à la droite; leurs origines sociales ne sont pas ressenties comme décisives par les intéressés. Notons cependant que le droit de proposer ou de désigner des juges laïcs donne un rôle politique non négligeable aux organisations professionnelles, qui tiennent à cette marque de légitimité.

En deuxième lieu, les conflits individuels de travail posent des problèmes de fait ou d'appréciation que seules peuvent résoudre des personnes du métier. Que l'on songe, en particulier, aux difficultés suscitées par la mise en œuvre de l'article 321e CO, sur la responsabilité du salarié pour le dommage causé dans l'exécution de son travail, ou de l'article 337 CO, sur la justification du licenciement immédiat. De ce point de vue, la juridiction spécialisée se révélerait plus compétente que les tribunaux civils ordinaires. Cette opinion contient une part de vérité, mais on ne saurait oublier que l'application des dispositions précitées nécessite des connaissances juridiques parfois subtiles (rapport de causalité adéquate, faute, faute concomitante, répartition du fardeau de la preuve, etc.). En outre, ne serait-ce que par souci d'égalité de traitement, les juges ne peuvent ignorer la jurisprudence rendue, sur ces questions, par d'autres tribunaux cantonaux ou par le Tribunal fédéral. C'est dire que le rôle du juge juriste (parfois même du greffier) croît en importance, l'avis des assesseurs laïcs devenant secondaire. Appelés à siéger pour leurs connaissances pratiques, ces der-

<sup>23</sup> Pour une liste des tribunaux du travail, cf. DTAC 1982, p. 5; DTAC 1986, p. 5.

niers n'ont parfois point d'autre tâche que d'approuver des raisonnements qu'ils ne dominent pas parfaitement.

b) La composition partiellement ou totalement laïque des juridictions du travail repose sur des considérations qui ont perdu leur pertinence dans une mesure non négligeable. Il n'en reste pas moins que ces juridictions conservent leur raison d'être pour d'autres motifs décisifs: la gratuité, la simplicité et la rapidité de leur procédure (art. 343 al. 2 à 4 CO).

Certes, tout est relatif. On relève, au début de ce siècle, des records de rapidité qui placent sous un jour cru la durée des procès contemporains devant la juridiction spécialisée: en 1912, une affaire jugée à Genève par le Tribunal des prud'hommes le 19 janvier fut tranchée par la Chambre d'appel le 29 du même mois; saisie d'un problème de compétence, la Cour mixte statua le 12 février; le Tribunal fédéral se prononça le 20 mars<sup>24</sup>!

Il demeure que l'informalité comme la célérité des débats devant les tribunaux du travail, pourtant lourdement chargés, leur confèrent une efficacité enviable, par comparaison avec les juridictions ordinaires. Lors du congrès de Berne, avec une netteté qui n'excluait peut-être pas la caricature, un avocat vaudois expliqua que, dans son canton, un procès relatif au contrat de travail durait trois mois si, compte tenu de la valeur litigieuse (à l'époque moins de fr. 8000), il se trouvait soumis à la procédure spéciale; dans le cas contraire, il prenait trois ans. Approuvé par des praticiens qui rapportèrent des expériences semblables vécues ailleurs, cet avocat ajoutait que, fréquemment, les plaideurs préféraient abandonner une fraction de leur créance pour pouvoir agir devant les tribunaux spécialisés, plutôt que de devoir saisir les juridictions ordinaires. Que les justiciables fassent de tels sacrifices condamne gravement l'inefficacité des tribunaux civils et, du même coup, justifie l'existence d'une procédure spéciale pour le règlement des conflits individuels de travail.

2. L'espace nous manque pour analyser les particularités de la procédure simple et rapide prévalant en la matière. Nous n'aborderons qu'un point: l'assistance par un mandataire professionnellement qualifié.

Dès le siècle dernier, certaines lois, en vue de faciliter l'accès des justiciables aux tribunaux du travail, ont prohibé l'intervention des avocats devant la première instance et dans les limites

<sup>24</sup> SJ 1912, p. 370.

d'une valeur litigieuse variable selon les cantons. Cette interdiction subsiste jusqu'à nos jours<sup>25</sup>. Elle découle de l'idée que, faute de moyens, les travailleurs ne pourraient pas se procurer l'assistance d'un mandataire et se trouveraient ainsi désavantagés par rapport aux employeurs, lesquels seraient en mesure de payer les honoraires des gens de l'art. En outre, les avocats risqueraient de compliquer les débats en multipliant les incidents de procédure; leur intervention donnerait lieu à l'allocation de dépens, qui renchérirait l'accès à la justice.

Quoi qu'il en soit de ces arguments, le Tribunal fédéral a reconnu que, pour sauvegarder le droit d'être entendu, les cantons ne pouvaient pas empêcher une partie de se faire assister par un mandataire devant au moins la dernière instance ayant plein pouvoir d'examiner le fait et le droit<sup>26</sup>.

La pratique a montré que, si elle paraissait résoudre certains problèmes, l'exclusion des avocats en créait d'autres. Devant les juges, l'employeur, compte tenu de sa formation et de son habitude de commander, s'exprime en général avec plus d'aisance que le salarié. Parfois, d'ailleurs, quand elle revêt la forme d'une personne morale, l'entreprise délègue un membre de son conseil d'administration muni de connaissances juridiques ou même d'un brevet d'avocat. Le salarié, dépourvu d'aide, se trouve ainsi dans une position défavorable, qui lui nuit d'autant plus

<sup>25</sup> On rencontre différents systèmes. Le plus strict est celui de l'interdiction pure et simple de l'assistance par un mandataire, comme à *Genève*, devant le Tribunal de prud'hommes (art. 33 al. 1 de la loi genevoise sur la juridiction des prud'hommes, du 30 mars 1963). Parfois, le président de la juridiction peut déroger à la règle de l'interdiction: ainsi à *Bâle-Ville*, devant le Gewerbliches Schiedsgericht, si l'une des parties est juriste ou, en tant que personne morale, délègue à l'audience un juriste, ou encore si, à raison de circonstances particulières, elle se trouve manifestement incapable de défendre utilement ses intérêts devant le tribunal (§ 216 de la loi bâloise sur la procédure civile, selon modification du 12 avril 1917; cf. JAR 1987, p. 357); ainsi également à *Fribourg*, où le président de la juridiction des prud'hommes décide souverainement, suivant la nature et l'importance du litige, si les parties doivent être représentées ou assistées; il tient compte notamment de la nécessité d'assurer l'égalité des parties (art. 36 al. 1 de la loi fribourgeoise sur la juridiction des prud'hommes, du 22 novembre 1972). Dans d'autres cas, l'assistance est admise, parfois sous certaines réserves. A *Zurich*, devant l'*Arbeitsgericht*, elle ne se trouve autorisée que si elle est fournie à titre gratuit, à moins que la valeur litigieuse dépasse fr. 1000 (§ 32 de la loi zurichoise de procédure civile, dans sa version du 7 décembre 1986). Au *Valais*, devant la Commission cantonale d'arbitrage, les parties peuvent librement se faire assister par des mandataires professionnels (art. 31 al. 2 de la loi valaisanne sur le travail du 16 novembre 1966).

<sup>26</sup> SJ 1980, p. 482 = JT 1980 I 189; SJ 1979, p. 413.

qu'il est d'ordinaire demandeur: portant le fardeau de la preuve, il doit établir les circonstances qu'il invoque; il doit aussi démontrer le bien fondé de ses prétentions, car, même si le tribunal recherche les faits et applique le droit d'office, mieux vaut présenter une argumentation convaincante que de soumettre des explications chaotiques où les juges ne découvriront qu'avec peine un fil conducteur. Enfin, il faut rappeler que l'avocat n'a pas nécessairement le monopole de l'assistance des justiciables devant la juridiction du travail: on peut concevoir que cette assistance soit fournie, à des conditions moins onéreuses, par d'autres mandataires professionnellement qualifiés, soit les secrétaires patronaux ou syndicaux.

A l'occasion de la révision de la loi genevoise sur la juridiction des prud'hommes, le Conseil d'Etat proposait récemment d'admettre les mandataires (avocats ou secrétaires patronaux et syndicaux) devant le Tribunal de prud'hommes<sup>27</sup>. Il en découla une âpre controverse, qui illustre les intérêts en jeu<sup>28</sup>.

Les organisations professionnelles se déclarèrent presque toutes opposées à cette modification. Du côté des employeurs, on est certainement conscient des avantages qu'offre à un patron, devant le Tribunal, le fait d'affronter un ancien subordonné en général moins bien formé et comparaissant seul, sans l'aide d'un juriste. Du côté syndical, les craintes sont différentes: certes, les organisations de salariés pourraient proposer à leurs membres, comme argument de recrutement, leur assistance devant le Tribunal en cas de litige; toutefois, les secrétaires syndicaux sont fort chargés; les réunions de militants se tiennent le soir, en même temps que les audiences de la juridiction des prud'hommes; ils serait dès lors impossible d'accompagner devant les juges tous les membres qui le demandent; s'ils devaient choisir certaines causes plutôt que d'autres, les permanents se heurteraient à des critiques. Les plus hostiles à la réforme sont sans doute les juges prud'hommes, qui, ne possé-

<sup>27</sup> C'est la première instance; composé de cinq juges laïcs, le Tribunal est compétent quelle que soit la valeur litigieuse; lorsque cette valeur dépasse fr. 1000, la cause peut être déférée à la Chambre d'appel, composée d'un magistrat de carrière (juge à la Cour de justice) et de quatre juges laïcs. Devant le Tribunal, l'assistance ou la représentation par un mandataire professionnellement qualifié est en principe interdite; elle se trouve autorisée devant la Chambre d'appel. (Art. 33, 35, 60 A et 60 B de la loi genevoise sur la juridiction des prud'hommes, note 25 supra).

<sup>28</sup> Cf. Mémorial des séances du Grand Conseil, 1988, p. 3197, 3204-3205, 3256 ss.



dant le plus souvent que des notions juridiques rudimentaires, envisagent avec angoisse de présider des audiences auxquelles participeraient des mandataires rompus aux débats. Quant aux avocats eux-mêmes, ils se désintéressent de la question, car la faible valeur litigieuse de la plupart des conflits individuels de travail ne justifie pas le temps qu'il y aurait lieu de consacrer aux dossiers, d'autant moins que le Tribunal siège le soir.

Le vrai problème surgit lorsque la première instance, sans avoir suffisamment établi les faits et recherché les règles applicables, convainc le salarié d'accepter une solution transactionnelle en échange d'un paiement comptant. Souvent, en effet, une telle solution ne tient pas compte de la situation juridique telle qu'elle est, si bien que le travailleur se trouve avoir renoncé de façon désavantageuse à ses droits. Si le salarié, n'ayant pas trouvé un nouvel emploi, s'adresse à la caisse d'assurance-chômage, cette dernière lui reprochera sa renonciation; ses prétentions envers elle s'en trouveront affectées<sup>29</sup>. Alors, le justiciable comprend qu'il s'en est laissé imposer par le tribunal; s'il eût pu être assisté, une telle mésaventure ne se serait peut-être pas produite. L'invalidation de la transaction n'ira pas sans frais ni difficulté<sup>30</sup>.

### *B. L'organisation judiciaire fédérale*

Pendant plusieurs décennies, le Tribunal fédéral a rendu peu de décisions relatives au titre dixième du code des obligations. La valeur litigieuse de fr. 8000, ouvrant la voie du recours en réforme, était rarement atteinte, si ce n'est lors de demandes concernant des accidents, des indemnités à raison des longs rapports de travail ou encore des clauses d'interdiction de concurrence<sup>31</sup>. Grâce à l'augmentation réelle des rémunérations et à l'inflation, les procès d'une valeur litigieuse d'au moins fr. 8000 se sont multipliés, de sorte qu'au cours des années récentes la jurisprudence fédérale en matière de contrat de travail s'est sensiblement développée.

<sup>29</sup> STAUFFEL, H.-U., Der Verzicht auf Forderungen aus Arbeitsvertrag und seine Auswirkung auf die Arbeitslosenversicherung, SZS 1988, p. 180.

<sup>30</sup> Cf. AUBERT, G., Quatre cents arrêts sur le contrat de travail, Lausanne 1984, n° 392; ATF 110 II 46 = JT 1985 I 156.

<sup>31</sup> Cf. VISCHER, F., Zur Rolle des Bundesgerichts bei Arbeitsstreitigkeiten, in: Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, Recueil offert au Tribunal Fédéral à l'occasion de son centenaire par les Facultés de droit suisses, Bâle 1975, p. 431.



Comme on sait, l'engorgement de notre cour suprême a conduit le Conseil fédéral à proposer différentes mesures en vue de la décharger. Deux d'entre elles, qui s'ajoutent l'une à l'autre, concernent le recours en réforme: d'une part, l'institution d'une procédure d'examen préalable; d'autre part, une augmentation de la valeur litigieuse minimum.

Dans cadre de la procédure d'examen préalable, une section restreinte du Tribunal fédéral refuserait l'entrée en matière sur un recours lorsque la cause ne se révèle pas importante; seraient considérés comme importants les dossiers soulevant une question de droit nouvelle ou digne d'être revue, ou encore ceux dans lesquels la décision de l'autorité inférieure s'écarte de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Sur le plan du droit du travail, l'introduction d'une procédure d'examen préalable ne soulève pas de difficulté. Il est tout-à-fait raisonnable de ne faire juger par le Tribunal fédéral que les causes suffisamment importantes<sup>32</sup>.

En revanche, l'augmentation de la valeur litigieuse (qui passerait de fr. 8000 à fr. 30 000)<sup>33</sup> déploierait des conséquences d'une manifeste gravité. Selon les statistiques des tribunaux genevois de prud'hommes, les causes dont la valeur litigieuse dépasse fr. 8000 représentent 23 % des litiges; celles d'une valeur supérieure à fr. 16 000 ne forment qu'environ 10 % des dossiers<sup>34</sup>. On peut légitimement supposer que seule une infime fraction d'entre elles atteint fr. 30 000. C'est-à-dire, en d'autres mots, que l'élévation du seuil à partir duquel les salariés ou les employeurs pourront saisir le Tribunal fédéral en réforme rendrait cette voie de recours quasiment inaccessible.

Il a été proposé, lors des travaux préparatoires, de supprimer l'exigence de la valeur litigieuse. Cette suggestion a été rejetée par le Conseil fédéral pour deux motifs.

D'abord, «les valeurs litigieuses actuelles rendent le développement de la jurisprudence en matière de droit (...) du travail (...) plus difficile mais ne l'empêchent pas»<sup>35</sup>. Cet argument, qui tient compte de l'état de fait actuel, perd de vue les suites qu'entraînerait une augmentation de la valeur litigieuse, qui sont pourtant seules intéressantes. Or, on vient de voir que la

<sup>32</sup> Cf. pour les détails, le projet d'article 36 b LOJ, FF 1985 II 952 (et le commentaire, FF 1985 II 774 ss.).

<sup>33</sup> Cf. le projet d'article 42 al. 1 LOJ révisé, FF 1985 II 954.

<sup>34</sup> Rapport du greffe de la juridiction des prud'hommes de la République et canton de Genève 1986, p. 10.

<sup>35</sup> FF 1985 II 796.

fixation de cette valeur à fr. 30 000 fermerait quasiment l'accès des employeurs et des travailleurs à la plus haute juridiction du pays.

En second lieu, «dans les conflits du travail en particulier, les parties, et surtout le travailleur, ont tout intérêt à ce que le litige soit liquidé rapidement. Le recours en réforme ayant pour objet des questions de principe entraînerait un prolongement indésirable de la procédure»<sup>36</sup>. Une telle affirmation ne laissera pas de choquer. Il y aurait donc un domaine du droit où il serait inutile de rechercher l'uniformité de la jurisprudence dont le Tribunal fédéral est pourtant le gardien naturel. De nombreuses questions pourraient recevoir presque définitivement (au moins jusqu'à ce que l'inflation vienne «redresser la situation») des réponses variables selon les cantons, à commencer par celles touchant le droit du licenciement, qui vient d'être profondément modifié, qui revêt une portée économique manifeste et qui formera sans doute une grande part du contentieux à venir. Cela ne paraît pas opportun. Le raisonnement du Conseil fédéral pêche pour un autre motif. Si la dernière instance cantonale a donné tort au travailleur, l'intérêt de ce dernier est d'obtenir une décision suprême sur le principe, et non pas de voir le litige liquidé immédiatement. Si cette instance lui a donné raison, on peut difficilement faire accepter par la partie adverse que le principe ne soit pas examiné à Mon Repos, sous prétexte que les salariés sont pressés. N'oublions pas qu'environ 95 % des procès sont intentés par eux<sup>37</sup>.

Le projet du Conseil fédéral tend donc à faire des travailleurs et des employeurs (soit presque toute la population active) des justiciables de seconde zone, indignes de l'attention du Tribunal fédéral. La protection des droits souffrirait évidemment de cette discrimination.

Il faut trouver une solution qui, sans grever trop lourdement le Tribunal fédéral, lui permette néanmoins d'accomplir sa tâche en droit du travail. La procédure d'examen préalable représente, en elle-même, un filtre suffisant des causes déférées à la juridiction suprême. Elle permettra sans aucun doute une décharge notable des juges de Mon Repos. Il suffit donc de s'en tenir à cette méthode, sans augmenter (voire en supprimant) la valeur litigieuse. Au congrès de Berne, cette solution a recueilli

<sup>36</sup> FF 1985 II 797.

<sup>37</sup> Rapport du greffe des Tribunaux de prud'hommes de la République et canton de Genève 1981, p. 6.

l'unanimité du groupe qui a discuté de la protection des droits dans le domaine du travail.

*C. Les mesures provisionnelles dans le cadre de l'arbitrage des conflits collectifs*

Lorsqu'ils concluent une convention collective, les partenaires sociaux instituent fréquemment un tribunal arbitral pour trancher les litiges qui touchent l'interprétation ou l'application de ce texte.

Le syndicat lié s'apprête-t-il à déclencher ou déclenche-t-il une grève, la question surgit de savoir si la mesure de combat envisagée ou prise est licite en regard des obligations contractées. La réponse ne fait souvent guère de doute, surtout quand la convention prévoit une obligation de paix absolue, c'est-à-dire quand l'organisation de salariés s'est engagée à s'abstenir de tout moyen de combat, quel que soit le motif du différend (art. 357 a al. 2 CO). Comme, pour des raisons pratiques évidentes, il est en général impossible d'obtenir que le tribunal arbitral tranche sans délai le fond du litige, la partie patronale souhaite souvent obtenir à titre provisionnel l'interdiction de la grève projetée ou commencée.

Selon le concordat intercantonal sur l'arbitrage, les autorités judiciaires ordinaires sont seules compétentes pour ordonner des mesures provisionnelles; toutefois, le tribunal arbitral a la faculté de proposer de telles mesures, auxquelles les parties peuvent se soumettre volontairement<sup>38</sup>. Il suit que l'employeur ou l'organisation d'employeurs doit solliciter les tribunaux civils, et non pas les arbitres désignés conformément à la convention collective.

D'une manière générale, l'Etat laisse aux organisations patronales et syndicales le soin d'instituer des organismes de règlement des litiges collectifs; les offices fédéraux et cantonaux de conciliation ne peuvent intervenir que si les parties n'ont pas prévu elles-mêmes une procédure de solution des différends; ils ne sont habilités à arbitrer le litige qu'avec leur consentement<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Art. 26 du Concordat suisse sur l'arbitrage, du 27 mars 1969; cf. JOLIDON, P., Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage, Berne 1984, p. 381 ss.

<sup>39</sup> Cf. les articles 1 al. 2 et 5 de la loi fédérale concernant l'Office fédéral de conciliation en matière de conflits collectifs de travail, du 12 février 1949, R. S. 821.42; article 33 de la loi fédérale sur le travail dans les fabriques, du 18 juin 1914, R. S. 821.41.

Le principe est donc l'autonomie des partenaires sociaux, l'Etat n'intervenant qu'à titre subsidiaire. En effet, le règlement des conflits collectifs de travail, même si ces derniers concernent l'interprétation ou l'application d'une convention collective, nécessite la connaissance des particularités des relations professionnelles dans la branche; de plus, pour être acceptée par les intéressés, la décision doit être prise avec le concours de leurs représentants; enfin, le formalisme et la longueur de l'affrontement judiciaire ne permettent pas la recherche de solutions pratiques et rapides, sur la base desquelles les partenaires puissent poursuivre la vie commune à laquelle les condamne la nature des choses. Ainsi, qu'il s'agisse du fond ou des mesures provisionnelles, les tribunaux étatiques ne peuvent satisfaire les besoins propres au monde du travail; ils doivent céder le pas aux mécanismes de règlement des litiges prévus par les conventions collectives.

Lorsqu'ils décidèrent de réserver la compétence des juridictions civiles ordinaires en matière de mesures provisionnelles, les auteurs du concordat intercantonal sur l'arbitrage avaient en vue les litiges commerciaux. Ils n'ont sans doute pas songé que la règle s'appliquerait également aux conflits collectifs de travail.

Or, l'expérience montre que cet empiètement des conceptions commercialistes dans le domaine du travail déploie des conséquences déplorables. Se bornant à un examen superficiel du dossier dont il n'a pas à connaître le fond, le juge civil répugne en général à intervenir dans un conflit qui déborde l'arène judiciaire, même si, *prima facie*, l'infraction à l'obligation de paix est manifeste<sup>40</sup>. Du reste, supposé que la juridiction civile ordinaire ordonne des mesures provisionnelles, le syndicat, plus sensible aux injonctions d'arbitres (en partie désignés par lui) qu'à celles d'un juge, risque fort de n'y pas donner suite<sup>41</sup>; sauf à empoisonner pour longtemps les rapports entre les partenaires sociaux, les sanctions pénales attachées à cette violation resteront lettre morte dans la pratique.

Il faut donc admettre que, sur ce point, le concordat intercantonal sur l'arbitrage n'est pas approprié au droit du travail; il

<sup>40</sup> Pour un cas récent dans le bâtiment, cf. une ordonnance du Bezirksgericht Zürich, du 14 juillet 1987, résumée in: ELROD, J., *Sicherung des Arbeitsfriedens über die Gerichte? Arbeitgeberklage abgewiesen*, *Plädoyer* 4/87, p. 23.

<sup>41</sup> Une ordonnance dans ce sens fut ignorée par le syndicat lors d'un conflit dans l'imprimerie: cf. décision du Richteramt III Bern, du 18 avril 1977, citée, in: AUBERT, G., *L'obligation de paix du travail*, Genève 1981, p. 258.

devrait être modifié. Comme une telle révision ne semble pas envisageable dans un avenir proche, on doit se demander si les règles de procédure imposées aux cantons, en matière de conflits collectifs, par les dispositions encore en vigueur de l'ancienne loi fédérale sur les fabriques<sup>42</sup> ne devraient pas être complétées de manière à permettre aux tribunaux arbitraux conventionnels d'ordonner eux-mêmes des mesures provisionnelles.

### III. Conclusions

Les observations qui précèdent peuvent se résumer brièvement.

L'un des aspects les plus importants de la protection des droits, dans le domaine du travail, est l'invalidité de la renonciation au bénéfice des prescriptions impératives de la loi ou d'une convention collective. Bien que la jurisprudence éprouve quelque difficulté à en reconnaître pleinement les effets, elle mérite une confirmation sans réserve.

La qualité pour agir des organisations professionnelles devrait jouer un rôle plus étendu. Le droit prétorien, sur lequel elle repose, serait à même d'en assouplir les conditions. Il faudrait permettre aux syndicats d'en user sans avoir à établir l'identité des membres touchés; l'action devrait tendre non seulement à la constatation, mais aussi à l'exécution.

Les tribunaux du travail, institués de longue date, rendent des services appréciables moins en raison de leur composition que de par l'efficacité de leur procédure. La pratique montre cependant que l'acceptation, par le salarié, de solutions transactionnelles recèle de sérieux dangers lorsque celui-ci ne jouit pas de l'assistance d'un mandataire.

Pour que le Tribunal fédéral soit en mesure d'accomplir sa mission en droit du travail, la seule barrière au recours en réforme doit consister dans la procédure d'examen préalable. L'idée d'augmenter la valeur litigieuse ne saurait emporter la conviction; l'exigence même d'une valeur litigieuse minimum pourrait être abandonnée.

Enfin, le concordat intercantonal sur l'arbitrage est mal adapté aux particularités des conflits collectifs de travail, s'agissant notamment des mesures provisionnelles. Pour limiter utilement les combats, l'ordre juridique doit permettre aux arbitres d'ordonner eux-mêmes de telles mesures.

<sup>42</sup> Cf. les articles 30 ss de la loi fédérale sur le travail dans les fabriques (note 39 supra).