

<b>Zeitschrift:</b>	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
<b>Herausgeber:</b>	Schweizerischer Juristenverein
<b>Band:</b>	112 (1993)
<b>Artikel:</b>	Le droit suisse du travail face à l'intégration européenne
<b>Autor:</b>	Aubert, Gabriel
<b>DOI:</b>	<a href="https://doi.org/10.5169/seals-896128">https://doi.org/10.5169/seals-896128</a>

### 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:** 14.02.2026

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

# **Le droit suisse du travail face à l'intégration européenne**

**GABRIEL AUBERT**

Professeur à l'Université de Genève



## **Introduction**

Le présent rapport est consacré au droit suisse du travail face à l'intégration européenne. L'actualité et l'utilité de ce thème ont connu, ces toutes dernières années, des soubresauts peu familiers aux juristes helvétiques.

Au printemps 1991, lorsque le comité de la Société suisse des juristes décida d'inscrire l'intégration européenne à l'ordre du jour du congrès de 1993, le Conseil fédéral ne s'était encore engagé ni en faveur d'un Espace économique européen, ni en faveur de notre adhésion à la Communauté européenne. L'exercice proposé aux rapporteurs pouvait donc sembler futuriste.

En automne 1991, le gouvernement suisse changeait radicalement de cap: il proposait notre participation à l'Espace économique européen, dès 1993, et envisageait notre adhésion à la Communauté. A la suite de cette décision, les problèmes d'eurocompatibilité du droit suisse du travail furent assez largement traités en 1991 et 1992 par l'administration fédérale<sup>1</sup> et par divers auteurs<sup>2</sup>. Dans ces circonstances nouvelles, comment notre société pouvait-elle, lors d'un congrès à tenir en 1993, aider aux travaux en cours? La contribution des rapporteurs paraissait perdre ainsi à la fois sa témérité et son utilité.

Le délai de réflexion laissé au peuple suisse fut trop bref pour lui permettre de comprendre pourquoi, si subitement, le gouvernement revoyait de fond en comble sa politique européenne. Le 6 décembre 1992, les autorités essuyèrent l'échec que l'on sait. N'allaien-t-elles pas, de ce fait, renoncer pour longtemps à leurs efforts de rapprochement avec l'Europe? Le congrès de la Société suisse des juristes ne risquait-il pas de consacrer ses débats à un sujet périmé, voire honni?

Cependant, malgré le vote du 6 décembre 1992, le Conseil fédéral décida de maintenir notre demande d'adhésion à la Communauté, bien qu'il ne s'agît que d'un geste platonique, car, vu les circonstances, la Communauté, d'entente avec notre pays, mit le dossier en veilleuse. D'autre part, profitant de l'élan acquis lors des travaux parlementaires sur l'adaptation du droit suisse à celui de l'Espace économique européen ("Eurolex"), le Conseil fédéral proposa aux Chambres de reprendre, selon la procédure ordinaire, un certain nombre de modifications législatives décidées dans ce cadre (ensemble rebaptisé "Swisslex"). Parmi celles-ci

---

<sup>1</sup> Cf. le Message I sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE, du 27 mai 1992, FF 1992 V 390-412; Message II sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE, du 15 juin 1992, FF 1992 V 617-672.

<sup>2</sup> Cf. TSCHUDI, Die Europafähigkeit...; AUBERT/AUBRY/GIRARDIN/BYRNE-SUTTON; AUBERT, Perspectives actuelles...; AUBERT, Droit du travail...; AUBERT, Le droit suisse du travail...; MEIER-SCHATZ; BIGLER-EGGENBERGER.

figurent des textes relatifs au droit du travail<sup>3</sup>. Notre thème, quoique largement traité dans les années 1991-1992, reprenait ainsi quelque actualité.

Le programme "Swisslex" se trouve actuellement devant les Chambres. On ignore si, lors du congrès de notre société, en automne 1993, le code des obligations aura été révisé et si la loi fédérale sur la participation aura été adoptée. Ces textes ayant déjà été approuvés une fois par le Parlement, en 1992, les modifications envisagées ne sont sans doute pas considérables. Ainsi, il devient probable que, en automne 1993, le Parlement aura déjà réformé notre droit du travail pour le rapprocher du droit communautaire. Même s'il n'a pas terminé ses délibérations, ces dernières seront tellement avancées que nos réflexions ne pourront probablement pas entraîner des répercussions réelles sur le processus législatif. Ainsi, à peine notre thème était-il redevenu actuel que nos débats semblaient perdre, derechef, leur utilité<sup>4</sup>.

Il reste possible que les Chambres retranchent du programme "Swisslex" les matières relevant du droit du travail: à ceux qui souhaitent rendre notre droit eurocompatible, pour faciliter une nouvelle tentative d'intégration dans l'EEE ou dans la CEE, s'opposent en effet ceux qui, hostiles à une telle intégration, croient pouvoir améliorer la compétitivité de notre économie, par rapport à l'Europe, en donnant à nos entrepreneurs un avantage tiré d'une plus grande souplesse de notre réglementation du travail.

Le choix est purement politique. Il faut toutefois reconnaître que, en cas de rapprochement ultérieur entre la Suisse et la Communauté (rapprochement que beaucoup considèrent comme inéluctable), des divergences trop importantes entre notre droit et le droit communautaire en matière sociale risquent de compliquer les négociations. Et supposé même que notre pays ne se lie à la Communauté que par des conventions bilatérales, on voit mal que celle-ci ne nous fasse pas, un jour ou l'autre, payer le prix du "dumping social" auquel nous prétendrions pouvoir nous adonner.

Même si, en définitive, le choix de notre thème se trouve peut-être dépassé par les travaux législatifs, notre congrès nous donne l'occasion d'une réflexion plus générale, détachée des débats politiques immédiats. En effet, les discussions qui ont précédé le vote du 6 décembre 1992 ont montré la difficulté qu'éprouvent les Suisses à se situer face à l'intégration européenne: d'une part, ils n'ont pas toujours une vue exacte de leur

<sup>3</sup> Cf. FF 1993 I 757 ss.

<sup>4</sup> C'est en 1948 que, pour la dernière fois, la Société suisse des juristes a consacré une partie de son congrès annuel au droit du travail. Les rapporteurs purent ainsi contribuer à l'élaboration de la loi fédérale sur le travail, qui fut votée vingt-six ans plus tard! Cf. EDUARD NAEGELI, *Grundzüge einer gesetzlichen Regelung der Arbeit im Handel und in den Gewerben*, et ANDRÉ GRISEL, *La réglementation du travail dans le commerce et l'artisanat, questions fondamentales*, Revue de droit suisse 1948, p. 249a ss, 457a ss.

propre ordre juridique, dont la perception semble obscurcie par certains clichés; d'autre part, leurs préoccupations ayant été, durant de longues années, fort éloignées de la construction européenne, une certaine méconnaissance du droit communautaire les empêche d'apprécier convenablement la portée des réformes à envisager.

En fait, le processus d'adaptation formelle du droit suisse au droit européen du travail, tel qu'il fut proposé au peuple et aux cantons l'an dernier, escamotait une étape préalable, qui consistait à réviser quelques idées fausses sur nous-mêmes et à étudier, de façon plus approfondie, les exigences du droit communautaire. Seul un tel exercice nous permettra d'envisager utilement notre devenir.

Plutôt que de nous livrer à une étude globale, laquelle dépasserait les limites qui nous ont été assignées, nous voudrions, dans la première partie de ce rapport, jeter un regard sur certaines caractéristiques générales du droit suisse du travail, en nous interrogeant sur leur portée du point de vue de notre intégration européenne. Dans la seconde partie, nous examinerons quelques domaines dans lesquels le législateur se propose d'introduire de nouvelles règles visant à rapprocher notre droit des normes communautaires (les licenciements collectifs; les transferts d'entreprises; le travail de nuit des femmes; la protection des femmes enceintes, accouchées et allaitantes).

Pour une présentation générale du droit communautaire du travail et de sa comparaison avec le droit suisse, nous invitons le lecteur à consulter les ouvrages et articles recensés dans la bibliographie.

Que l'on nous permette, par parenthèse, une remarque sur le mot "Swisslex". L'adjectif "Swiss" pourrait être compris de façon ironique: ne s'agit-il pas, sous les apparences d'un programme interne, de réaliser ce que nous imposent, en réalité, le contexte européen dans lequel nous nous trouvons? Et le mélange d'anglais et de latin, dans ce mot, ne nous éloigne-t-il pas de nos langues nationales? Ne préfigure-t-il pas une nouvelle culture juridique, issue d'une tradition continentale qui dépasse nos propres racines et qui s'imprègne, assez largement, de l'influence anglo-saxonne?

## Première partie

### Quelques caractéristiques générales du droit suisse du travail face à notre environnement européen

#### *Chapitre I*

##### *Un précédent: la participation de la Suisse aux efforts de l'Organisation internationale du travail*

L'adaptation de notre droit du travail à des normes internationales n'est pas, en Suisse, un exercice nouveau.

A la fin du siècle dernier et au début de ce siècle, le droit suisse du travail était, à bien des égards, en avance par rapport aux réglementations des pays voisins. La loi fédérale sur les fabriques, de 1877, marquait un progrès considérable en Europe<sup>5</sup>. Il n'est dès lors pas étonnant que les premiers efforts d'harmonisation internationale du droit du travail soient venus, assez largement, de notre pays. Qui ne se rappelle la proposition du colonel Frey, conseiller national, qui invitait en 1877 le Conseil fédéral à convoquer une conférence internationale ayant pour objet le rapprochement des législations dans notre matière? Et des conférences internationales ne se sont-elles pas tenues à Berne, en 1905, 1906 et 1913, qui rédigèrent des conventions sur la protection de la santé des travailleurs et le travail de nuit des femmes<sup>6</sup>?

Lorsque fut créée l'Organisation internationale du travail (OIT), en 1919, la Suisse en devint d'emblée membre, alors même qu'elle n'était pas partie au texte fondateur, c'est-à-dire le Traité de Versailles. Genève fut d'ailleurs désignée comme siège de l'OIT, ce qui créa des liens étroits entre notre pays et cette organisation.

Dans les années qui ont suivi la naissance de l'OIT, notre pays participa de façon active aux efforts d'harmonisation internationale des réglementations du travail. Les conventions élaborées dans le cadre de cette organisation exercèrent, à l'époque, une influence effective sur notre législation. N'est-ce pas pour donner effet, sur le plan interne, à la convention sur l'âge minimum et le travail de nuit des enfants dans l'industrie, de 1922, que le parlement fédéral adopta, la même année, la

<sup>5</sup> BERENSTEIN, Le droit du travail..., p. 119; TSCHUDI, La protection..., p. 8.

<sup>6</sup> BERENSTEIN, Le droit du travail..., p. 120-121; VALTICOS, p. 11 ss.

loi fédérale sur l'emploi des jeunes gens et des femmes dans les arts et métiers<sup>7</sup>?

L'enthousiasme de la Suisse pour l'harmonisation internationale des conditions de travail, dans le cadre de l'OIT, était étroitement lié à l'avance acquise par notre pays, en cette matière, à la fin du siècle dernier et au début de ce siècle. Il n'était pas dicté par des motifs tout purement humanitaires. On comprend en effet qu'un Etat dont la réglementation paraissait relativement contraignante fût soucieux de ne pas se trouver désavantagé, sur le plan de la concurrence internationale, en raison de son propre progrès social.

Comme on sait, la Suisse n'était pas seule à développer la protection des travailleurs. Autour d'elle, l'Allemagne, la France, l'Italie faisaient autant et même davantage<sup>8</sup>. De plus, durant la Seconde Guerre mondiale, l'Europe s'entredéchira: les économies des pays voisins furent en partie détruites. Pratiquant une législation du travail devenue plus souple, par comparaison; épargnée par le conflit mondial, la Suisse accumulait les avantages concurrentiels. Elle n'éprouva plus le besoin de plaider pour le progrès social international.

## *Chapitre II La fin d'un privilège*

D'une manière générale, depuis la Deuxième Guerre mondiale, la Suisse n'a guère tenu à se modeler selon l'exemple des législateurs voisins; de même, elle est restée à l'écart de la construction européenne. Pour comprendre la position de notre législateur, ainsi que l'évolution envisageable, il faut garder à l'esprit les causes générales du repli suisse.

D'abord, durant des décennies, les pays voisins ont inspiré de justes craintes à la Suisse. Cette dernière n'a-t-elle pas, malgré deux guerres mondiales (qui commencèrent comme des guerres civiles européennes), procuré la paix aux populations germanophones, francophones et italo-phones qui la composent, en gardant ses distances par rapport aux nations allemande, française et italienne?

Et depuis la Deuxième Guerre mondiale, n'a-t-elle pas acquis, sur le plan politique et économique, une avance qui justifiait sinon du mépris, du moins du recul par rapport aux institutions et aux pratiques des pays voisins? La stabilité de nos institutions, une monnaie forte, un chômage

---

<sup>7</sup> BERENSTEIN, L'influence..., p. 563.

<sup>8</sup> BERENSTEIN, Le droit du travail..., p. 124 ss.

quasiment nul ne démontraient-ils pas notre supériorité par rapport à une France ou à une Italie ébranlées par les crises politiques; à une Allemagne divisée ensuite de ses effroyables erreurs; à des monnaies rongées par l'inflation; à des gouvernements contraints de prohiber la libre circulation des capitaux; à un chômage croissant?

La voie solitaire choisie par la Suisse, dès les premiers balbutiements de la construction européenne, s'expliquait par le juste scepticisme que suscitaient tant de mauvais exemples donnés durant tant d'années. Comment le gouvernement et le législateur pouvaient-ils s'inspirer d'expériences qui n'étaient visiblement pas concluantes? Comment, après ces conflits sans précédent dans l'histoire du continent, pouvaient-ils se convaincre que l'essai de construction européenne, entrepris d'abord dans le cadre du Traité CECA, en 1951, puis du Traité de Rome, en 1957, porterait des fruits de paix et de prospérité?

Dans le domaine du travail, les comparaisons avantageuses pour la Suisse étaient fréquentes. N'attribuait-on pas le faible taux de chômage à la souplesse de notre législation, qui faisait contraste avec les normes étrangères, devenues beaucoup plus favorables aux travailleurs ? N'attribuait-on pas notre faible taux d'inflation à la négociation collective décentralisée, ainsi qu'au réalisme des syndicats?

Or, tandis que l'Europe reprenait ses efforts d'intégration, dès l'Acte unique de 1987, puis dans le cadre du Traité de Maastricht en 1992, beaucoup des atouts comparatifs de la Suisse s'estompèrent, voire disparurent.

Alors que, depuis la Seconde Guerre mondiale, le taux d'inflation français, chaque année, dépassait de loin le taux suisse, au contraire, depuis 1990, les rôles se sont renversés. En 1990, le renchérissement était de 3,4 % en France et de 5,4 % en Suisse; en 1991, de 3,2 % et de 5,9 % respectivement; en 1992, de 2,4 % et de 4,0 % respectivement; la tendance est identique pour 1993<sup>9</sup>. Parallèlement, alors que, depuis la Seconde Guerre mondiale, le taux suisse de chômage ne représentait qu'une fraction de celui connu en France et en Allemagne, il a subitement quadruplé en deux ans, soit du début de 1991 à la fin de 1992, enregistrant ainsi l'augmentation la plus forte par rapport aux pays voisins (1 % en janvier 1991 contre 3,9 % en décembre 1992); la tendance se confirme puisque, en avril 1993, la barre des 5 % était franchie<sup>10</sup>. On sait du reste que ces statistiques ne reflètent pas pleinement l'évolution réelle de l'emploi: n'indiquant que le nombre des chômeurs inscrits auprès d'un office du travail, elles ne font pas apparaître les postes de travail perdus

<sup>9</sup> Bulletin mensuel de la Banque nationale suisse, no 4/93, p. 131.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 132.

par des étrangers qui ont quitté la Suisse, ni le désœuvrement de ceux qui ont épuisé leurs droits aux prestations de l'assurance-chômage. En avril 1993, le taux réel pourrait avoisiner de 6%. Calculé ainsi, il s'approcherait du taux allemand (7,5 % au début de 1993), pourtant postérieur à l'absorption, par l'Allemagne occidentale, de l'Allemagne orientale, ravagée par quelque quarante-cinq ans d'économie socialiste.

Mesurée à cette aune, la prudence du législateur suisse, dans le domaine du travail, paraît perdre les effets spectaculaires qu'on lui prêtait. Quoi? Une réglementation extrêmement souple des conditions de travail n'empêche pas un fort accroissement du chômage? Le système suisse de la négociation collective, accompagné du réalisme proverbial des organisations syndicales, n'évite pas des records d'inflation? Les différences entre notre législation et celles des pays voisins (et de la Communauté elle-même) ne sont-elles plus garantes du succès? De nombreuses certitudes se trouvent ainsi, à tort ou à raison, remises en cause.

Nous ne sommes évidemment pas en mesure de déterminer les effets de notre droit du travail et de notre système de relations professionnelles sur l'inflation et sur l'emploi. La seule chose certaine est que les difficultés traversées par la Suisse, qui rapprochent cette dernière de nos voisins européens, émoussent singulièrement les raisons pour lesquelles notre législateur croyait bien faire en refusant de se laisser inspirer par les réglementations adoptées à l'étranger. Le jour n'est peut-être pas lointain où, aux prises avec les mêmes problèmes que l'Europe, nous nous intéresserons aux expériences accumulées par d'autres depuis des années.

### *Chapitre III Les trois mythes suisses*

Cette ouverture sur l'Europe suppose que nous nous libérions de quelques mythes qui imprègnent de nombreux esprits, dans notre pays, et qui placent dans une fausse perspective notre droit du travail par rapport aux droits étrangers. Ces mythes montrent que les relations de travail sont mal connues de leurs principaux acteurs en Suisse. Ils reflètent une approche naïve, qui n'a probablement pas d'équivalent chez nos voisins.

#### **Section 1 Le rôle essentiel des conventions collectives?**

L'opinion dominante est que, en Suisse, parmi les sources du droit du travail, les conventions collectives joueraient le premier rôle; la loi n'interviendrait qu'à titre subsidiaire. Cette manière de voir sous-entend que la négociation collective est largement répandue et que, partant, les conventions collectives influencent très largement le contenu des contrats individuels de travail.

Durant près de vingt-cinq ans, l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail a suspendu sa statistique des conventions collectives, de sorte que l'évaluation du rôle effectif de ces dernières demeurait difficile. Depuis l'an dernier, cet office a repris ses recherches, qui permettent aujourd'hui de se faire une idée assez précise de la situation<sup>11</sup>. L'analyse de l'OFIAMT vient d'ailleurs d'être confirmée par une étude fondée sur d'autres données, recueillies par l'Office fédéral de la statistique<sup>12</sup>. Pour aider à comprendre les faits, il faut rappeler quelques principes juridiques gouvernant l'effet des conventions collectives de travail.

En principe, la convention collective déploie un effet direct et impératif. Cela signifie que ses clauses se substituent aux clauses moins favorables des contrats individuels de travail, même si les parties à ces derniers ne s'y sont pas référencées dans leur accord (effet direct); d'autre part, les parties au contrat individuel de travail ne peuvent renoncer valablement à l'application de la convention (effet impératif). La convention collective déploie un effet direct et impératif sur les contrats passés par un employeur et un travailleur liés par elle. Ne sont en principe liés que les employeurs signataires ou membres d'une organisation signataire de la convention, d'une part, et, d'autre part, les travailleurs membres d'un syndicat signataire<sup>13</sup>.

Lorsqu'une seule des parties au contrat individuel est liée par la convention ou lorsqu'aucune ne l'est, le texte a un effet indirect et non impératif. Il ne s'applique que si les parties au contrat individuel s'y réfèrent, explicitement ou implicitement (effet indirect); d'autre part, ces dernières peuvent en tout temps, d'un commun accord, renoncer à son application (effet non impératif).

Le taux de syndicalisation dans le secteur privé est d'environ 26 %<sup>14</sup>. Supposé même que tous les salariés syndiqués soient liés par une convention collective, le nombre de contrats individuels de travail régis, de façon directe et impérative, par un tel accord sera au maximum de 26 %. Tous les autres sont renvoyés soit à la négociation individuelle, soit au minimum légal.

Il faut noter toutefois que l'effet de certaines conventions collectives est étendu, par décision de l'autorité, à toutes les entreprises de la branche, membres ou non d'une organisation patronale signataire, et à tous les salariés de la branche, membres ou non d'un syndicat signataire. Les conventions collectives étendues ne sont pas nombreuses, mais trois d'entre elles s'appliquent à un nombre relativement important de travail-

---

<sup>11</sup> Cf. BAUER et BAUMANN, p. 92 ss.

<sup>12</sup> Cf. PRINCE.

<sup>13</sup> Cf., au lieu de plusieurs, VISCHER, Gesamtarbeitsvertrag... nos 2 ss ad art. 357; SCHWEINER, GRUBER et BIGLER, no 2 ad art. 357.

<sup>14</sup> Cf. les détails dans l'étude de PRINCE, qui distingue le secteur privé du secteur public.

leurs (le gros-œuvre dans la construction, l'hôtellerie et la restauration, la coiffure); au total, elles couvrent quelque 350.000 salariés<sup>15</sup>.

De plus, lorsqu'il est lié par une convention collective, l'employeur n'hésite guère à l'appliquer également à ceux de ses salariés qui n'appartiennent pas au syndicat signataire. Des motifs pratiques l'y poussent: il serait trop compliqué de créer deux statuts distincts parmi les membres du personnel d'une même entreprise. A cela s'ajoute une raison politique: s'il privilégiait les travailleurs syndiqués, l'employeur inciterait les autres à se syndiquer également pour bénéficier des mêmes avantages; du coup, il renforcerait les rangs de sa partie adverse dans la négociation collective. La convention collective déploie donc des effets qui dépassent largement le cercle des travailleurs syndiqués.

Compte tenu de ce qui précède, les statistiques considèrent comme protégés par une convention collective tous les salariés d'un employeur lié, quand bien même, n'appartenant pas à un syndicat signataire, ils ne bénéficient nullement de l'effet direct et impératif de la convention. Elles incluent également l'ensemble des salariés dans les secteurs où une convention collective a été étendue.

Les statistiques établies par l'OFIAMT ont montré que, contrairement à ce que l'on pouvait s'imaginer, le nombre des contrats de travail couverts par une convention collective, au sens large indiqué ci-dessus, excède à peine la moitié de tous les rapports individuels de travail (environ 53 %). Ce taux n'aurait guère augmenté depuis 1951<sup>16</sup>. Ainsi, le rôle des conventions collectives demeure relativement modeste, puisque, en pratique, 90 % des ouvriers du secteur primaire, 41 % des salariés du secondaire et 49 % des employés du tertiaire ne sont, a priori, protégés par aucune convention collective<sup>17</sup>.

Par comparaison avec la pratique recensée dans d'autres pays européens, ce taux se révèle faible. Ainsi, en France, l'on admet que 80 % des salariés se trouvent couverts par une convention collective<sup>18</sup>. En Allemagne, la proportion est de 90 % (avant la réunification)<sup>19</sup>.

Ainsi, malgré une opinion largement répandue, la Suisse n'est pas le paradis des conventions collectives. Le réseau de ces conventions y demeure singulièrement lacunaire. Le "Sonderfall" se révèle ici le contraire de ce que s'imaginent beaucoup d'honnêtes citoyens: en Suisse, la réglementation collective des conditions de travail joue un rôle moins important que dans d'autres pays européens.

<sup>15</sup> Cf. la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail, du 28 septembre 1956, R.S. 221.215.311; VISCHER, nos 88 ss ad art. 356b; SCHWEINGRUBER et BIGLER, p. 93 ss; la Vie économique no 8/1992, p. 41.

<sup>16</sup> BAUER et BAUMANN, p. 56.

<sup>17</sup> BAUER et BAUMANN, p. 56-57.

<sup>18</sup> DESPAX, p. 7-8.

<sup>19</sup> Cf. GAMILLSCHEG, p. 68.

Cette constatation n'est pas dépourvue d'importance en regard de l'intégration européenne. S'inspirant d'une idée qui est apparue lors de l'élaboration du Traité de Maastricht, le Conseil des Communautés, de plus en plus souvent, donne la possibilité aux Etats membres de mettre en oeuvre les directives par le moyen non pas toujours de la loi, mais aussi des conventions collectives, pourvu que ces dernières aient un champ d'application suffisant pour atteindre le but visé<sup>20</sup>. Vu la densité insuffisante du tissu des conventions collectives en Suisse, cette nouvelle façon d'appliquer le droit communautaire ne saurait se pratiquer dans notre pays<sup>21</sup>.

## Section 2

### La paix du travail, fruit des conventions collectives?

Il est de fait que, depuis le début des années cinquante, les conflits collectifs de travail ont presque cessé en Suisse (sous réserve d'une légère fièvre dans les années soixante-dix). Une telle paix du travail constitue sans doute la caractéristique la plus importante de nos relations professionnelles. Certains milieux craignent, d'ailleurs, qu'en se rapprochant de l'Europe notre pays ne perde ce privilège. Il est donc utile que les causes de la paix du travail soient étudiées de façon objective. En effet, les employeurs ne peuvent espérer perpétuer l'absence de conflits collectifs qu'en pratiquant une politique qui prenne ces causes en considération.

Or, l'on constate que les milieux patronaux se satisfont généralement, à cet égard, d'affirmations sommaires, reposant sur une analyse superficielle de la réalité. C'est ce que montre, par exemple, l'étude d'un sondage sur la paix du travail, effectué chaque année pour l'Union centrale des associations patronales.

La question posée aux personnes interrogées est la suivante:

*“In unserem Land besteht seit 1937 ein sogenanntes Friedensabkommen, das Streiks in der Schweiz fast vollständig ausschliesst. Finden Sie die Weiterführung dieses Friedensabkommens sehr sinnvoll, sinnvoll, nicht besonders sinnvoll oder gar nicht sinnvoll?”*<sup>22</sup>

Telle qu'ici libellée, cette question appelle quelques observations.

D'abord, le texte se réfère, comme le précise le commentaire accompagnant la publication du sondage, à une convention qui aurait été conclue en 1937 dans l'horlogerie, la métallurgie et dans l'industrie des ma-

---

<sup>20</sup> Voir par exemple l'art. 2 de la directive de 1992 sur les licenciements collectifs et l'article 14 de la directive de 1992 sur les travailleuses enceintes, toutes deux discutées en détail plus bas.

<sup>21</sup> Cf. AUBERT, Conventions collectives..., p. 24-25.

<sup>22</sup> Journal des associations patronales, 22 avril 1993, fascicule spécial, p. 2.

chines<sup>23</sup>. En réalité furent signées, en 1937, deux conventions bien distinctes, l'une essentiellement en Suisse romande, dans l'horlogerie, le 15 mai; l'autre dans l'industrie des machines sur le plan suisse (avec un impact prépondérant en Suisse alémanique), le 19 juillet<sup>24</sup>. Comme par hasard, aux yeux de l'organisation patronale (dont le siège est à Zurich), la convention (romande) de l'horlogerie est "absorbée" par celle des machines. Cette bénédiction ne paraît toutefois pas essentielle. L'important est de noter que, contrairement au présupposé implicite du sondage, les clauses de paix, dans les conventions collectives de travail, sont bien antérieures à 1937. L'on en trouve au siècle dernier, déjà, et au début de ce siècle, dans de nombreux accords. Et, fort souvent, les parties convenaient d'une interdiction absolue des conflits, comme ce fut par la suite le cas dans l'horlogerie et dans l'industrie des machines<sup>25</sup>. La date de 1937 marque donc un tournant qui ne concerne que deux industries, certes considérables, mais non pas toutes les branches de l'économie. Aujourd'hui, la convention collective de l'horlogerie s'applique à environ 30.000 travailleurs; celle de l'industrie des machines à environ 190.000 travailleurs, soit au total à 220.000 personnes, alors que la Suisse compte quelque 2.600.000 salariés dans le secteur privé<sup>26</sup>. En d'autres termes, ces deux conventions de paix ne couvrent que 8,5 % de la main-d'œuvre dans notre pays. Dire qu'elles "excluent presque entièrement les grèves en Suisse"<sup>27</sup>, comme l'explique la question posée aux personnes sondées, relève de l'imaginaire. D'ailleurs, on le sait, le réseau des conventions collectives de travail demeure fort lacunaire dans notre pays. On comprend mal comment, à elles seules, ces dernières pourraient instituer la paix du travail si elles couvrent à peine un peu plus de la moitié des salariés. Du reste, en principe, la convention collective n'impose une obligation de paix qu'en ce qui concerne les matières réglées par elle; l'obligation de paix n'est illimitée que si les parties en conviennent expressément. Or, il apparaît, sur la base des indications de l'OFIAMT, que les conventions comportant une telle clause ne couvrent qu'un peu plus du tiers des travailleurs<sup>28</sup>. Encore une fois, on ne voit pas comment des conventions

<sup>23</sup> *Loc. cit.*, p. 1.

<sup>24</sup> Fédération des travailleurs de la métallurgie et de l'horlogerie, *Notre avenir a une histoire*, Berne 1988, p. 165-174.

<sup>25</sup> Cf. AUBERT, *L'obligation de paix ...*, p. 158-159, avec réf.

<sup>26</sup> BAUER et BAUMANN, p. 55-56.

<sup>27</sup> Cf. *Journal des associations patronales*, 22 avril 1993, fascicule spécial, p. 9.

<sup>28</sup> Cf. l'art. 357a CO; BAUER et BAUMANN, p. 59-60. Selon ces auteurs, les clauses de paix absolue s'appliquent à 71 % des 1.250.000 travailleurs protégés par des conventions conclues, du côté patronal, par des associations. On ignore le taux, s'agissant des conventions d'entreprise, qui sont toutefois moins importantes, puisqu'elles protègent 150.000 travailleurs seulement. L'on peut admettre qu'il est au maximum de quelque 70 %. Les conventions collectives (d'association et d'entreprise) protégeant 53 % des travailleurs, il suit que la clause de paix ne touche que 71 % de 53 % de travailleurs, soit 38 % de tous les travailleurs occupés en Suisse.

de paix absolue dont le champ d'application est si restreint pourraient exclure pratiquement le recours à la grève en Suisse.

En outre, les deux accords de l'horlogerie et des machines sont particulièrement atypiques. D'ordinaire, en effet, les conventions collectives se bornent à fixer les conditions de travail et prévoient des procédures de règlement des conflits qui culminent dans l'arbitrage des litiges juridiques, soit ceux qui concernent l'interprétation et l'application du texte. Au contraire, à l'origine, les conventions de l'horlogerie et des machines allaient beaucoup plus loin: elles instituaient, en cas de litige concernant non pas seulement l'interprétation et l'application de l'accord, mais aussi la création de droits nouveaux, un arbitrage obligatoire pour les parties. Récemment, le patronat de l'industrie horlogère a obtenu l'abolition de ce système. Quant à elle, la convention des machines a maintenu le mécanisme d'arbitrage des conflits d'intérêts, qui permet de faire décider par une instance neutre les modifications générales des salaires et la durée du travail dans l'entreprise, ainsi que les indemnités dues par l'employeur en cas de licenciement collectif (plan social)<sup>29</sup>. On sait que, d'une manière générale, les employeurs ne sont pas favorables à l'arbitrage des conflits d'intérêts, car il craignent une telle limitation de leur liberté. L'on peut donc trouver paradoxal que l'organisation faîtière du patronat consacre tant d'énergie à célébrer une convention dont le contenu va bien au-delà de ce que ses membres seraient disposés à accepter.

Enfin, les statistiques démentent cruellement la légende. Contrairement à ce qu'affirme l'Union centrale des associations patronales, la paix du travail ne date pas, en Suisse, de 1937. Au contraire, les grèves ont été particulièrement nombreuses après la guerre, même dans l'horlogerie et dans l'industrie des machines. Ce n'est qu'à compter de 1950 que les conflits ont pratiquement cessé<sup>30</sup>. Près de treize années s'étant écoulées entre, d'une part, la conclusion, en 1937, des conventions collectives de l'horlogerie et des machines et, d'autre part, le début effectif de la paix du travail en Suisse, il paraît difficile de voir un lien décisif entre les deux phénomènes.

Les observations qui précèdent montrent quels clichés erronés charrie ce fameux sondage sur la paix du travail. Mais l'Union centrale des associations patronales va plus loin. Selon son commentaire, la "convention de 1937" serait "l'un des principaux facteurs de la grande stabilité politique dont jouit la Suisse depuis des décennies"<sup>31</sup>. L'on comprend mal

<sup>29</sup> Pour l'horlogerie, comparer les art. 1.6.2 et 1.17.4 de la convention collective de 1986, d'une part, et les art. 1.17.1 et 13.4 de la convention collective de 1991, d'autre part; pour l'industrie suisse des machines, cf. l'art. 8 de la convention collective de 1988.

<sup>30</sup> Le nombre de journées de travail perdues ensuite de grèves a été, en 1930, de 265.695; en 1934, de 33.309; en 1935, de 15.143; en 1936, de 38.789; en 1937, de 115.648; en 1946, de 184.483; en 1947, de 102.209. Cf. Annuaire statistique de la Suisse, 1950, p. 346.

<sup>31</sup> Cf. Journal des associations patronales, 22 avril 1993, fascicule spécial, p. 7.

en quoi la stabilité politique de la Suisse serait née en 1937. Quelles manifestations d'instabilité se seraient-elles produites avant 1937, qui auraient cessé à cette date?

Il faut se demander, au contraire, si ce n'est pas cette stabilité politique ou, plus exactement, les conditions à la base de cette stabilité qui sont la cause de la paix du travail. Que l'on en juge<sup>32</sup>.

En fait, la stabilité politique s'est développée en Suisse, après la Seconde Guerre mondiale, grâce à la confirmation du régime de coalition, permettant à tous les partis importants, même minoritaires, de participer aux exécutifs. Ce régime s'est instauré sur le plan cantonal, puis fédéral. Dès 1943, un conseiller fédéral socialiste siégeait au gouvernement suisse. Certes, il quitta le pouvoir en 1953, en raison de son mécontentement après un scrutin fédéral; mais, de 1959 jusqu'aujourd'hui, deux conseillers fédéraux socialistes siègent au gouvernement fédéral, sans interruption. La durée d'un tel régime de coalition est unique en Europe.

Ce régime découle de deux facteurs concomitants. Il s'agit, d'une part, de l'importance croissante prise, depuis les années trente, par le parti socialiste, qui demeure toutefois minoritaire et qui n'a pas pu, à ce jour, constituer avec d'autres une majorité capable de créer une alternance au gouvernement. Il s'agit, d'autre part, des mécanismes de démocratie directe, en particulier la procédure du référendum, qui permet à un parti minoritaire, en l'absence d'une majorité solide et claire au sein de l'électorat, d'imposer son influence sur les processus de décision, en maniant constamment la menace du référendum. Pour éviter les écueils des scrutins populaires, les parlements et les exécutifs fédéraux et cantonaux sont contraints de gouverner au centre, en trouvant des compromis qui n'indisposent excessivement ni le plus grand parti de droite (les radicaux), ni le plus grand parti de gauche (les socialistes), l'équilibre étant maintenu par le parti du centre, les démocrates-chrétiens, lesquels arbitrent tantôt à gauche, tantôt à droite.

Si les années trente furent décisives, dans la genèse de notre stabilité politique, c'est sans doute en raison de la croissance et de l'évolution du parti socialiste, qui s'est ouvert à la collaboration avec les partis dits bourgeois, en abandonnant son idéologie révolutionnaire et en cessant de combattre la défense nationale. Les conventions de 1937 constituent le symptôme de cette évolution, grâce à laquelle le patronat, dans deux branches extrêmement importantes de l'industrie d'exportation, a dû reconnaître le plus important syndicat de Suisse, à l'époque la FTMH, proche du parti socialiste, comme un interlocuteur et un partenaire, ce qu'il avait refusé de faire jusqu'alors<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Sur les causes de la paix du travail en Suisse, d'une manière générale, cf. AUBERT, *Les conventions collectives...*, p. 411 ss.

<sup>33</sup> Cf. aussi AUBERT, *Le rôle ...*, p. 19 ss.

Aujourd’hui encore, la paix du travail reflète la coalition des grands partis au sein des gouvernements cantonaux et fédéral: comment les bourgeois pourraient-ils accepter de partager le pouvoir avec les socialistes si les syndicats proches de ces derniers faisaient la guerre aux employeurs dans les entreprises? Et comment les syndicats pourraient-ils accepter de collaborer avec le patronat si la droite persécutait la gauche dans les parlements?

De ce qui précède, il résulte que dans l’hypothèse où l’électorat viendrait à se diviser en deux blocs solides, à droite et à gauche, dont l’un dominerait clairement l’autre, le régime de coalition et, partant, la stabilité politique, toucheraient probablement à leur terme; ils céderaient la place à l’alternance. L’existence de conventions collectives garantissant la paix dans l’horlogerie et dans l’industrie des machines n’y changerait certainement rien.

On peut même se demander si les conventions de paix, dans les diverses branches de l’économie, conserveraient leur rôle actuel. Un climat d’hostilité déclarée entre la droite et la gauche retentirait sans doute sur les relations entre les organisations professionnelles. Les syndicats seraient-ils intéressés à faire la paix avec un patronat dont les représentants, au parlement, pratiqueraient une politique qui leur serait résolument hostile? Ne risqueraient-ils pas de revendiquer, en échange de la paix, un prix plus élevé, que les employeurs ne seraient probablement pas désireux de payer?

La paix du travail constituant une caractéristique toute particulière des relations professionnelles en Suisse, on peut comprendre que l’on s’interroge sur son avenir dans le cadre de l’intégration européenne. Or, les indications qui précèdent tendent à montrer qu’elle dépend du rapport des forces politiques sur le plan interne. La participation de notre pays à l’EEE ou à la CEE demeurerait probablement sans conséquence à cet égard. D’ailleurs, l’intégration européenne n’a pas modifié sensiblement le régime des relations professionnelles dans les Etats membres.

Nous n’avons pas l’ambition d’épuiser des problèmes qui dépassent nos compétences. Il nous paraissait cependant nécessaire de montrer que certaines affirmations relatives à la paix du travail se fondent sur des présupposés fragiles. Or, il est évident que notre pays ne peut façonne ses relations professionnelles, dans un cadre élargi à l’Europe, s’il connaît les raisons effectives de la situation présente. Une fois de plus, le débat sur l’Europe nous constraint de nous mieux connaître nous-mêmes.

### Section 3

#### Une application scrupuleuse des lois?

Ayant réussi, durant de longues années, des performances économiques et politiques dont elle avait lieu de se flatter, la Suisse a conçu, envers ses voisins d’Europe, un sentiment de supériorité qui ne s’arrête pas là. Selon certains, notre pays serait de ceux qui appliquent scrupuleusement les lois.

S'il reprenait l'acquis communautaire, il s'adonnerait au même zèle, lequel contrasterait avec le laisser-aller typique des autres. Une telle vertu tournerait dès lors à notre désavantage: intégrés dans l'Europe, nous nous laisserions paralyser par notre respect du droit, alors que nos partenaires profiteraient de leur propre désinvolture pour mieux nous concurrencer.

Un exemple nous montrera que, dans le domaine du travail en tout cas, un tel orgueil se révèle déplacé.

On sait que c'est à la fin des années quarante que remonte l'idée d'abroger la loi fédérale sur le travail dans les fabriques, de 1914, pour la remplacer par un texte dont le champ d'application couvrirait non seulement les fabriques (c'est-à-dire, à peu de chose près, l'industrie), mais aussi d'autres secteurs de notre économie, particulièrement vastes, comme l'artisanat, le commerce et les services. Après une très longue gestation, le parlement adopta, à cette fin, la loi sur le travail, qui date de 1964 et qui entra en vigueur en 1966<sup>34</sup>.

Pour remplir pleinement son but, cette loi devait être accompagnée d'une ordonnance d'application concernant le secteur non industriel, dont l'importance, aujourd'hui, n'échappe à personne. Or, depuis 1966, cette ordonnance se fait encore attendre! Placé devant les exigences divergentes des employeurs et des syndicats, le gouvernement suisse ne se sent pas en mesure de prendre une décision.

Certes, un progrès notable fut réalisé grâce à l'adoption, en 1981, de la loi fédérale sur l'assurance-accidents et, en 1983, de l'ordonnance sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles<sup>35</sup>, car presque toutes les entreprises y sont soumises. Dans le domaine de l'hygiène, cependant, la lacune reste béante: pour la combler, les autorités cantonales en sont réduites à mettre en oeuvre par analogie, dans les entreprises non industrielles, les dispositions sur l'hygiène relatives aux entreprises industrielles. Il en résulte des pratiques variables selon les cantons, alors que la loi de 1964 avait précisément pour but d'édicter, dans ce domaine, des règles fédérales uniformes. Cette application incohérente touche, notamment, l'installation de locaux de travail en sous-sol (grands magasins!).

Nous ignorons s'il existe beaucoup d'Etats européens dans lesquels le gouvernement, pendant plus de vingt-cinq ans, a renoncé à prendre les dispositions réglementaires utiles en vue d'appliquer une importante loi dans la plupart des entreprises que cette dernière est censée régir.

---

<sup>34</sup> Cf. BERENSTEIN, *La loi sur le travail...*, p. 130-133; TSCHUDI, *La protection...*, Berne 1987, p. 9-10.

<sup>35</sup> R.S. 832.21 et 832.30.

Dans le cadre de l'exercice “Eurolex”, l’administration fédérale a repris son projet d’ordonnance d’application de la loi fédérale sur le travail, couvrant notamment les entreprises non industrielles. On pouvait ainsi espérer que, en cas de vote positif le 6 décembre 1992, notre intégration à l’Espace économique européen donnerait au gouvernement suisse l’occasion d’accomplir son devoir. Pour le moment, cette occasion est manquée.

Ceux qui craignent que nos scrupules nous désavantagent seront certainement rassurés.

#### *Chapitre IV*

#### *Le droit suisse et le droit comparé du travail: les Suisses alémaniques fascinés par l’Allemagne?*

L’interpénétration du droit suisse, des droits des pays voisins et du droit communautaire se fait par divers canaux, soit la doctrine, la jurisprudence et le processus législatif.

#### Section 1 La doctrine

Depuis des décennies, la doctrine suisse est ouverte au droit comparé du travail. Les études publiées par les auteurs les plus importants, notamment des années cinquante aux années soixante-dix, dénotent une connaissance réelle des droits étrangers, qui ne s’étend pas seulement à l’Allemagne, mais aussi à la France et, parfois, à l’Italie, à l’Autriche, au Royaume-Uni et aux Etats-Unis d’Amérique. Les uns et les autres bénéficient à l’évidence d’un accès direct aux sources, grâce à leurs connaissances linguistiques. Il suffit de parcourir les recueils d’articles des professeurs Hug, Tschudi, Berenstein et Bois pour s’en convaincre<sup>36</sup>.

La plus jeune génération, en Suisse allemande, ne paraît pas suivre cet exemple. La nouvelle école de Zurich, fondée par le professeur Rehbinder, a le regard fixé sur l’Allemagne. Nombreuses sont les thèses zurichoises qui citent, en les mêlant, les auteurs suisses (en général alémaniques) et les auteurs allemands, mais ignorent fréquemment le droit français<sup>37</sup>. Cette monoculture paraît dictée non seulement par la richesse du droit allemand et par la puissance de ses constructions, mais aussi par l’obstacle de la langue. La fameuse culture trilingue des Suisses, fondée sur un certain effort, a déserté beaucoup de juristes, au demeurant fort capables. Et ce n’est pas le moindre paradoxe de notre pays que, dans les cantons

<sup>36</sup> Cf. HUG, Beiträge...; TSCHUDI, Beiträge...; BERENSTEIN, Etudes...; BOIS, Etudes...

<sup>37</sup> C’est une des caractéristiques de la collection “Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht”, dirigée par le professeur Rehbinder, chez Stämpfli, à Berne.

où, le 6 décembre 1992, s'est manifestée une notable défiance envers l'Europe, par crainte de l'Allemagne, la vision du droit comparé se rétrécisse peu à peu, au bénéfice, précisément, de ce très grand voisin.

Cependant que les échanges culturels s'affaiblissent en Suisse, on constate, à l'étranger, que les études de droit comparé européen fleurissent et se multiplient. Les contacts entre enseignants et la mobilité des étudiants (favorisés par de grands progrès linguistiques) se développent avec une ampleur que nous mesurons mal. L'intensité des collaborations scientifiques, en Europe, n'a probablement guère à envier à ce que nous pratiquons dans notre pays.

On pourrait présenter plusieurs exemples de positions doctrinales, en Suisse alémanique, constituant une simple réception du droit allemand, sans autre forme de réflexion visant à tenir compte soit des règles et des pratiques en vigueur dans notre pays, soit des enseignements tirés du droit comparé au sens large, c'est-à-dire comprenant dans son champ d'examen plusieurs ordres juridiques européens. Nous n'en retiendrons qu'un, qui touche les relations collectives de travail.

Les conventions collectives, en Suisse, contiennent des clauses diverses sur les rémunérations. Parfois, elles fixent des salaires minimaux individuels, parfois des salaires minimaux moyens dans un groupe de travailleurs. Parfois encore, elles se limitent à décider, en pour cent ou en francs, une augmentation des salaires individuels effectifs, indépendamment de tout minimum individuel ou moyen. C'est le cas, notamment, de certains accords concernant la compensation du renchérissement. Dans quelques branches, d'ailleurs, ce n'est pas le texte de la convention qui détermine l'augmentation des salaires effectifs, mais un tribunal arbitral auquel les parties ont confié cette mission<sup>38</sup>.

En droit allemand, ces clauses d'augmentation des salaires effectifs ("Effektivklausel") sont considérées comme illicites par la jurisprudence et la doctrine majoritaire. Le professeur Rehbinder enseigne à Zurich qu'elles sont également contraires au droit suisse, tout en ajoutant que la question est controversée<sup>39</sup>. Ses étudiants ont emboîté le pas, par exemple Arreger<sup>40</sup> et Bänziger, lequel a consacré toute sa thèse à ce problème<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Cf. l'art. 8 de la convention de l'industrie suisse des machines, de 1988.

<sup>39</sup> REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht..., p. 167.

<sup>40</sup> Cf. ARREGER, p. 62 ss.

<sup>41</sup> BÄNZIGER, Die Effektivklausel im Gesamtarbeitsvertrag, Berne 1981.

La position du droit allemand se fonde sur plusieurs considérations<sup>42</sup>.

Premièrement, les clauses d'augmentation des salaires effectifs seraient contraires au principe de l'égalité de traitement, car ces salaires sont fixés individuellement par l'employeur et non pas sous le contrôle des partenaires sociaux; la porte serait ainsi ouverte à des injustices, que la convention collective ne saurait consacrer. Cette manière de voir s'impose peut-être en Allemagne, à teneur de l'art. 3 de la loi fondamentale ("Gleichheitsgrundsatz"), qui déploie des effets horizontaux; en Suisse, cependant, le droit positif ne connaît pas une telle règle.

De plus, les exigences de la forme écrite seraient violées, car la convention ne comporte pas, dans son texte, le montant précis du salaire minimum dû à chaque travailleur. En Suisse en tout cas, cette objection est sans valeur: que l'augmentation soit fixée en francs ou en pour cent, la partie protégée (le travailleur) peut facilement la faire valoir en produisant sa fiche de salaire; aucune difficulté notable n'est jamais survenue, en pratique, sur ce point.

Enfin, transformant la rémunération contractuelle, déterminée individuellement par l'employeur et le travailleur, en rémunération minimum garantie par la convention collective, la clause d'augmentation des salaires effectifs porterait atteinte au pouvoir de négociation des parties au contrat individuel. A vrai dire, ce pouvoir de négociation individuelle, cher à la doctrine allemande, paraît tombé du ciel. A tout le moins, on ne voit pas comment on pourrait le déduire du droit suisse. Au contraire, le code des obligations permet expressément aux parties à la convention collective de régler le contenu des contrats individuels de travail, sans chercher à préserver un noyau intouchable; il va d'ailleurs de soi que les accords individuels plus favorables demeurent valables (art. 357 al. 1 CO), ce que les clauses d'augmentation des salaires effectifs ne mettent nullement en cause.

Notre propos n'est pas de discuter à fond de la jurisprudence allemande. Nous voudrions plutôt insister sur quelques aspects de méthode particulièrement significatifs.

D'abord, comme on l'a dit, le professeur Rehbinder indique, dans son manuel: "*Unzulässig sind deshalb die sog. 'Effektivitätsklauseln' (str.)*". Cette manière de présenter les choses surprend, car, en réalité, la jurisprudence du Tribunal fédéral est à ce jour parfaitement claire: les clauses d'augmentation des salaires effectifs n'ont jamais été déclarées illicites, au contraire<sup>43</sup>. Ainsi, décrivant le droit positif suisse, le professeur Reh-

---

<sup>42</sup> Pour plus de détails et de références, cf. ZÖLLNER et LORITZ, p. 361-363; SCHaub, p. 1530-1531; BROX, no 275. Voir aussi AP no 9 ad para. 4 TVG (Effektivklausel), avec une note de HERBERT WIEDEMANN.

<sup>43</sup> ATF 104 II 207; 101 Ia 466; 96 I 436.

binder énonce le droit allemand, sans dire que la jurisprudence du Tribunal fédéral en est éloignée. On aurait pu s'attendre qu'il commence par expliquer cette dernière, sauf à la critiquer, bien entendu, s'il le souhaitait. En donnant, dans sa présentation, davantage de poids à la jurisprudence et à la doctrine allemandes qu'à la jurisprudence suisse, le maître de l'école zurichoise fait s'effacer la seconde au bénéfice des premières.

En outre, la thèse de Bänziger est truffée de références à la jurisprudence et à la doctrine allemandes, mais ne comporte pas même des références complètes à la jurisprudence du Tribunal fédéral. Des trois arrêts rendus par cette juridiction en la matière, l'auteur n'en cite que deux, dont un seul dans la collection officielle! Il ignore d'ailleurs le plus récent, rendu deux ans avant la publication de sa thèse<sup>44</sup>. Se désintéressant de la pratique suisse, Bänziger ne signale nullement que les clauses d'augmentation des salaires effectifs sont parfaitement acceptées par les partenaires sociaux, dans des branches économiques de premier plan (bâtiment, horlogerie, industrie des machines), et que, durant les décennies écoulées, elles n'ont donné lieu à aucune difficulté pratique notable<sup>45</sup>. L'auteur ne recherche pas les raisons de cet état de fait (qui, il est vrai, suscite des doutes quant à l'utilité de son ouvrage).

Enfin, Bänziger pose en dogme que les solutions du droit allemand doivent s'appliquer en Suisse<sup>46</sup>. Il jette certes un regard sur le droit autrichien, dont les solutions sont contraires à celles du droit allemand<sup>47</sup> et se borne à les écarter, au motif que les droits suisse et autrichien sont différents (comme si les droits suisse et allemand étaient identiques!). Naturellement, l'auteur ne s'interroge nullement sur le droit français, qui, pourtant, rejoint les droits suisse et autrichien<sup>48</sup>. Même Stöckli caractérise les clauses d'augmentation des salaires effectifs comme une "*Eigenart*

---

<sup>44</sup> BÄNZIGER, *op. cit.* p. 21.

<sup>45</sup> Au contraire, elles sont assez fréquentes dans le second oeuvre, comme l'atteste la jurisprudence (ATF 101 Ia 463; 96 I 433) ou dans l'imprimerie (ATF 104 II 204), ainsi que d'ailleurs dans l'industrie des machines et dans l'horlogerie (cf. l'art. 8 de la convention de l'industrie des machines, de 1988; l'art. 1.6.2 de la convention collective de l'horlogerie, de 1986; sentences du tribunal arbitral de l'industrie des machines, du 8 juillet 1983 et du 25 janvier 1978; sentences du tribunal arbitral horloger du 12 septembre 1980, du 5 octobre 1972 et 24 mai 1963; sentence du tribunal arbitral de la plâtrerie-peinture du 5 février 1990 (non publiées); le Conseil fédéral n'hésite pas à étendre de telles clauses (Droit du travail et assurance-chômage 1979, p. 129 et 1982, p. 28).

<sup>46</sup> BÄNZIGER, *op. cit.* p. 12.

<sup>47</sup> BÄNZIGER, *op. cit.* p. 22; STRASSER, p. 110; TOMANDL, p. 104.

<sup>48</sup> Cf. un arrêt de la Cour de cassation sociale, du 3 février 1971, Dalloz 1972, p. 277; LYON-CAEN, p. 144.

*der schweizerischen Sozialpartnerschaft*<sup>49</sup>. La belle “*Eigenart*” suisse qu’une pratique admise aussi bien en Autriche qu’en France!

La démarche correcte n’était sans doute pas de plaider, sans en exposer les raisons, une simple transplantation du droit allemand: Bänziger eût dû étudier les différentes solutions nationales, examiner leur pertinence dans leur contexte et justifier sa préférence. Il ne faut pas confondre le droit comparé et le droit copié.

Quoi qu’il en soit, la théorie allemande fait son chemin. Elle est reprise par Vischer<sup>50</sup>, qui répète les arguments de Bänziger et de la doctrine d’outre-Rhin, sans ouverture sur la pratique suisse, ni sur les droits non allemands.

## Section 2

### La jurisprudence

On ignore, à ce stade, si le Tribunal fédéral reprendra à son compte, dans le domaine des “*Effektivklauseln*”, la transplantation du droit allemand. Il adopte parfois une telle démarche, comme le montre l’exemple ci-dessous, touchant une autre matière.

L’on s’est parfois interrogé sur le point de savoir si un employeur peut engager un travailleur pour que celui-ci engage à son tour un travailleur, lequel accomplirait son travail dans l’intérêt non seulement de son employeur immédiat, mais aussi dans celui de son employeur médiat. Le problème se pose notamment à l’occasion de contrats entre, d’une part, le chef d’un orchestre et les membres de ce dernier et, d’autre part, le chef de l’orchestre et le tenancier de l’établissement où les artistes se produisent. Le chef de l’orchestre peut-il être simultanément le salarié du tenancier et l’employeur des musiciens?

En 1960, le Tribunal fédéral l’a nié<sup>51</sup>. En 1986, il est revenu sur cette jurisprudence, estimant que, dans un tel cas, l’on devait retenir, selon les circonstances, des contrats de travail “en cascade”, le tenancier étant l’employeur du chef d’orchestre, qui est à son tour l’employeur des musiciens. Il s’est essentiellement fondé, pour ce faire, sur l’opinion récente de plusieurs auteurs de Suisse alémanique, qui se réfèrent à la jurisprudence et à la doctrine allemandes, auxquelles se trouvent empruntées les expressions de “*gestuftes Arbeitsverhältnis*” et de “*mittelbares Arbeitsverhältnis*”<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> Cf. Allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge gegen “Sozialdumping”? , Neue Zürcher Zeitung, 22 septembre 1992.

<sup>50</sup> VISCHER, Gesamtarbeitsvertrag... no 38 ad art. 357a.

<sup>51</sup> Semaine judiciaire 1961, p. 161 ss.

<sup>52</sup> ATF 112 II 47-48, se référant à REHBINDER, STAHELIN et VISCHER, lesquels invoquent l’autorité des Allemands HUECK/NIPPERDEY et STAUDINGER (la doctrine en cascade: VISCHER, Der Arbeitsvertrag, p. 307-308; STAHELIN, nos 7 à 9 ad art. 321; REHBINDER, nos 2 à 4 ad art. 321).

Certes, le Tribunal fédéral n'invoque pas lui-même le droit allemand. Il se contente toutefois d'opinions doctrinales qui s'inspirent à la lettre des seuls auteurs et des tribunaux d'outre-Rhin. Il ne s'interroge nullement sur la solution apportée au même problème dans d'autres ordres juridiques. Il ignore qu'en France le principe demeure que le travailleur est engagé pour travailler et non pas pour engager un travailleur, parce que son état de subordination exclut qu'il puisse revêtir de façon autonome la qualité d'employeur; la figure des contrats de travail en cascade est donc, en soi, incompatible avec celle de contrat de travail<sup>53</sup>. De même, en Italie, les rapports de sous-traitance sont formellement interdits en droit du travail, car ils tendent à substituer à l'employeur de fait un employeur de droit qui, vu sa propre position subordonnée et sa faible assiette économique, n'est souvent pas en mesure de garantir le respect des dispositions protectrices des salariés<sup>54</sup>.

Il y a plus. Le Tribunal fédéral, appliquant le droit allemand par ricochet, ne prend pas en considération les hésitations de la doctrine allemande et l'évolution de la jurisprudence en la matière. Or, en 1982, soit près de trois ans avant le revirement suisse, le Tribunal fédéral allemand du travail, influencé par une partie non négligeable des auteurs, a jugé que le mécanisme des contrats de travail en cascade ne pouvait être admis que s'il existait, dans chaque cas particulier, un motif objectif justifiant le choix de cette figure, de façon que les dispositions légales protégeant les salariés ne fussent pas éludées<sup>55</sup>. Appliquer le droit allemand en se référant à des auteurs suisses permet de sauvegarder les apparences de l'autonomie; mais borner sa recherche à ces auteurs, en méconnaissant l'évolution du droit allemand, c'est risquer de mettre en oeuvre des règles non seulement étrangères, mais dépassées.

Enfin, dans les circonstances du cas tranché par le Tribunal fédéral en 1986, on peut douter que le tenancier n'ait pas été l'employeur réel des musiciens: leur nom figurait dans le contrat passé par lui avec le chef de l'orchestre; ils étaient tenus par des instructions précises émanant de l'établissement, s'agissant en particulier de leur horaire, des pauses et du "genre de travail à fournir"; même si le contrat portait un cachet global forfaitaire, c'est le tenancier qui calculait les salaires individuels et qui retenait les charges sociales et les impôts<sup>56</sup>. Et si l'on admettait que le rapport de subordination entre le tenancier et les artistes était insuffisant

<sup>53</sup> COUTURIER, p. 88; LYON-CAEN et PÉLISSIER, p. 157; voir aussi TEYSSIÉ, p. 223 avec réf. à un arrêt de la Cour de cassation sociale du 20 novembre 1985, Jurisclasseur périodique 1986, éd. E., 15578.

<sup>54</sup> GHERA, p. 369 ss.

<sup>55</sup> *Arbeitsrechtliche Praxis*, no 5 ad para. 611 BGB, avec note INGO KOLLER; pour un aperçu des controverses allemandes sur les effets des contrats de travail en cascade: ZÖLLNER et LORITZ, p. 296-297; SCHAUB, p. 1382; HUECK et NIPPERDEY, t. I, p. 788 ss.

<sup>56</sup> ATF 112 II 47.

pour caractériser un contrat de travail, pourquoi éliminer la figure du contrat d'entreprise<sup>57</sup>?

En l'espèce, le contrat n'était conclu que pour quelques semaines, de sorte que, par exemple, le problème du droit au salaire en cas de maladie ne se posait pas. Mais s'il avait duré plus de trois mois et qu'un ou deux des musiciens fussent tombés malades, aurait-on exigé du chef de l'orchestre qu'il payât lui-même le salaire, sur son propre cachet? La sous-traitance ne risquerait-elle pas de servir d'écran, au bénéfice de l'employeur réel, qui échapperait ainsi à ses obligations, en s'en déchargeant sur un employeur fictif, souvent difficilement capable d'y faire face ? A reprendre la figure allemande des contrats de travail en cascade, le Tribunal fédéral n'ouvre-t-il pas la porte à des abus qui sont déjà combattus en France et en Italie et dont l'Allemagne elle-même a commencé de se protéger?

### Section 3 Le législateur

Le plus souvent, les choix fondamentaux du législateur sont déterminés par les propositions du Conseil fédéral. C'est donc dans les messages de ce dernier que l'on peut déceler le plus facilement les influences du droit étranger.

En principe, les conventions de l'Organisation internationale du travail ne sont ratifiées que si le droit suisse leur est déjà conforme. De plus, d'une manière générale, en droit du travail, le gouvernement et le parlement ne sont guère enclins à s'inspirer des législations d'autres pays. Certes, au stade de l'élaboration des projets de loi, l'administration fédérale fait le plus souvent un tour d'horizon des droits étrangers, en ne se bornant nullement à l'Allemagne; les pays membres de la Communauté européenne, de même que les réglementations adoptées par cette dernière, retiennent tout particulièrement l'attention<sup>58</sup>. Toutefois, au terme du processus, il apparaît que cet examen de droit comparé reste le plus souvent de pure forme et n'exerce guère d'influence sur les choix finals.

Cet état de choses s'explique assez facilement. Comme on sait, en effet, les propositions du gouvernement sont en général élaborées par des commissions d'experts, qui comprennent, dans notre domaine, des représentants des principales organisations patronales et syndicales. Le rôle de ces commissions consiste, essentiellement, à façonner une solution de compromis qui puisse rallier l'assentiment des forces les plus importantes lors de la procédure publique de consultation (à laquelle ces organisations sont derechef associées), déboucher sur une décision positive du parlement (où elles ont également leurs antennes) et passer le cap d'un éventuel

---

<sup>57</sup> Pour une critique détaillée, THÉVENOZ, p. 109 ss.

<sup>58</sup> Cf. par exemple, à l'occasion de la révision du droit du licenciement, FF 1984 II 583 ss.

référendum. C'est dire qu'il s'agit, en fait, d'une négociation au plus haut niveau, entre les représentants du patronat et des syndicats, en présence de l'administration, qui se borne à prendre acte des positions en présence et à rechercher une issue consensuelle. Dans ce cadre, la négociation n'est que le théâtre d'un rapport de forces entre la gauche et la droite, arbitré, en définitive, par le centre. Le droit comparé peut sans doute offrir des arguments aux uns ou aux autres, mais n'influence guère des choix de pure politique interne. Ainsi, l'on peut dire que l'intervention directe des partenaires sociaux fait prévaloir les besoins et les possibilités de la pratique, compte tenu de la situation politique: ancrée (à tort ou à raison) dans les réalités suisses, elle ne se présente nullement comme un instrument de la transplantation du droit allemand en Suisse.

Dans une telle perspective, le processus législatif, largement éloigné des influences d'outre-Rhin, ne légitime nullement les efforts déployés par une partie de la doctrine et, parfois, par le Tribunal fédéral, pour aligner le droit suisse sur le droit allemand. Au contraire, l'esprit dans lequel se déroulent les travaux préparatoires devrait détacher les interprètes de toute préférence systématique pour un seul droit étranger.

#### Section 4 Conclusion

A notre connaissance, la doctrine suisse, en droit du travail, n'exerce aucune influence à l'étranger. Elle y est mal connue et très rarement citée. De plus, notre pays demeurant hors de la Communauté, les spécialistes suisses ne participent pas aux travaux préparatoires de la législation communautaire, auxquels sont en général associés des enseignants des pays membres. Notre rayonnement, à ce point de vue, est nul. Il n'apparaît pas non plus que la jurisprudence du Tribunal fédéral, dans le domaine du travail, joue un rôle particulier à l'étranger. Le décalage entre notre droit et celui des pays voisins est tel, sur beaucoup de points, que nos tribunaux n'abordent les questions importantes que plusieurs années après que les juridictions étrangères ont forgé leurs propres solutions. Ce même décalage explique que les législateurs voisins (ou la Communauté elle-même) ne songent pas à chercher dans notre droit des idées nouvelles dont ils pourraient s'inspirer.

Ainsi, alors même que nous prétendons parfois faire profiter l'Europe du fruit de nos propres expériences, force est de reconnaître que, dans le domaine du travail, notre apport demeure extrêmement modeste. Ces constatations, qui intéressent notre influence à l'étranger, ne s'appliquent pas dans l'autre sens.

En effet, les exemples que nous avons cités montrent que notre doctrine et notre jurisprudence (sinon notre législateur) sont très souvent fascinées par le droit allemand, dont ils importent volontiers les solutions, sans s'interroger vraiment sur le bien-fondé de leur insertion dans notre ordre juridique. Cette fascination tient en partie à la qualité du droit allemand,

que nous reconnaissions volontiers. Elle est aussi la conséquence d'un autre facteur, qu'il ne faut pas hésiter à dénoncer, c'est-à-dire une certaine paresse intellectuelle, qui conduit trop souvent la doctrine et la jurisprudence alémaniques à consulter de préférence des ouvrages rédigés en allemand, sans se soucier des droits français et italien (voire de la doctrine et de la jurisprudence romandes). Ce faisant, les juristes de Suisse allemande rompent avec une tradition profonde de notre Confédération, qui est de s'ouvrir à plusieurs cultures et non pas seulement à celle dont on se sent le plus proche.

Une telle tendance, d'ailleurs, va probablement à l'encontre d'une intégration européenne bien comprise, car la pratique du droit communautaire montre que les institutions de Bruxelles et de Luxembourg reposent sur une vision du monde qui ne s'enferme pas dans les frontières allemandes. Dans la mesure où ils se laissent fasciner par le droit allemand, les juristes suisses abandonnent le pluralisme culturel qui nourrit aussi bien le droit européen que le droit helvétique. Il s'ensuit une certaine désintégration suisse (par attraction au bénéfice de la culture juridique allemande), contre laquelle l'intégration européenne constituerait probablement le meilleur antidote. Il est d'ailleurs paradoxal que les juristes suisses cherchent des guides intellectuels en Allemagne, alors même que la population d'outre-Sarine redoute la puissance de ce pays.

## Seconde partie

### Aspects de la réception du droit communautaire en Suisse

D'abord dans le cadre de l'exercice "Eurolex", puis dans celui de "Swisslex", le gouvernement et le parlement se sont efforcés d'intégrer, dans notre droit, certains aspects de l'acquis communautaire: nous étudierons ci-dessous deux d'entre eux, qui concernent les restructurations d'entreprises. Nous terminerons par un bref examen de la protection des salariées en cas de grossesse.

#### *Chapitre V Les licenciements collectifs*

La réception de la directive de 1975 sur les licenciements collectifs<sup>59</sup> s'opérera au moyen de l'adoption, d'une part, des nouveaux articles 335d à 335g et 336 al. 2 lit. c CO<sup>60</sup>, ainsi que, d'autre part, de la loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (loi sur la participation)<sup>61</sup>.

Le projet suisse n'a pas tenu compte de la révision de la directive sur les licenciements collectifs, par le Conseil de la Communauté, intervenue le 24 juin 1992 et imposant aux Etats membres l'obligation d'y adapter leur droit jusqu'au 24 juin 1994<sup>62</sup>. On peut se demander s'il n'aurait pas été judicieux, pour gagner du temps, que la Suisse inclût ces nouvelles normes dans les travaux législatifs en cours: faute de l'avoir fait cette année, elle devra probablement remettre bientôt l'ouvrage sur le métier.

#### Section 1

##### Raisons d'être et développement de la réglementation

L'opportunité d'une réglementation spéciale des licenciements collectifs tient essentiellement à trois raisons.

D'abord, quand survient la nécessité de réduire le personnel de l'entreprise, le comportement des salariés touchés n'y est pour rien: la perte des emplois résulte d'une cause qui se situe non pas dans la sphère de responsabilité des travailleurs, mais dans celle de l'employeur. Victimes

<sup>59</sup> Directive 75/129/CEE du 17 février 1975 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs, Journal officiel des Communautés européennes no L 48 du 22.2.75, p. 29.

<sup>60</sup> FF 1993 I 829 ss et 925 ss.

<sup>61</sup> Cf. FF 1993 I 815 ss, 874-877; sur la participation, cf. PHILIPPE BOIS, L'avant-projet..., p. 135 ss.

<sup>62</sup> Directive 92/56/CEE du 24 juin 1992 modifiant la directive 75/129/CEE concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs, Journal officiel des Communautés européennes no L 245 du 26.8.92, p. 3.

d'événements indépendants de leur fait, les salariés attendent un traitement qui prenne en compte cette situation particulière.

En deuxième lieu, le caractère collectif des licenciements peut entraîner des conflits importants, qui risquent de troubler les relations professionnelles et même la paix publique. Ce danger n'échappe ni aux partenaires sociaux, ni à l'Etat, qui éprouvent le besoin d'établir des procédures facilitant la négociation entre les intéressés.

Enfin (et peut-être surtout), ces licenciements se produisent souvent dans un contexte économique difficile. Ils exigent la mise en oeuvre de solutions permettant de limiter le risque de chômage des travailleurs touchés et d'atténuer, d'une manière satisfaisante, les effets négatifs frappant ces derniers. De telles solutions ne peuvent être trouvées qu'avec le concours de l'employeur, des organisations professionnelles et, le cas échéant, des collectivités publiques.

En Suisse, comme ils en avaient la compétence<sup>63</sup>, ce sont les cantons qui ont institué les premières dispositions spéciales dans le domaine des licenciements collectifs, en deux vagues successives: la première accompagne l'adoption de la loi fédérale de 1951 sur le service de l'emploi<sup>64</sup>; la seconde s'est produite dans les années soixante-dix, ensuite des tensions suscitées, sur le marché du travail, par la récession<sup>65</sup>. Depuis la loi fédérale sur le service de l'emploi, de 1989, la matière ressort au droit fédéral, qui impose aux employeurs l'obligation d'annoncer à l'autorité administrative les licenciements collectifs<sup>66</sup>.

Il est difficile d'établir un historique détaillé des conventions renfermant des dispositions relatives aux licenciements collectifs; il vaut cependant la peine de tenter une esquisse, car l'évolution de ces normes est mal connue. A notre connaissance, le mérite de la plus grande ancienneté revient à la lithographie: c'est en 1946 qu'a été conclu, dans cette branche, le premier accord sur la sécurité de l'emploi. Suit l'horlogerie, en 1960, avec un accord du même type. En 1968, c'est le tour de l'imprimerie<sup>67</sup>. Outre ces accords spécifiques, qui sont relativement détaillés, on rencontre dans plusieurs conventions collectives des années soixante et du

<sup>63</sup> Cf. le message du Conseil fédéral concernant un projet de loi sur le service de l'emploi ainsi que la ratification, par la Suisse, de la convention internationale concernant l'organisation du service de l'emploi, FF 1950 II 374.

<sup>64</sup> RO 1951, p. 1211.

<sup>65</sup> Vu l'objet du présent rapport, nous renonçons à présenter toutes les références aux droits cantonaux.

<sup>66</sup> Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, du 6 octobre 1989, R.S. 823.11.

<sup>67</sup> Lithographie: accords du 1er février 1946 et du 1er juin 1949 sur la sécurité de l'emploi; horlogerie: accord sur le transfert, le reclassement et la réadaptation des travailleurs de l'industrie horlogère en cas de chômage technologique et structurel, du 6 décembre 1960, revu et renouvelé à plusieurs reprises; typographie: convention pour parer les rigueurs lors de mesures de rationalisation résultant de l'évolution technique, du 1er juillet 1968, revue et renouvelée à plusieurs reprises.

début des années soixante-dix de brèves dispositions sur les licenciements collectifs. Ainsi, par exemple, dans certaines entreprises de la chimie, du papier et du commerce alimentaire. Parfois, des règles concernant les licenciements collectifs se trouvent dans les accords concernant la participation des employés dans l'entreprise.

Prenant en considération les expériences faites dans certaines branches importantes, l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail proposa en 1972 aux organisations faîtières de l'économie un projet d'accord visant à mettre en oeuvre une procédure obligatoire de consultation en cas de licenciements collectifs. Ce texte fut toutefois rejeté par les employeurs<sup>68</sup>.

Un tel échec n'empêcha pas le mouvement de s'amplifier. En 1974, l'industrie des machines adoptait deux accords, l'un sur les licenciements économiques, l'autre sur la participation des travailleurs, lesquels touchent directement notre sujet<sup>69</sup>. Peu après, en mars 1975, les organisations faîtières de l'économie adoptaient un accord recommandant aux organisations affiliées de conclure, si elles ne l'avaient pas encore fait, des accords particuliers, relatifs aux mesures à prendre lors de licenciements économiques. Ce texte reprend dans une large mesure la structure et les termes de celui passé dans l'industrie des machines<sup>70</sup>.

Cet accord interprofessionnel, qui porte, comme la directive communautaire sur les licenciements collectifs, la date de 1975, déploya les effets attendus. Il favorisa la conclusion de conventions particulières dans diverses branches: en 1977, dans l'industrie de la brasserie; en 1978, dans celles du lin, de la chaussure, des articles de voyage, du bâtiment, de la chimie; en 1979, dans l'habillement et la carrosserie; en 1980, dans le textile; en 1981, dans le papier. En 1981, pour la première fois, le Conseil fédéral étendait le champ d'application de certaines dispositions d'une convention collective relatives aux licenciements économiques<sup>71</sup>. En 1982, les organisations faîtières de l'économie adoptaient une recommandation relativement détaillée touchant les licenciements économiques d'employés (par opposition aux ouvriers), ainsi que la coopération de

<sup>68</sup> Cf. le projet de directive concernant la fermeture d'entreprises ou de parties d'entreprises, établi par l'OFIAMT le 22 juin 1972, non publié.

<sup>69</sup> Industrie des machines: accord du 19 juillet 1974 sur les mesures en cas de fermetures d'entreprises ou de licenciements d'un nombre important de travailleurs; accord du 19 juillet 1974 sur la collaboration des travailleurs dans l'entreprise.

<sup>70</sup> Accord relatif au comportement à adopter lors de fermetures d'entreprises, de parties d'entreprises ou de réductions du personnel dues à des causes économiques, entre, d'une part, l'Union centrale des associations patronales, l'Union suisse du commerce et de l'industrie (Vorort), l'Union suisse des arts et métiers, l'Union suisse des paysans et, d'autre part, l'Union syndicale suisse, la Fédération des sociétés suisses d'employés, la Confédération des syndicats chrétiens de la Suisse, l'Union suisse des syndicats autonomes, l'Association suisse des salariés évangéliques, de 1975.

<sup>71</sup> Convention collective de travail pour l'industrie d'emballages en carton et en carton ondulé, imprimés et non imprimés, ainsi que la gainerie, du 1er janvier 1981, FF 1981 II 925.

ceux-ci dans l'entreprise<sup>72</sup>. Même dans les banques fut conclu, en 1991, un accord sur les licenciements collectifs<sup>73</sup>.

Malgré cette évolution, malgré plusieurs interventions parlementaires et malgré une initiative constitutionnelle des Syndicats chrétiens, le Conseil fédéral s'est longtemps refusé à proposer des mesures législatives réglant la consultation des représentants des travailleurs lors des licenciements économiques. Il a confirmé cette opinion à l'occasion de la révision du droit du licenciement<sup>74</sup>.

Comme on le constate, dans cette matière, la réception de la directive communautaire de 1975 n'innove qu'en apparence. Elle consacre l'aboutissement d'une évolution en cours depuis de longues années.

Cette évolution fut bien évidemment observée, mais à un rythme plus rapide, dans les pays voisins. Si la Communauté elle-même décida d'intervenir pour harmoniser les législations nationales, c'est qu'elle éprouvait le souci d'éviter que, en période de restructuration, les entreprises multinationales ne procèdent à des licenciements dans les Etats dont la réglementation reste excessivement souple. On se rappelle peut-être qu'en 1973 la société AKZO, qui devait licencier environ cinq mille travailleurs, avait choisi d'alléger ses effectifs dans les pays où l'opération s'était révélée, après étude, la moins coûteuse<sup>75</sup>.

## Section 2

### La définition des licenciements collectifs

#### *La pratique suisse actuelle*

Depuis 1989, l'on trouve dans la loi fédérale sur le service de l'emploi une définition des licenciements collectifs: il s'agit de toute fermeture d'entreprise et de tout licenciement touchant au moins 10 travailleurs<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> Recommandation relative aux conditions de travail des employés, du 1er janvier 1982, établie par l'Union centrale des associations patronales suisses, l'Union suisse du commerce et de l'industrie, l'Union suisse des arts et métiers, la Société suisse des employés de commerce et l'Association suisse des cadres techniques d'exploitation.

<sup>73</sup> Cf. Rapport annuel de l'Association suisse des employés de banque, 1991, p. 7-9.

<sup>74</sup> Cf. par exemple les réponses du Conseil fédéral à une motion Trottmann (BOCN 1976, p. 111); à deux motions Jelmini (BOCN 1976, p. 967 et BOCN 1978, p. 89); à une question ordinaire Carobbio (BOCN 1980, p. 245). Voir aussi, de façon plus générale, le message concernant l'initiative populaire "pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail" et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations, du 9 mai 1984, FF 1984 II 608, 618 s. et 656.

<sup>75</sup> BLANPAIN et JAVILLIER, p. 166-167.

<sup>76</sup> A la lettre, la loi vise toute fermeture d'entreprise, quel que soit le nombre de travailleurs congédiés, et tout licenciement d'un nombre important de travailleurs. Le Conseil fédéral l'interprète différemment, puisqu'il prend en considération "les licenciements et les fermetures d'entreprises touchant au moins dix travailleurs". Cf. l'art. 29 LSE et l'art. 53 OLSE. A vrai dire, on saisit mal pourquoi la loi utilise deux notions différentes (les fermetures d'entreprises et les licenciements) pour désigner la même chose.

Toutefois, d'entente avec le Département fédéral de l'économie publique, les cantons peuvent abaisser à 6 le nombre de licenciements déclenchant la procédure, lorsque la dimension et les structures du marché du travail local le requièrent<sup>77</sup>. Le législateur n'a pas déterminé la période durant laquelle les licenciements sont comptés. Cette lacune est d'autant plus regrettable que toutes les législations étrangères, comme d'ailleurs la directive de 1975, comportent une telle indication, dont la nécessité saute aux yeux.

Quant aux conventions collectives, elles définissent les licenciements collectifs de façons souvent très vagues: ainsi, par exemple, la convention interprofessionnelle de 1975, précitée, vise les "fermetures d'entreprises, de parties d'entreprises ou (les) réductions du personnel dues à des causes économiques". La marge de manœuvre que paraissent avoir voulu conserver les employeurs n'empêche pas, dans la pratique, des interprétations favorisant une large application des procédures conventionnelles. Ainsi, dans l'industrie des machines, l'accord du 19 juillet 1974 sur les fermetures d'entreprises déclare se rapporter aux fermetures totales ou partielles d'entreprises qui entraînent le licenciement de la totalité ou d'une grande partie du personnel (art. 1). Dans un cas particulier, la direction avait décidé de licencier 43 ouvriers et employés (sur un effectif total d'environ 600 personnes); elle s'était abstenu de mettre en oeuvre la procédure prévue par l'accord, car elle estimait que ce dernier ne concernait que des cas de licenciements plus importants. Selon le Tribunal arbitral, sur le plan formel, l'art. 1 de l'accord semblait lui donner raison. Toutefois, à l'audience, le secrétaire de l'association patronale avait admis que "par fair play, (l'accord) a été progressivement appliqué à des licenciements minimes. La pratique a étendu (son champ) d'application (...) en raison des principes de la bonne foi". En conséquence, les arbitres ont statué qu'il fallait "tenir aujourd'hui l'accord pour applicable non seulement en cas de fermeture totale ou partielle d'entreprise, mais aussi, d'une manière générale, dans le cas de licenciements collectifs décidés pour des motifs économiques. Une interprétation large de l'art. 1 semble d'ailleurs conforme au principe de la bonne foi, si l'on tient compte de l'importance qu'ont prise aujourd'hui pour les travailleurs les mesures collectives de licenciements et ce, même si elles ne touchent pas la plus grande partie du personnel"<sup>78</sup>. On peut regretter l'insécurité juridique résultant du texte conventionnel; il reste que la souplesse dont ont fait preuve les arbitres, en droit collectif du travail, a permis une bonne adaptation des règles aux besoins de la pratique.

---

<sup>77</sup> Cf. l'art. 53 al. 1 OLSE.

<sup>78</sup> Sentence du Tribunal arbitral de l'industrie des machines, du 27 mai 1977 (non publiée).

### *Le nouveau droit*

Selon le nouveau droit, la notion de licenciement collectif comporte quatre éléments: premièrement, un congé donné par l'employeur, de sorte qu'il faut entendre par licenciement le congé lui-même, c'est-à-dire la déclaration de résiliation (*Kündigung*) et non pas la fin des rapports de travail (*Entlassung*); deuxièmement, un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du travailleur (c'est-à-dire, positivement, inhérents aux besoins économiques de l'entreprise); troisièmement, un nombre minimum (au moins: 10 dans les établissements employant habituellement plus de 20 et moins de 100 travailleurs; 10 % du nombre des travailleurs dans les établissements employant habituellement au moins 100 et moins de 300 travailleurs; 30 dans les établissements employant habituellement au moins 300 travailleurs); quatrièmement, une période d'observation dans les limites de laquelle sont effectués les calculs (trente jours consécutifs)<sup>79</sup>.

Du point de vue quantitatif, la définition ci-dessus est relative, car elle tient compte du nombre des salariés licenciés par rapport à celui des travailleurs occupés dans l'entreprise. La directive communautaire laisse aux Etats membres la faculté de choisir, à titre alternatif, une définition absolue, qui se fonde sur un nombre fixe, quelle que soit la taille de l'entreprise (licenciement de 20 salariés pendant une période de 90 jours)<sup>80</sup>.

Ces deux définitions épargnent les petites entreprises: échappent à la définition absolue celles occupant moins de 20 travailleurs (puisque elles n'entrent pas en ligne de compte lorsque le nombre des salariés licenciés est inférieur à 20) et, à la définition relative, celles n'occupant pas plus de 20 travailleurs. On a peine à imaginer pourquoi le législateur communautaire a voulu cette unité de différence.

La disparité entre les deux méthodes saute aux yeux. Ainsi, selon la solution relative, une entreprise occupant 300 travailleurs en licencie-t-elle 29 par mois pendant 3 mois (c'est-à-dire 87 en tout), les procédures prévues par la directive ne s'appliquent pas; en revanche, selon la solution absolue, si l'entreprise ne licenciait que 20 travailleurs d'un seul coup, la directive s'appliquerait, que l'employeur occupe 300 ou 21 travailleurs. Dans le cadre même de la solution relative, les nuances sont évidentes: un employeur occupant 21 travailleurs en licencie-t-il 10, les procédures prévues par la directive s'appliquent; un employeur occupant 300 travailleurs en licencie-t-il le même nombre (voire 21, soit un nombre égal à celui de tous les salariés de l'employeur précédent), les procédures ne s'appliquent pas.

---

<sup>79</sup> Cf. le projet de nouvel art. 335d CO.

<sup>80</sup> Art. 1er, para. 1 lit. a de la directive.

Chacune des deux méthodes reflète des conceptions différentes. Si l'on admet que la réglementation vise à protéger les travailleurs contre les licenciements eux-mêmes ou à favoriser leur reclassement sur le marché de l'emploi, peu importe la taille de l'entreprise qui congédie: seul mérite considération le nombre des personnes licenciées. Tel est le fondement de la méthode absolue. La méthode relative vise le même objectif, avec une réserve notable: elle tend à favoriser les plus grandes entreprises, qui intéressent particulièrement les gouvernements (quand bien même les petites et moyennes entreprises sont celles qui génèrent les plus nombreux emplois).

Dans le cadre d'“Eurolex”, le Conseil fédéral avait proposé de retenir la définition absolue. Le parlement, pour sa part, a choisi la définition relative, également admise par la directive communautaire. Le Conseil fédéral a confirmé ce choix dans l'exercice “Swisslex”<sup>81</sup>. La France applique la méthode absolue<sup>82</sup>; l'Allemagne la méthode relative<sup>83</sup>.

La définition des licenciements collectifs pose un problème que le législateur suisse n'a pas abordé. A l'instar de la directive de 1975, le projet détermine le nombre des salariés licenciés en fonction de la quantité des travailleurs “habituellement” occupés dans l'établissement. Pour déterminer la proportion entre le nombre des salariés licenciés et celui des salariés de l'établissement, inclura-t-on toutes les catégories de travailleurs dans le dénominateur? Comment régler le cas des salariés occupés pendant de brèves périodes ou à temps partiel? Faut-il les inclure par tête, les exclure ou faire la somme des heures de travail effectuées pour déterminer à combien de postes réguliers elles correspondent? Ainsi, en Allemagne, les travailleurs à temps partiel se rangent parmi les effectifs normaux; les travailleurs auxiliaires engagés pour moins de six mois sont retranchés du calcul. En France, au contraire, les salariés à temps partiel et ceux sous contrat de durée déterminée se trouvent inclus dans le calcul des effectifs proportionnellement à leur temps de présence dans l'entreprise<sup>84</sup>. A notre avis, en l'absence de toute précision dans le projet de nouvel art. 335d CO, les salariés à temps partiel doivent être comptés par tête; les salariés auxiliaires, liés par des contrats de courte durée (par exemple moins de six mois) ne sauraient être regardés comme occupés habituellement dans l'entreprise.

L'on se rappelle que, depuis 1989, la loi fédérale sur le service de l'emploi renferme quelques règles sur les licenciements collectifs, dont elle donne elle aussi une définition. On peut donc distinguer entre deux catégories: d'une part, les petits licenciements collectifs, qui appellent

<sup>81</sup> FF 1993 I 830.

<sup>82</sup> LYON-CAEN et PÉLISSIER, p. 288.

<sup>83</sup> ZÖLLNER et LORITZ, p. 278.

<sup>84</sup> Allemagne: para. 6 BetrVG; ZÖLLNER et LORITZ, p. 450; France: LYON-CAEN et PÉLISSIER, p. 584.

seulement l'application de la loi fédérale sur le service de l'emploi; d'autre part, les grands licenciements collectifs, qui exigent la mise en oeuvre non seulement de cette loi, mais aussi des dispositions particulières du code des obligations.

#### *Divergence d'avec le droit communautaire*

Le licenciement ne représente pas la seule forme de cessation du contrat de travail à l'initiative de l'employeur. Il peut arriver que ce dernier propose au salarié une résiliation du contrat, d'un commun accord, moyennant parfois une indemnité particulière. Souvent, d'ailleurs, un pareil "*golden handshake*" est accordé pour éviter la mise en oeuvre des dispositions protectrices du travailleur en cas de licenciement pur et simple. Afin d'empêcher que la loi soit éludée, le législateur communautaire, dans la directive révisée de 1992, a déclaré assimiler au licenciement la cessation du contrat de travail intervenue à l'initiative de l'employeur, pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du travailleur. L'élément déterminant, selon cette définition, n'est pas la résiliation formellement notifiée par l'employeur, mais l'initiative prise par celui-ci, même si, en définitive, le contrat prend fin d'un commun accord; encore faut-il que l'initiative de l'employeur réponde à des motifs non inhérents à la personne du travailleur; ces licenciements de fait doivent donc être pris en compte, dans le calcul du nombre total des licenciements, mais, pour des raisons pratiques, ils ne le seront que s'ils touchent au moins cinq travailleurs<sup>85</sup>. Sur ce point, le législateur suisse devra compléter le code s'il entend rendre notre droit compatible avec le nouveau texte communautaire.

### Section 3 Le cadre institutionnel

#### *La pratique suisse actuelle*

Aujourd'hui, en Suisse, l'intervention des représentants des travailleurs ne repose pas sur un texte légal, mais découle (le cas échéant) des conventions conclues par les partenaires sociaux<sup>86</sup>. Cette participation se trouve donc moins liée à l'organisation interne de l'entreprise qu'à la négociation collective. Il apparaît dès lors naturel que les syndicats n'entendent pas abandonner leurs conquêtes en la matière aux commissions d'entreprise et qu'ils manifestent la volonté de conserver un rôle important dans les discussions relatives aux licenciements collectifs. Vu leur indépendance, les organisations de salariés ont en effet plus de poids que ces commissions; elles jouissent d'ailleurs d'une connaissance d'en-

---

<sup>85</sup> Cf. le nouvel alinéa ajouté à l'art. 1er, para. 1 de la directive communautaire.

<sup>86</sup> Cf. déjà BRUNNER, p. 47 ss.

semble des difficultés survenues et des solutions élaborées dans la branche<sup>87</sup>.

Selon les accords interprofessionnels sur les licenciements collectifs, les représentants dans l'entreprise et les organisations syndicales se trouvent sur un pied d'égalité s'agissant de l'information qui leur est due en cas de licenciement. En revanche, les pourparlers relatifs aux conséquences de ces licenciements sont conduits avec la commission du personnel; cette dernière peut demander immédiatement l'assistance de mandataires des parties à la convention collective. Ainsi, l'intervention du partenaire syndical revêtirait un caractère subsidiaire par rapport aux négociations internes dans l'entreprise<sup>88</sup>.

En pratique, il est rare que la commission d'entreprise détienne un monopole: une telle situation se rencontre, par exemple, dans quelques conventions conclues au niveau de l'entreprise dans le textile. La convention de la chimie bâloise accorde une certaine priorité à l'organe interne de représentation, qui est toujours consulté en premier; néanmoins, en cas de fermeture d'exploitation, cet organe peut exiger, avant même toute discussion avec la direction, l'intervention des syndicats signataires de la convention. Dans l'industrie des machines, les commissions d'entreprise et les syndicats ont un même droit à l'information; les effets des licenciements collectifs se discutent en principe avec les commissions d'entreprise, mais celles-ci peuvent en appeler directement aux parties contractantes. Dans l'imprimerie, l'employeur informe d'abord la commission d'entreprise, mais discute des conséquences des licenciements de pair avec celle-ci et les parties à la convention collective<sup>89</sup>.

Le plus souvent, néanmoins, la direction informe et, le cas échéant, consulte simultanément l'organe interne de représentation et les syndicats, lesquels jouent un rôle déterminant. Parfois, le syndicat veut occuper le premier rang dans les négociations et relègue la commission d'entreprise à l'arrière-plan. C'est le cas notamment dans l'industrie horlogère, où les licenciements collectifs et leurs conséquences font l'objet d'une discussion entre, d'une part, l'entreprise et, d'autre part, les secrétaires patronal et syndical compétents, l'information de la commission d'entreprise ne survenant qu'ultérieurement<sup>90</sup>. Enfin, évidemment, lorsque l'entreprise n'a pas de commission du personnel, ses interlocuteurs seront les représentants de l'organisation syndicale signataire de la convention.

<sup>87</sup> Selon le recensement de Stöckli, environ la moitié des conventions collectives prévoit l'institution de commissions d'entreprise (STÖCKLI, p. 98). Ailleurs, ces dernières n'existent que sur une base volontaire, par accord entre l'employeur et son personnel (ou n'existent pas du tout).

<sup>88</sup> Cf. les accords interprofessionnels de 1975 et 1989 précités.

<sup>89</sup> Cf. l'art. 41 (1) b de la convention collective de la chimie bâloise, de 1987 et l'annexe 9 à cette convention; les art. 29-32 de la convention collective de l'industrie des machines, de 1988; l'annexe VI à la convention collective de l'imprimerie suisse, de 1984.

<sup>90</sup> Cf. l'art. 9 de la convention collective de l'industrie horlogère de 1991.

### *Le nouveau droit; eurocompatibilité*

Le projet de révision du code des obligations ne reflète pas la pratique suisse. Alors que, dans le domaine des licenciements économiques, cette dernière repose assez largement sur la négociation collective entre l'employeur et un syndicat, le texte consacre, pour l'essentiel, les procédures internes de consultation entre la direction et la commission d'entreprise. D'ailleurs, c'est pour mettre en oeuvre ces procédures que le Conseil fédéral a proposé l'adoption d'une loi fédérale sur la participation, qui régit la constitution et le fonctionnement des organes de représentation du personnel<sup>91</sup>. En l'absence d'un tel organe, la consultation interne se fait avec l'ensemble des travailleurs<sup>92</sup>.

Vu l'importance des problèmes en cause sur le plan de la branche; la nécessité, pour les salariés de voir leurs intérêts défendus par des représentants expérimentés; enfin, les traditions ancrées dans les relations collectives, on peut douter que les nouvelles dispositions légales auront pour effet de déplacer les procédures du plan externe au plan interne à l'entreprise.

Dès lors que le droit communautaire laisse aux Etats membres le soin d'établir eux-mêmes les organes au sein desquels se déroule la consultation, le projet suisse est conforme à la directive de 1975<sup>93</sup>.

### Section 4

#### Les objectifs de l'intervention des représentants des travailleurs

##### *La pratique actuelle*

La plupart des accords touchant les licenciements collectifs ne présentent pas ces derniers comme une *ultima ratio*. Ils soulignent plutôt que les décisions sur le principe des licenciements collectifs entrent dans les prérogatives exclusives de l'employeur. Ainsi en va-t-il, par exemple, dans l'industrie des machines, du papier, de l'habillement, de la chimie, de la brasserie. Voici un libellé caractéristique, choisi dans l'industrie des machines: "Les parties contractantes sont conscientes du fait que l'évolution technique et économique peut entraîner des fermetures d'entreprises ou des licenciements d'un nombre important de travailleurs. Lors de telles décisions des directions, il faudra si possible en éviter ou en atténuer les rigueurs pour les travailleurs, tant sur le plan humain que sur le plan économique<sup>94</sup>."

---

<sup>91</sup> Cf. le projet d'art. 335f CO et l'art. 10 al. 2 du projet de loi fédérale sur la participation.

<sup>92</sup> Cf. l'art. 4 du projet de loi fédérale sur la participation.

<sup>93</sup> Cf. l'art. 2 lit. c de la directive; nous n'examinons pas, dans les limites de cette étude, le cas de la cessation de l'exploitation de l'entreprise sur l'ordre du juge (cf. l'art. 1 para. 2 lit. d de la directive de 1975, ainsi que les art. 1er lit. b et 4 de la directive de 1992).

<sup>94</sup> Art. 29 de la convention collective de l'industrie des machines de 1988.

Cette conception a toutefois perdu du terrain. Dans plusieurs branches importantes, les partenaires sociaux reconnaissent que la prévention et la limitation des licenciements collectifs constituent l'un de leurs objectifs communs. Ainsi, dans la maçonnerie et le génie civil, les parties contractantes conviennent que chaque entreprise doit déployer des efforts afin de préserver les places de travail et d'éviter autant que possible les licenciements. Semblablement, dans l'imprimerie, les intéressés sont tenus de rechercher tous les moyens adéquats afin d'éviter que, jusqu'à l'âge de la retraite, les travailleurs ne soient touchés par des licenciements collectifs<sup>95</sup>. Enfin, dans l'industrie horlogère, les parties à l'accord sur la politique de l'emploi se déclarent soucieuses, d'une part, de favoriser l'évolution technique ainsi que les changements structurels nécessaires au maintien d'une industrie horlogère compétitive et, d'autre part, de parer aux conséquences sociales qui pourraient en résulter; pour répondre à cette seconde préoccupation, l'accord prévoit que des licenciements pour raison économique ne peuvent être décidés que s'ils sont inévitables<sup>96</sup>.

Plus encore que la prévention, la réglementation collective des licenciements économiques vise l'atténuation de leurs effets sur les travailleurs touchés. Ainsi, toutes les conventions comportant des dispositions sur les licenciements collectifs prévoient que l'employeur doit, dans la mesure du possible, atténuer les conséquences économiques et sociales de ces derniers. Des clauses y relatives se rencontrent, naturellement, dans les textes prévoyant que l'employeur doit éviter ou limiter les licenciements collectifs. Ainsi dans l'imprimerie, la reliure, les arts graphiques, l'emballage en carton, le bâtiment et l'horlogerie. Mais même selon les conventions qui laissent toute liberté à l'employeur quant au principe des licenciements collectifs, les directions sont tenues, autant que faire se peut, d'en atténuer les rigueurs pour les travailleurs, tant sur le plan humain que sur le plan économique: ainsi, par exemple, dans la brasserie, dans le papier, l'habillement, la chimie, les machines.

L'accord conclu avec les représentants du personnel est depuis longtemps qualifié de "plan social" par la pratique. Il comporte le catalogue des mesures décidées en vue de limiter le nombre des licenciements collectifs et d'en atténuer les effets<sup>97</sup>.

### *Le nouveau droit; eurocompatibilité*

Le projet de révision du code des obligations va un peu plus loin que la pratique actuelle. Alors que, selon cette dernière, la consultation ne porte pas toujours sur les moyens d'éviter les licenciements ou d'en limiter le nombre, il généralise cet objectif. Pour le reste, il confirme l'obligation,

<sup>95</sup> Cf. par exemple l'art. 31 de la convention collective de l'imprimerie, de 1984.

<sup>96</sup> Cf. l'art. 9 de la convention collective de l'horlogerie, de 1991.

<sup>97</sup> Nous ne pouvons ici décrire ce catalogue en détail. Cf. AUBERT, Droit collectif..., p. 74 ss; BACON, p. 72 ss; KLINGENBERG, p. 195 ss.

à la charge de l'entreprise, de négocier un plan social, afin d'atténuer les conséquences des licenciements collectifs. L'obligation de négocier n'est pas une obligation de conclure: il suffit que les parties recherchent de bonne foi un accord<sup>98</sup>.

En outre, le projet de révision énonce plus précisément que les conventions collectives actuelles les informations que l'employeur doit fournir aux représentants des travailleurs: les motifs du licenciement collectif, le nombre des travailleurs auxquels le congé doit être signifié; le nombre des travailleurs habituellement employés; la période pendant laquelle il est envisagé de donner les congés<sup>99</sup>.

Le projet suisse est conforme à la directive de 1975 sur les licenciements collectifs<sup>100</sup>. Toutefois, la nouvelle directive, de 1992, se révèle plus exigeante que l'actuelle pratique et les futures dispositions suisses. Selon elle, l'employeur doit communiquer par écrit, outre les indications rappelées ci-dessus, les critères envisagés pour le choix des travailleurs à licencier et la méthode de calcul prévue pour toute indemnité éventuelle de licenciement<sup>101</sup>.

## Section 5

### Les degrés de la participation (information, consultation)

#### *La pratique actuelle*

Le degré de la participation dépend de la matière. On peut distinguer selon qu'il s'agit du principe et de l'étendue des licenciements collectifs, d'une part, ou de l'atténuation de leurs effets, d'autre part.

Sur le premier point, certains textes, restrictifs, n'instituent qu'un droit d'information et non pas de consultation. Ainsi en va-t-il dans l'industrie des machines ou dans le secteur tertiaire (recommandation relative aux conditions de travail des employés): les représentants des salariés ne sont qu'informés des "décisions" prises; la consultation ne porte que sur les suites de ces dernières.

Une sentence, dans l'industrie des machines, est significative à cet égard: "Lorsque la direction doit procéder à des licenciements collectifs pour des raisons économiques, les organisations syndicales ne peuvent pas prétendre avoir le droit de participer à des négociations. Selon l'art. 3 de l'accord (dans sa teneur du 19 juillet 1964), il est reconnu que les décisions concernant les fermetures d'entreprises font partie des compétences et de la responsabilité de la direction de l'entreprise. Les négociations entre partenaires sociaux ne peuvent donc pas porter sur le principe même ou sur le nombre des licenciements, mais sur les conséquences pour

<sup>98</sup> Cf. le projet de nouvel art. 335f al. 1 et 2 CO.

<sup>99</sup> Cf. le projet de nouvel art. 335f al. 3 CO.

<sup>100</sup> Cf. l'art. 2 de cette directive.

<sup>101</sup> Cf. l'art. 2 para. 3 lit. b, ch. v et vi de la nouvelle directive.

les travailleurs, car il est aussi reconnu à l'art. 3 de l'accord que des rigueurs pour les travailleurs tant sur le plan humain qu'économique doivent si possible pouvoir être évitées ou atténuées”<sup>102</sup>.

L'industrie des machines est ici en retrait par rapport à d'autres secteurs de l'économie suisse. Aussi ne paraît-il pas étonnant que, bien que ne s'y trouvant pas contraintes par la convention en vigueur, certaines entreprises de cette branche aillent plus loin et admettent, elles aussi, que les représentants des travailleurs soient consultés sur la nécessité et l'étendue des licenciements collectifs. Il en va ainsi, notamment, dans les entreprises du groupe ASEA-Brown-Boveri.

D'ailleurs, dans la plupart des grandes branches, les conventions collectives, en Suisse, accordent aux représentants des travailleurs non seulement un droit d'information, mais aussi un droit de consultation, qui s'exerce avant que l'employeur ait pris sa décision. Des dispositions à cette fin se sont répandues dans l'industrie chimique dès le début des années soixante. On en trouve aussi, par exemple, dans l'horlogerie, dans le papier et dans l'habillement. Parfois, les textes indiquent expressément qu'après avoir satisfait aux exigences de la consultation, l'employeur demeure libre de sa décision. Voici une clause typique: “La commission d'entreprise sera consultée dans les domaines suivants et participera aux délibérations avant la prise d'une décision, qui est toutefois de la compétence de la direction: (...) les licenciements pour raisons économiques”<sup>103</sup>.

S'agissant des effets des licenciements collectifs, les droits de participation ne se limitent en principe pas à l'information; au contraire, presque toujours, les textes instituent une véritable consultation des représentants des travailleurs.

C'est ce que dispose la recommandation interprofessionnelle de 1975 et ce que prévoient de nombreuses autres conventions, antérieures ou postérieures, dans l'horlogerie, le bâtiment, la chimie, l'imprimerie, les arts graphiques, la reliure, le papier, ainsi que dans le secteur tertiaire.

Selon les dispositions expresses de certains textes, il incombe à l'employeur de discuter chaque cas séparément avec les représentants des travailleurs, afin d'atténuer les effets des licenciements collectifs<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> Sentence du Tribunal arbitral de l'industrie des machines, du 27 mai 1977 (non publiée).

<sup>103</sup> Cf. l'art. 3.2 du règlement concernant la participation aux décisions dans l'entreprise, annexé à la convention collective de travail de l'industrie suisse du papier, de 1982.

<sup>104</sup> Cf. par exemple l'art. 3 d'un plan social de Brown-Boveri & Cie, Baden, en date du 25 juin 1984. Soulignons que, selon le BBC-Mitwirkungsprogramm de Brown-Boveri, en date du 1er juin 1976, la discussion de chaque licenciement individuel touchait les licenciements disciplinaires; ce principe a été étendu, par la suite, aux licenciements pour raison économique (Hauszeitung, juin 1976, p. 11).

De plus, en fonction de son but, la consultation sur les licenciements collectifs peut exiger, implicitement, l'examen individuel des résiliations. Ainsi, dans une cause tranchée par l'Office de conciliation du canton d'Argovie, statuant comme instance arbitrale, la convention collective applicable prévoyait que les licenciements collectifs devaient être préalablement discutés avec les syndicats et la commission des employés; à cette occasion, les situations douloureuses devaient être évitées dans la mesure du possible. Or, l'employeur, projetant une réduction de son personnel, en avait informé le syndicat et s'était déclaré prêt à négocier un plan social. Toutefois, il n'entendait pas communiquer la liste nominative des travailleurs qui seraient touchés. Selon lui, une discussion des licenciements cas par cas eût été impraticable et eût restreint de manière inadmissible la liberté de la direction. L'Office n'a pas suivi ce raisonnement. A ses yeux, le droit de consultation conféré au syndicat par la convention collective avait sans aucun doute pour fin de renforcer, envers l'employeur, la position des salariés visés par des licenciements collectifs. Le syndicat, comme partenaire direct de l'employeur, était appelé à représenter et à défendre ces salariés. Il ne pouvait remplir un tel rôle que si les mesures envisagées étaient décrites de manière suffisamment concrète, c'est-à-dire s'il savait quels seraient les travailleurs touchés. La discussion préalable n'avait un sens raisonnable qu'à cette condition. Du reste, la convention prévoyait que le but de la discussion était d'empêcher, autant que possible, la survenance de cas douloureux. Il allait de soi que la consultation ne pouvait atteindre ce but que si elle permettait l'examen de chaque situation particulière. Au surplus, ajouta l'Office, on ne voyait pas en quoi la mise en oeuvre de la participation, conformément à ces règles, risquait de créer des obstacles insurmontables: les représentants des salariés ne disposaient en effet d'aucun droit de veto<sup>105</sup>.

Le déroulement chronologique de la procédure de consultation n'est pas toujours réglé en détail. Les délais qui s'imposent à l'employeur varient selon les cas. Le plus souvent, les textes usent de formules vagues. Par exemple, la consultation doit avoir lieu "au préalable" ou "suffisamment tôt" ou "à temps" ou encore "dès que possible". Exceptionnellement, les conventions prévoient un délai fixe. Ainsi, la convention d'une entreprise de l'industrie de la soie disposait que, en cas de licenciements collectifs, la consultation des représentants des travailleurs devait se produire avant le prononcé des licenciements, mais au plus tard quatre mois avant la fin des rapports de travail<sup>106</sup>. Dans l'industrie horlogère, si

---

<sup>105</sup> Sentence de l'Office de conciliation du canton d'Argovie, statuant comme tribunal arbitral, du 1er septembre 1982 (non publiée).

<sup>106</sup> Cf. l'art. 4 al. 4 et 5 de la convention collective de l'entreprise Steckborn Kunstseide AG, de 1972.

des licenciements pour raison économique sont envisagés, l'entreprise doit informer le secrétariat de son association patronale au moins un mois à l'avance; les secrétaires patronal et syndical discutent immédiatement du problème, avant les licenciements<sup>107</sup>.

Dans une affaire Firestone, jugée en Suisse par un tribunal arbitral, la convention collective prévoyait que les licenciements ensuite de fermeture d'entreprise devaient être préalablement discutés avec les syndicats et la commission d'entreprise. Ayant résolu de fermer sa filiale de Pratteln, le groupe annonça sa décision sans consulter les intéressés: il comptait effectuer cette consultation avant l'envoi des lettres de résiliation, qui devaient suivre. Les arbitres statuèrent qu'une telle démarche n'était pas conforme à l'accord: l'annonce de la fermeture totale équivalait à une résiliation; elle devait donc être elle-même précédée d'une consultation permettant aux représentants des travailleurs de prendre leurs dispositions. D'ailleurs, du moment que la convention ménageait de larges droits de consultation en cas de licenciements, ces droits eussent été éludés (et la consultation aurait perdu une grande partie de son sens) si l'employeur pouvait décider de congédier tous ses travailleurs sans information ni discussion préalables. Il faut souligner, au surplus, que lors de licenciements antérieurs, l'entreprise avait consulté les représentants du personnel et obtenu des concessions en vue d'améliorer sa situation économique (chômage partiel, renonciation au treizième mois); dans ce contexte, il paraissait choquant que, avant de prendre une décision qui anéantissait les efforts des salariés eux-mêmes, la direction ne les ait ni informés ni consultés<sup>108</sup>.

D'une manière générale, les textes qui imposent à l'employeur l'obligation de consulter les représentants du personnel sur les mesures à prendre pour atténuer les effets des licenciements collectifs le laissent libre de décider lesquelles il entend adopter une fois la consultation terminée. Dans quelques branches, toutefois, ces mesures peuvent être établies par un tribunal arbitral tranchant, en équité, le conflit d'intérêts divisant l'entreprise et les représentants des salariés. C'est le cas, surtout, dans l'industrie des machines: la convention collective de cette branche prévoit en effet la compétence du tribunal arbitral pour statuer sur les conséquences, à l'égard des travailleurs, des licenciements économi-

<sup>107</sup> Cf. l'art. 9.5 de la convention collective de l'horlogerie, de 1991.

<sup>108</sup> Urteile Firestone, Recht und Politik im Kanton Basel-Landschaft, vol. 5, Liestal 1984, p. 36 ss.

ques<sup>109</sup>. C'est le cas, également, dans certaines entreprises d'autres branches, qui acceptent par un accord ad hoc, à l'occasion de licenciements collectifs, de confier à une commission paritaire, présidée par un tiers neutre (ou parfois l'office cantonal de conciliation), le soin de fixer librement les prestations que l'employeur doit allouer aux salariés qui se trouvent dans une situation particulièrement difficile ensuite du licenciement collectif.

Qu'on nous permette d'illustrer cet aspect des relations professionnelles, qui joue un rôle important dans notre vie économique. Quand bien même ils en ont le pouvoir, les tribunaux arbitraux, dans l'industrie des machines, ne rédigent pas les plans sociaux de toutes pièces. Ils s'efforcent de faire œuvre de conciliation, afin d'amener les parties à s'entendre sans qu'il soit nécessaire de juger. La conciliation est précisément facilitée par le fait que les intéressés se savent soumis à l'autorité arbitrale; en cas de désaccord persistant, la maîtrise du litige leur échappe; ils risquent de part et d'autre de se voir imposer une solution qui ne les satisfasse pas. De plus, les arbitres ne peuvent statuer en équité qu'après avoir entendu des explications détaillées sur la situation de l'entreprise et des travailleurs au fil des audiences; ces explications permettent en général de régler un grand nombre de points, seules certaines questions particulières étant laissées à l'appréciation du tribunal. Ainsi, en 1982, à la suite de l'annonce de licenciements collectifs dans une entreprise genevoise de l'industrie des machines, un tribunal arbitral a été constitué, avec mission d'établir un plan social en faveur des salariés congédiés. Les points suivants devaient être examinés, en particulier: la retraite anticipée; les indemnités de licenciement; l'obligation, pour les salariés, de travailler pendant le délai de congé. Les parties ont été entendues les 13 et 25 mai 1982. Elles ont fourni des explications dans leurs écritures et, surtout, lors de leur audition, sur la situation des personnes touchées et sur les incidences financières des propositions formulées par les représentants des salariés. Lors de la seconde audience, elles sont finalement convenues de mettre fin amiablement à leur litige, le tribunal arbitral les ayant aidées à résoudre les difficultés qui subsistaient. Une réglementation détaillée de la retraite anticipée et des indemnités de licenciement a ainsi pu être obtenue par la conciliation, dont les résultats furent consacrés par la sentence<sup>110</sup>.

L'année suivante, dans la même branche, éclatait une grève à la suite de l'annonce par une entreprise vaudoise de 96 licenciements. Vu le caractère aigu du conflit, l'Office cantonal de conciliation fut saisi. Il se reconnut compétent parce que, bien que la convention eût institué un tribunal arbitral, il n'était pas établi que ce tribunal fût en mesure d'agir suffisamment vite. Le 25 février 1983, l'Office faisait la proposition suivante, en vue de l'adoption d'un plan social: les parties devaient tenter

---

<sup>109</sup> Cf. l'art. 8 de la convention collective de l'industrie des machines, de 1988.

<sup>110</sup> Sentence du tribunal arbitral de l'industrie des machines, du 7 juin 1982 (non publiée).

de se mettre d'accord par des négociations directes, la première séance à cet effet étant convoquée pour le mardi 1er mars 1983 dans les locaux de l'entreprise: il incombaît aux parties de constituer d'ores et déjà le tribunal arbitral pour le cas où aucun accord ne pouvait intervenir (totalement ou partiellement); le président de ce tribunal était désigné en la personne de Monsieur X., juge cantonal à Lausanne, qui avait accepté la mission, en déclarant expressément que s'il était appelé à juger, il prévoyait pour la procédure une durée d'une dizaine de jours; chaque partie était tenue de désigner son assesseur avant le mardi 1er mars; pour le cas où le tribunal arbitral devrait statuer, faute d'accord direct entre les parties, la première séance était convoquée pour le vendredi 4 mars 1983. Les négociations préconisées par l'Office n'ayant pas abouti, ce dernier fit, le 2 mars 1983, de nouvelles propositions, plus détaillées: il suggérait de fixer à fr. 550.000 le montant mis à disposition par l'entreprise pour financer le plan social (sur la base de 82 licenciements); cette somme était indépendante des montants légalement dus aux travailleurs licenciés; derechef, les modalités devaient être négociées directement entre les parties, une première rencontre étant fixée au vendredi 4 mars; à défaut d'entente, le tribunal arbitral prévu par la convention collective statuerait; pour permettre aux intéressés de négocier, la première séance de ce tribunal était reportée au 11 mars 1983. Un délai d'environ 24 heures était fixé aux parties pour faire savoir à l'Office si elles acceptaient ces propositions, qui constituaient un tout. Sur ce, la grève, qui s'était prolongée, fut levée. Les négociations permirent aux antagonistes de fixer toutes les modalités du plan social, sauf sur le point de savoir si les vacances devaient être prises pendant le délai de congé. Constitué, le tribunal arbitral trancha le 7 avril 1983, de telle sorte que le plan social définitif put être établi le 19 avril 1983<sup>111</sup>.

A l'occasion d'autres causes, les arbitres, dans l'industrie des machines, ont été appelés, compte toujours tenu des circonstances de chaque cas particulier, à dire en équité s'il se justifiait d'allouer des indemnités de licenciement; à fixer le montant de ces indemnités; à déterminer l'âge à partir duquel les salariés devaient être mis à la retraite anticipée; enfin, à se prononcer sur la question de savoir si, pendant le délai de congé, les salariés devaient être libérés de leur obligation de travailler<sup>112</sup>.

### *Le nouveau droit; eurocompatibilité*

Le projet de révision va plus loin que la pratique actuelle. En effet, comme on l'a déjà relevé, il généralise l'obligation de consulter les représentants des travailleurs sur le principe et l'étendue des licenciements. Pour ce qui

<sup>111</sup> Propositions de l'Office cantonal vaudois de conciliation, des 25 février et 2 mars 1983; sentence du tribunal arbitral de l'industrie des machines, du 7 avril 1983 (non publiée).

<sup>112</sup> Par exemple: sentences du tribunal arbitral de l'industrie des machines, des 3 décembre 1982, 27 octobre 1983 et 9 juillet 1984 (non publiées).

est de la négociation du plan social, il s'aligne sur les conventions actuelles, mais n'impose nullement l'arbitrage des conflits d'intérêts quant au contenu des mesures envisagées pour atténuer les effets des licenciements. Au reste, il ne règle pas plus clairement que ce n'est le cas aujourd'hui les délais dans lesquels la consultation doit se dérouler<sup>113</sup>.

Le projet suisse est conforme à la directive de 1975 sur les licenciements collectifs<sup>114</sup>. Toutefois, la nouvelle directive européenne précise davantage que la pratique et le projet suisses le contenu de la négociation. Parmi les mesures à prendre dans le cadre du plan social, il mentionne expressément l'aide au reclassement ou à la reconversion des salariés congédiés; de plus, il découle implicitement du texte que la discussion avec les représentants du personnel doit porter sur les critères selon lesquels sont choisis les travailleurs licenciés<sup>115</sup>. Le projet suisse est, sur ces points, en retrait par rapport au droit communautaire.

## Section 6

### La nature juridique du plan social

#### *La pratique actuelle*

Instrument récemment créé par la pratique, le plan social suscite des difficultés de qualification juridique. En Suisse, les plans sociaux sont généralement signés par l'employeur et un ou plusieurs syndicats. Ils peuvent aussi l'être par l'employeur et le comité d'entreprise (qui intervient souvent avec les syndicats). Il arrive enfin que l'employeur négocie le plan social directement avec les travailleurs. Ce sont les trois hypothèses que nous envisagerons.

En premier lieu, le plan social, passé par écrit, est signé par l'employeur et, du côté des travailleurs, par un ou plusieurs syndicats. Vu son objet (la réglementation des questions touchant les rapports entre les travailleurs et l'employeur) et sa forme, un tel texte constitue une convention collective. Il déploie un effet direct et impératif sur les rapports de travail des salariés liés, c'est-à-dire les membres du ou des syndicats contractants<sup>116</sup>. En principe, les travailleurs n'appartenant pas à ce ou ces syndicats ne tirent aucun droit de la convention collective. Toutefois, rien ne s'oppose à ce qu'une organisation de travailleurs représente, dans une négociation, des salariés qui ne lui sont pas affiliés; il suffit que les conditions générales de la représentation soient remplies, les salariés réunis en assemblée lui ayant par exemple donné mandat ou ayant ratifié le résultat des négocia-

<sup>113</sup> Cf. le projet de nouvel art. 335f al. 1 et 2 CO; le législateur suit ici la solution allemande, qui s'abstient de fixer des délais déterminés: cf. le para. 111 BetrVG; ZÖLLNER et LORITZ, p. 530 et 533; comparer, pour la France, LYON-CAEN et PÉLISSIER, p. 292.

<sup>114</sup> Cf. l'art. 2 de cette directive.

<sup>115</sup> Cf. l'art. 2 para. 2 al. 1 et para. 3 lit. b ch. v de la nouvelle directive.

<sup>116</sup> Cf. les art. 356 al. 1 et 2, 356c al. 1 et 357 al. 1 CO.

tions conduites par elle. Rien ne s'oppose non plus à ce que, dans le cadre du plan social, l'employeur prenne des engagements en faveur de tiers, engagements dont ces derniers sont habilités à demander l'exécution en justice. Le plan social peut donc profiter aux salariés non membres du ou des syndicats signataires, si ces derniers sont intervenus comme représentants ou s'ils ont conclu avec l'employeur une stipulation pour autrui, c'est-à-dire pour ces dissidents. Tout sera affaire d'interprétation, dans chaque cas particulier<sup>117</sup>. Ainsi, en général, les plans sociaux prévoient expressément qu'ils s'appliquent à tous les travailleurs licenciés, quelle que soit leur appartenance (ou leur non-appartenance syndicale); il faudra donc admettre, selon les circonstances, l'existence d'une représentation ou d'une stipulation pour autrui. Parfois, en revanche, le plan social indique expressément que seuls en bénéficient les membres de l'organisation de salariés signataire; les dissidents n'en tirent alors aucun profit<sup>118</sup>.

Une sentence arbitrale de l'industrie textile illustre ces considérations. L'employeur et les syndicats avaient rédigé un plan social sans que, néanmoins, toutes les exigences de la forme écrite fussent respectées: il manquait la signature des représentants des travailleurs. Après avoir indiqué qu'un tel accord eût pu constituer une convention collective si les exigences de forme avaient été remplies, le tribunal arbitral a jugé que, compte tenu des intentions des parties, ce texte devait être interprété comme une stipulation de l'employeur, d'une part, et des syndicats, d'autre part, en faveur de tous les salariés licenciés<sup>119</sup>. Ces derniers pouvaient donc en déduire personnellement des prétentions individuelles; toutefois, comme il ne s'agissait pas d'une convention collective, le plan social ne déployait pas un effet impératif: en théorie, les travailleurs eussent pu renoncer à ces prétentions.

Dans la deuxième hypothèse, le plan social est convenu entre l'employeur et le comité d'entreprise. Quand bien même il serait couché par écrit, il ne saurait constituer une convention collective de travail: en effet, du côté des travailleurs, seule une organisation dotée de la personnalité juridique peut conclure une telle convention; or, le comité d'entreprise n'est précisément pas une personne morale<sup>120</sup>. Il faut dès lors examiner si le plan social établi en commun par l'employeur et le comité d'entreprise forme un règlement d'entreprise, car, dans ce cas, il lierait tous les

---

<sup>117</sup> Cf., d'une part, les art. 32 ss CO et, d'autre part, l'art. 112 al. 1 et 2 CO.

<sup>118</sup> Comparer les libellés suivants: "Le plan social est applicable à tous les travailleurs de (l'entreprise) qui perdent leur emploi en corrélation avec la cessation du département d'héliogravure au 31 mars 1982" (plan social du 11 janvier 1982), d'une part, et, d'autre part: "Cet accord (...) s'applique au personnel affilié à l'une ou l'autre des fédérations (syndicales) signataires" (plan social du 10 mai 1974).

<sup>119</sup> Sentence arbitrale dans l'industrie textile, du 23 février 1974 (non publiée). Les conditions de la conversion étaient par ailleurs remplies.

<sup>120</sup> REHBINDER, Arbeitsgesetz, no 4 ad art. 37, p. 115; VISCHER, no 127 ad art. 356 CO.

travailleurs de l’entreprise en vertu de la loi fédérale sur le travail<sup>121</sup>. Nous devons donc nous demander, d’abord, si le comité d’entreprise en tant que tel a la capacité de conclure un accord de ce type et, ensuite, si l’objet du plan social est de ceux qui, en principe, peuvent s’inscrire dans un règlement d’entreprise.

Selon l’art. 37 de la loi fédérale sur le travail, l’employeur peut convenir par écrit, avec une délégation librement élue des travailleurs, du texte du règlement d’entreprise. Ainsi, pourvu que soient remplies les conditions d’élection de la délégation des travailleurs, cette dernière a la capacité de convenir du règlement, capacité qui résulte de la loi elle-même. Le règlement d’entreprise constitue donc une source de droit *sui generis*, soumise à ses propres règles d’élaboration et non pas une convention de droit commun passée par l’employeur avec les membres du personnel<sup>122</sup>.

Quant au contenu du règlement d’entreprise, l’article 38 al. 2 de la loi fédérale sur le travail prévoit que, lorsqu’il est établi par convention, ce texte peut renfermer non seulement des dispositions sur la protection de la santé, la prévention des accidents, l’ordre intérieur et le comportement des travailleurs dans l’entreprise, mais aussi d’autres dispositions concernant les rapports entre l’employeur et les travailleurs. Selon certains auteurs, ces autres dispositions facultatives ne sauraient porter que sur l’organisation du travail dans l’entreprise (soit les pauses, l’horaire de travail par équipe, etc.)<sup>123</sup>. Cette conception paraît se fonder essentiellement sur le titre même de l’instrument (“règlement”), lequel, par vocation, viserait uniquement l’organisation de l’activité des salariés. Toutefois, le libellé de la loi est plus large. Ouvrant expressément la porte à “d’autres dispositions concernant les rapports entre l’employeur et les travailleurs”, il n’établit aucune limitation touchant la nature même des matières. Cela est décisif. Si le législateur, sur cette question dont l’importance ne pouvait lui échapper, avait voulu se montrer restrictif, il l’eût sans doute

---

<sup>121</sup> Cf. l’art. 39 al. 2 LT. Selon HUG, les normes renfermées dans le règlement d’entreprise seraient absolument impératives (HUG, Commentaire, no 16 ad art. 39, p. 314). Cette opinion n’est pas dictée par le texte légal. Au contraire, on ne voit pas pourquoi l’employeur ne pourrait déroger au règlement d’entreprise en faveur des salariés (dans ce sens, REHBINDER, Arbeitsgesetz, no 2 ad art. 39 LT, p. 121, avec réf.).

<sup>122</sup> Dans ce sens, REHBINDER, Arbeitsgesetz, no 4 ad art. 37, p. 114-115; MAILLEFER, p. 45-46; KLINGENBERG, p. 192-193. Toutefois, selon HUG (Commentaire, no 7 ad art. 37 LT, p. 290) et VISCHER no 119 ad art. 356 CO), le comité d’entreprise n’ayant pas la capacité de conclure, seuls les membres du personnel peuvent être directement parties à l’accord (voir aussi Droit du travail et assurance-chômage 1972, p. 29). Cette conception excessivement privatiste ne tient pas compte du fait que la loi elle-même a donné à la délégation des travailleurs la capacité de convenir du règlement d’entreprise; il n’y a donc pas lieu, dans ce cadre, d’appliquer les règles de la représentation.

<sup>123</sup> HUG, Commentaire, nos 16 et 17 ad art. 38 LT, p. 304; Droit du travail et assurance-chômage 1972, p. 29.

clairement dit<sup>124</sup>. De ce point de vue, il n'y a dès lors pas d'obstacle à ce que des dispositions visant la prévention des licenciements collectifs ou l'atténuation de leurs effets trouvent place dans un règlement d'entreprise.

Encore faut-il qu'aucune difficulté ne survienne dans la délimitation des domaines respectifs du règlement d'entreprise et de la convention collective. Or, l'article 38 al. 2 de la loi fédérale sur le travail prévoit que le règlement d'entreprise établi par convention ne peut contenir d'autres dispositions concernant les rapports entre l'employeur et les travailleurs que si de telles dispositions ne touchent pas des questions usuellement réglées dans la branche par *convention collective* ou par *autre accord collectif*. C'est que le législateur, élargissant le domaine des règlements d'entreprise, n'a pas voulu porter préjudice à l'activité des syndicats; chaque fois que ceux-ci ont obtenu, dans la branche considérée, une réglementation particulière des conditions de travail, l'existence même de cette réglementation s'oppose à ce que l'employeur utilise l'instrument du règlement d'entreprise pour lui faire concurrence<sup>125</sup>. Ne voyant pas le sens de l'expression "accord collectif" (qui n'a pas d'équivalent exact en droit allemand)<sup>126</sup>, le professeur Rehbinder propose de l'ignorer<sup>127</sup>. Sauf à mépriser le texte légal, on ne saurait évidemment le suivre. En effet, la réglementation collective des conditions de travail ne revêt pas toujours la forme d'une convention collective. Ainsi, par exemple, dans l'industrie des machines, les partenaires sociaux se sont pendant longtemps contentés d'établir des recommandations qui, en raison de leur caractère non contraignant, s'éloignent fort de la convention collective classique<sup>128</sup>. Il en va de même, aujourd'hui, dans le secteur tertiaire: les conditions de travail des employés y font l'objet de recommandations, lesquelles n'ont pas sur les rapports entre l'entreprise et ses travailleurs les effets d'une convention collective selon l'article 356 du code des obligations<sup>129</sup>. Cela étant rappelé, les mots "autre accord collectif" prennent tout leur sens: le législateur a certainement voulu que le règlement d'entreprise ne rivalise ni avec les conventions collectives au sens strict, ni avec ces autres accords collectifs. Parmi ceux de la seconde catégorie, il faut compter l'accord interprofessionnel précité de 1975 comportant des recommandations communes sur le comportement à adopter lors de fermetures d'entre-

<sup>124</sup> REHBINDER, *Arbeitsgesetz*, no 3 ad art. 38, p. 119; VISCHER, no 132 ad art. 356; KLINGENBERG, p. 184.

<sup>125</sup> REHBINDER, *Arbeitsgesetz*, no 3 ad art. 38, p. 119; BIGLER, p. 112.

<sup>126</sup> Cf. le para. 77 al. 3 BetrVG.

<sup>127</sup> REHBINDER, *Arbeitsgesetz*, no 3 ad art. 38, p. 119.

<sup>128</sup> Cf. AUBERT, *L'obligation de paix...*, p. 176.

<sup>129</sup> Cf. Recommandations relatives aux conditions de travail des employés, convention nationale du 1er juillet 1989, entre l'Union centrale des associations patronales suisses, l'Union suisse du commerce et de l'industrie, l'Union suisse des arts et métiers, d'une part, et, d'autre part, la Société suisse des employés de commerce, l'Association suisse des cadres; SCHWEINGRUBER et BIGLER, p. 26-27.

prises, de parties d'entreprises ou de réductions du personnel dues à des causes économiques.

Cet accord interprofessionnel empêche-t-il l'établissement de plans sociaux par voie de règlement d'entreprise? La question est d'autant plus difficile à résoudre que les intéressés ne l'ont probablement pas envisagée en 1975, pas davantage qu'ils ne le font lors de la conclusion de plans sociaux: ces derniers ne se réfèrent jamais à la loi fédérale sur le travail; de plus, ils ne sont jamais soumis à l'approbation de l'autorité cantonale (encore que cette approbation ne constitue pas une condition de validité du règlement d'entreprise)<sup>130</sup>. La convention interprofessionnelle de 1975 prévoit que les pourparlers relatifs à l'établissement du plan social peuvent être conduits directement avec la commission du personnel, celle-ci ayant la faculté de demander l'assistance de mandataires des parties à la convention collective en vigueur dans la branche. Ce texte ne fait donc pas obstacle à l'établissement d'un plan social sous forme de règlement d'entreprise (l'assistance de mandataires des parties à la convention collective ne changeant rien au fait que le règlement est convenu, du côté des travailleurs, par le comité lui-même)<sup>131</sup>.

En l'état actuel des choses, cette éventualité ne se rencontre que rarement, car dans les branches importantes comme l'industrie des machines, l'horlogerie, la chimie, l'imprimerie et le bâtiment, les plans sociaux sont conclus, le plus souvent, par un ou des syndicats, même si la commission d'entreprise intervient également à titre de signataire.

Quand il signe un plan social à côté d'un syndicat, le comité d'entreprise peut être considéré comme représentant tous les salariés de l'entreprise, syndiqués ou non. La signature apposée par le syndicat légitime ainsi l'intervention du comité d'entreprise dans une matière qui fait l'objet d'une convention collective. Elle dissipe tout risque de conflit de compétence entre le comité d'entreprise et l'organisation syndicale<sup>132</sup>.

Que le comité d'entreprise puisse intervenir, comme représentant de l'ensemble des salariés de l'employeur, plusieurs sentences de l'industrie des machines le reconnaissent. Ainsi le texte suivant: "Vu le mode d'élection des membres des commissions d'entreprises, ces organes (...) représentent tous les ouvriers et employés concernés par les licenciements. Une décision du tribunal arbitral aura donc des effets sur l'ensemble des travailleurs licenciés, que ceux-ci soient syndiqués ou non"<sup>133</sup>.

Il faut envisager maintenant la dernière hypothèse, qui est celle dans laquelle l'employeur édicte unilatéralement son plan social ou discute de ce dernier directement avec l'ensemble du personnel (par exemple réuni en assemblée générale). Dans chaque cas, examinant les propos et le

<sup>130</sup> REHBINDER, *Arbeitsgesetz*, no 1 ad art. 39, p. 120.

<sup>131</sup> VISCHER, no 102 ad art. 356 CO.

<sup>132</sup> Cf. KLINGENBERG, p. 191-193.

<sup>133</sup> Sentence du tribunal arbitral de l'industrie des machines, du 9 juillet 1984 (non publiée).

comportement de l'employeur, il y aura lieu de déterminer si celui-ci a entendu s'engager envers ses salariés. S'est-il engagé, les obligations assumées par l'employeur le lient envers chacun de ses travailleurs, dans le cadre des contrats de travail ainsi complétés. Une telle modification de ces contrats suppose, évidemment, l'acceptation des salariés, laquelle se présume<sup>134</sup>.

### *Le nouveau droit; eurocompatibilité*

Ni le projet de révision du code des obligations, ni le projet de loi sur la participation ne définissent la nature juridique de l'accord entre l'employeur et les représentants du personnel. C'est une lacune volontaire. En effet, les milieux syndicaux préfèrent la négociation collective entre la partie patronale et une organisation de travailleurs, véritablement indépendante de l'employeur; ils ne souhaitent donc pas que les accords conclus sur le plan interne, entre la direction de l'entreprise et les représentants du personnel, acquièrent une légitimité renforcée par une réglementation légale précise. Craignant de trop vives controverses politiques, le législateur a entendu laisser la solution de ce problème à la jurisprudence. Mais est-il toujours sain de préférer la tranquillité du parlement à la sécurité du droit ?

Au reste, le droit communautaire ne renferme aucune règle à ce sujet. En Allemagne, le législateur a pris des dispositions expresses, dans le cadre des dispositions régissant la participation au sein des entreprises<sup>135</sup>; en France, vu le silence de la loi, les tribunaux tendent à mettre en oeuvre le droit commun des contrats<sup>136</sup>.

## Section 7

### L'intervention de l'autorité administrative

Aujourd'hui, l'intervention de l'autorité administrative a pour seul objet le placement des salariés congédiés: c'est le but de l'annonce obligatoire des licenciements collectifs selon la loi fédérale sur le service de l'emploi<sup>137</sup>.

Selon le projet de révision du code des obligations, cette intervention (qui subsiste) se double d'une autre procédure. En effet, l'employeur doit notifier par écrit à l'Office cantonal du travail tout projet de licenciement collectif. Il y joint la copie de la communication faite aux représentants des travailleurs et informe l'autorité des résultats de la négociation avec ces représentants, ce qui implique que la procédure est postérieure à cette

<sup>134</sup> Cf. l'art. 6 CO; ATF 110 II 346; AUBERT, Quatre cents arrêts..., no 40; cf. aussi KLINGENBERG, p. 193-194.

<sup>135</sup> Cf. les para. 77 et 112 BetrVG.

<sup>136</sup> Cf. COUTURIER, Plan social..., p. 217 ss; COUTURIER, Le plan social..., p. 647.

<sup>137</sup> Cf. l'art. 29, en relation avec l'art. 24 LSE.

négociation. L'autorité administrative n'a donc pas simplement pour mission de placer les travailleurs licenciés. Comme le dit le texte, sa tâche est d'aider les parties à trouver des solutions aux problèmes posés par les licenciements collectifs projetés. Elle intervient comme médiatrice, en particulier lors de la discussion du plan social. En pratique, c'est le rôle fort souvent joué, actuellement, par les offices cantonaux de conciliation, avec un remarquable succès<sup>138</sup>.

Le projet suisse est conforme au droit communautaire<sup>139</sup>.

## Section 8

### Les sanctions

#### *La pratique actuelle*

Lorsque l'obligation de consulter les représentants des travailleurs découle des conventions collectives, ce sont ces dernières qui déterminent les sanctions applicables.

Ainsi, dans la cause Firestone, les syndicats reprochaient à l'employeur d'avoir violé son obligation d'informer les salariés à l'occasion de la fermeture de la filiale de Pratteln. Ils demandaient, à titre de peine conventionnelle, l'allocation de 3,5 millions de francs suisses, représentant deux mois de salaire moyen par travailleur licencié.

L'article 20 de la convention collective applicable prévoyait: "En cas de violation de la convention collective par l'une des parties ou par ses organes, le tribunal arbitral peut condamner la partie en faute au paiement d'une peine conventionnelle dont le montant est mesuré d'après l'importance de la violation". Ainsi, le tribunal arbitral disposait d'un pouvoir d'appréciation extrêmement large. En l'espèce, il s'est fondé sur l'intérêt légitime des représentants des travailleurs au respect de la convention, sur la gravité de la violation, sur le préjudice causé aux salariés, sur la faute de l'employeur et sur la situation économique et les ressources de ce dernier (en tenant compte de la puissance économique du groupe auquel appartenait la filiale). Se reportant en outre aux négociations relatives à l'élaboration du plan social, il a remarqué une différence de trois mois entre le plan définitivement accepté (lequel prévoyait en moyenne le paiement de trois mois de salaire pour chaque travailleur) et la dernière proposition des syndicats (qui demandaient le paiement de six mois). Le tribunal a alloué aux syndicats la moitié de cette différence, c'est-à-dire un mois et demi de salaire mensuel moyen (fr. 3.500) multiplié par le nombre des travailleurs visés (505): le total était ainsi de 2,6 millions de francs. Les arbitres ont fait observer, au reste, que les prestations prévues au plan social et la peine conventionnelle constituaient, cumulées, une

---

<sup>138</sup> Cf. le projet de nouvel art. 335g CO, en relation avec le nouvel art. 335f al. 4 CO.

<sup>139</sup> Cf. les art. 3 et 4 de la directive de 1975; la directive de 1992 ne comporte pas de nouvelle norme sur ce point.

somme correspondant au montant des sacrifices consentis par les travailleurs avant la fermeture (diminution du salaire en raison du chômage partiel, renonciation aux gratifications, etc.)<sup>140</sup>. Bien qu'ils fussent les seuls créanciers de cette peine et qu'ils eussent agi en leur propre nom, les syndicats répartirent la somme entre tous les travailleurs licenciés, après l'épuisement des voies de recours par la défenderesse<sup>141</sup>.

Le montant de la peine conventionnelle fixée par ce tribunal arbitral est sans précédent en droit collectif suisse du travail. Il s'explique sans doute, notamment, par le nombre des travailleurs touchés; par la brutalité de l'annonce de la fermeture, alors même que des réductions de personnel antérieures avaient été précédées de négociations; par l'attitude intransigeante de la direction du groupe, qui refusa de réexaminer sa décision, en dépit des démarches pressantes non seulement des syndicats, mais aussi des autorités communales, cantonales et même fédérales; par la puissance économique de l'entreprise multinationale en cause, sur le plan mondial; par le fait qu'il s'agissait d'une fermeture, de telle sorte que les arbitres n'ont pas eu à prendre en compte les intérêts des travailleurs restant dans l'entreprise, lesquels auraient souffert indirectement d'une sanction financière aussi lourde; enfin, par la volonté de cette entreprise de quitter la Suisse.

La jurisprudence Firestone précitée traite aussi de la sanction des violations commises par une société *dépendante d'un groupe*. Durant la procédure, l'employeur avait tenté de s'exculper en déclarant que les décisions avaient été prises par la société-mère, à l'étranger, de telle sorte que la direction de la société-fille, en Suisse, avait été empêchée sans sa faute de respecter toutes les obligations découlant de la convention collective. Les juridictions saisies rejetèrent cet argument: la société-fille doit répondre des engagements qu'elle a elle-même souscrits<sup>142</sup>.

### *Le nouveau droit; eurocompatibilité*

Selon le projet de révision du code des obligations, sont réputés abusifs les licenciements prononcés sans que l'employeur ait respecté la procédure de consultation prévue par loi. Chaque résiliation abusive peut ainsi donner lieu à l'obligation, à la charge de l'employeur, de verser au travailleur une indemnité correspondant à six mois de salaire au maximum<sup>143</sup>.

La loi fédérale sur le service de l'emploi munit d'une sanction pénale l'obligation, statuée par ce texte, d'annoncer les licenciements à l'autorité

<sup>140</sup> Urteile Firestone, Recht und Politik im Kanton Basel-Landschaft, vol. 5, Liestal 1984, p. 47 ss.

<sup>141</sup> Dépêche de l'Agence télégraphique suisse, Neue Zürcher Zeitung, 1er juin 1982.

<sup>142</sup> Urteile Firestone, p. 40, 81 et 109.

<sup>143</sup> Cf. le projet de nouvel art. 336 al. 2 lit. c CO et l'actuel art. 336a CO; voir aussi l'article 15 al. 2 du projet de loi fédérale sur la participation.

compétente<sup>144</sup>. En revanche, le projet de révision du code des obligations ne prévoit aucune sanction en cas de violation, par l'employeur, du nouvel article 335g CO (notification à l'Office cantonal de l'emploi). Cette lacune est contraire au droit communautaire, qui exige que le respect des normes internes adoptées en application d'une directive soit assuré au moyen d'une sanction suffisante<sup>145</sup>.

Selon la nouvelle directive communautaire, les obligations de l'employeur touchant l'intervention des représentants des travailleurs s'appliquent indépendamment du fait que la décision concernant les licenciements collectifs émane de l'employeur lui-même ou d'une entreprise qui le contrôle. Le juge ne saurait admettre aucune justification de l'employeur fondée sur le fait que l'entreprise qui a pris la décision conduisant aux licenciements collectifs ne lui a pas fourni l'information nécessaire<sup>146</sup>. C'est le principe dégagé par la jurisprudence Firestone, qui est conforme au droit européen.

## *Chapitre VI*

### *Les transferts d'entreprises*

La réception de la directive de 1977 sur les transferts d'entreprises<sup>147</sup> s'opérera au moyen de l'adoption, d'une part, des nouveaux articles 333 al. 1 et 1bis, 333a et 336 al. 3 CO<sup>148</sup>, ainsi que, d'autre part, de la loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (loi sur la participation)<sup>149</sup>.

Notre examen sera plus sommaire que les développements consacrés aux licenciements collectifs, car la pratique est moins riche dans ce domaine. Nous nous concentrerons sur six aspects principaux.

#### Section 1

##### La notion de transfert d'entreprise

En droit suisse actuel, la notion de transfert d'entreprise n'a pas fait l'objet de réflexions approfondies. Les dispositions particulières du code des

---

<sup>144</sup> Cf. l'art. 39 al. 2 lit. b LSE.

<sup>145</sup> Recueil des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes, 1984, p. 1908 et 1918.

<sup>146</sup> Cf. l'art. 2 para. 4 de la directive de 1992.

<sup>147</sup> Directive 77/187/CEE du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, Journal officiel des Communautés européennes no L 61 du 5.3.77, p. 26.

<sup>148</sup> FF 1993 I 832-833.

<sup>149</sup> Cf. FF 1993 I 815 ss, 874-877.

obligations ne s'appliquent, semble-t-il, que si c'est l'employeur lui-même qui transfère l'exploitation à un tiers; il faut donc un lien de droit entre l'employeur et le cessionnaire<sup>150</sup>.

Le projet de révision ne change rien sur ce point. Toutefois, si l'on admet que le nouveau texte adopté selon la procédure "Swisslex" a le même but que l'exercice "Eurolex", force sera d'interpréter cette notion à la lumière de la jurisprudence communautaire, qui en a donné une définition extensive. Selon elle, en particulier, le transfert ne suppose pas un lien de droit entre l'employeur "cédant" et le tiers "cessionnaire". Ainsi, les dispositions protectrices s'appliquent lorsqu'une entreprise reçoit en sous-traitance une activité (par exemple la gestion d'une cantine d'hôpital) et que cette activité se trouve transférée ("cédée") par l'entrepreneur principal (l'hôpital) à un autre sous-traitant, qui n'a pas de rapport juridique avec le premier sous-traitant. En effet, l'entité économique représentée par la cantine subsiste; c'est elle qui forme l'entreprise transférée par l'hôpital au nouveau sous-traitant, quand bien même cet hôpital n'est pas l'employeur des salariés affectés à la cantine<sup>151</sup>.

## Section 2

### Le transfert automatique des rapports de travail et des droits acquis au moment du transfert

Selon le droit suisse encore en vigueur, l'acquéreur de l'entreprise ne reprend les rapports de travail que s'il en est convenu ainsi avec le cédant; de plus, l'acquéreur peut subordonner la reprise des contrats de travail à la négociation de nouveaux contrats avec les salariés qui seront, le cas échéant, amenés à renoncer aux avantages acquis auprès du cédant<sup>152</sup>.

Selon le projet, au contraire, en cas de transfert d'entreprise, l'acquéreur assume automatiquement les droits et obligations découlant des rapports de travail en cours, au jour du transfert, à moins que le salarié ne s'y oppose. Cela signifie non seulement que le contrat de travail est obligatoirement transféré, mais aussi que le cessionnaire le reprend tel quel, en devenant débiteur de tous les droits acquis par le salarié au moment du transfert (notamment du fait de son ancienneté chez le cédant).

Cette règle est identique à celle résultant du droit communautaire<sup>153</sup>.

Toutefois, le transfert automatique de tous les droits des salariés, à la charge du cessionnaire, n'a pas pour conséquence que ces droits deviendraient immuables. En effet, une fois le transfert opéré, l'acquéreur peut négocier avec les salariés une modification des contrats de travail et, en

<sup>150</sup> Cf. l'art. 333 al. 1 CO; REHBINDER, no 3 ad art. 333; STREIFF et VON KAENEL, no 2 ad art. 333.

<sup>151</sup> Cf. l'art. 1 para. 1 de la directive; BLANPAIN et JAVILLIER, p. 174-177, avec réf.; LYON-CAEN et LYON-CAEN, p. 278.

<sup>152</sup> Cf. l'art. 333 CO; ATF 114 II 353; STREIFF et VON KAENEL, no 2 ad art. 333 CO.

<sup>153</sup> Cf. le projet de nouvel art. 333 al. 1 CO et l'art. 3 para. 1 de la directive; BERTRAND, p. 97-100.

cas de refus, procéder à des licenciements. Il reste, cependant, que l'opération juridique du transfert doit demeurer neutre; elle ne saurait, à elle seule, justifier la résiliation ou la modification des contrats de travail<sup>154</sup>.

En droit suisse actuel, l'acquéreur n'est pas lié par la convention collective de travail applicable au cédant; la règle contraire ne vaut que si, avant le transfert, l'acquéreur se trouvait déjà dans le champ d'application de la convention (par exemple parce qu'il est membre de l'organisation patronale contractante).

Selon le projet, la reprise des droits et obligations, par l'acquéreur, ne se borne pas aux aspects purement individuels. Lorsque les contrats de travail sont régis par une convention collective, cette dernière continue de déployer ses effets sur la tête de l'acquéreur, même si ce dernier n'est, a priori, pas lié par elle. La convention collective demeure applicable jusqu'à son expiration du fait d'une résiliation ou jusqu'à la fin de sa durée initialement convenue. Ici encore, la règle est reprise de la directive communautaire<sup>155</sup>.

C'est un point sur lequel le droit suisse, loin de se tenir en retrait du droit communautaire, n'exploite pas la souplesse autorisée par ce dernier. Comme on vient de le voir, le projet suisse oblige le cessionnaire à respecter jusqu'à son expiration la convention collective applicable au cédant. Or, la directive européenne permet aux Etats membres de limiter le maintien de la convention collective à une année au maximum. En outre, les Etats membres peuvent dispenser le cessionnaire de l'application de la convention collective du cédant s'il est lui-même lié par une convention collective destinée à régir les rapports de travail des salariés transférés. Cette hypothèse est importante, car il peut parfaitement arriver que l'acquéreur soit lui-même signataire d'une convention collective qu'il souhaite appliquer uniformément à tous ses salariés<sup>156</sup>.

### Section 3 L'interdiction du licenciement

Actuellement, en droit suisse, aussi bien l'aliénateur que l'acquéreur peuvent librement licencier les salariés en raison du transfert. Il est donc possible de vendre une entreprise vidée de ses travailleurs, en laissant le soin au cessionnaire de réengager les salariés qu'il choisira. Le projet ne change rien sur ce point<sup>157</sup>.

---

<sup>154</sup> BERTRAND, p. 108-114; sur le droit de licencier après un transfert, cf. les développements ci-dessous.

<sup>155</sup> Cf. le nouvel art. 333 al. 1bis CO et l'art. 3 para. 2 de la directive.

<sup>156</sup> Cf. le projet de nouvel art. 333 al. 1bis CO et l'art. 3 para. 2 de la directive; comparer aussi l'art. 613a BGB; BERTRAND, p. 153-154.

<sup>157</sup> Cf. l'art. 333 CO et le projet de révision.

Or, l'un des buts fondamentaux de la directive de 1977 est d'empêcher que, pour faciliter la négociation de nouveaux contrats avec les salariés, le cédant ne résilie tous les rapports de travail avant le transfert ou que l'acquéreur ne fasse de même après ce dernier. Une telle mise à pied générale entraînerait, pour les travailleurs, des inconvénients disproportionnés par rapport à son but. Aussi le texte prévoit-il que le transfert ne constitue pas en lui-même un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire; en revanche, sont licites les licenciements intervenant pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi<sup>158</sup>. Ainsi, la jurisprudence communautaire déclare qu'un licenciement prononcé par le cédant en raison du seul transfert est nul, dès lors que le contrat de travail est automatiquement repris par l'acquéreur; mais il appartient à ce dernier de décider s'il maintient ou non la décision du cédant, pour le même motif; dans l'affirmative, le droit national doit statuer une sanction efficace, qui peut revêtir la forme d'une indemnité<sup>159</sup>.

Pour donner effet aux principes retenus par le droit communautaire, le législateur suisse aurait dû modifier le régime du licenciement et prévoir, par exemple, qu'un congé motivé uniquement par le transfert serait abusif, au sens de l'art. 336 CO. Le message "Eurolex" mentionnait explicitement l'interdiction de licencier pour un motif tiré du seul transfert de l'entreprise<sup>160</sup>. A l'époque déjà, pourtant, le projet de révision du code des obligations ne comportait aucune disposition sur ce point. Peut-être le Conseil fédéral, désireux de ne pas effaroucher les Chambres, comptait-il sur l'effet direct de l'art. 4 de la directive, qui eût permis à un justiciable de s'en prévaloir devant le juge suisse même en l'absence de transposition de la norme dans le code. Aujourd'hui, le traité EEE n'ayant pas été ratifié, cette solution oblique n'entre pas en ligne de compte, si bien que la lacune indiquée ci-dessus reste béante.

#### Section 4

#### La procédure d'information et de consultation des représentants du personnel

La loi suisse en vigueur ne prévoit aucune obligation de consultation des représentants du personnel en cas de transfert d'entreprise. Les conventions collectives ne renferment que rarement des dispositions particulières à cet égard, car elles se contentent de celles relatives aux licenciements collectifs, qui interviennent lorsque le transfert entraîne de tels licenciements. C'est toutefois dans les conventions de l'imprimerie, de l'industrie graphique et dans la reliure, branches où ces changements ont été pré-

<sup>158</sup> Cf. l'art. 4 de la directive de 1977; voir aussi FF 1992 V 394.

<sup>159</sup> Cf. BLANPAIN et JAVILLIER, p. 182-183, avec réf.; CATALA et BONNET, p. 130-131.

<sup>160</sup> Cf. FF 1992 V 394.

coces, que se trouvent les clauses les plus remarquables, mentionnant expressément les concentrations et les fusions<sup>161</sup>.

Le futur droit innove sur ce point, puisqu'il prévoit une procédure de consultation des représentants des travailleurs, à la charge du cédant, qui doit informer ces derniers du motif du transfert et de ses conséquences juridiques, économiques et sociales pour les salariés. Lorsque des mesures concernant les travailleurs sont envisagées comme suite du transfert, la consultation doit précéder les décisions relatives à ces mesures; elle sera organisée par l'auteur des décisions, c'est-à-dire, selon les cas, le cédant ou l'acquéreur<sup>162</sup>.

La procédure d'information et de consultation instituée par la directive communautaire est plus large que celle prévue par le futur droit suisse.

En effet, selon le droit européen, l'information des représentants du personnel, par le cédant, sur les mesures envisagées à l'égard des travailleurs, doit avoir lieu en temps utile avant la réalisation du transfert. Or, selon le futur droit suisse, une telle information doit intervenir avant que les mesures soient décidées; en conséquence, si l'employeur entend prendre la décision après la réalisation du transfert, rien ne paraît s'opposer à ce qu'il informe les représentants des travailleurs entre le transfert et le moment de sa décision. Un tel résultat n'est pas compatible avec les prescriptions de la directive<sup>163</sup>.

D'autre part, le droit communautaire institue non seulement à la charge du cédant, mais aussi à celle du cessionnaire l'obligation d'informer les représentants du personnel concerné par le transfert sur les motifs de ce dernier et sur ses conséquences juridiques, économiques et sociales pour les travailleurs. Il s'agit sans doute d'éclairer et de rassurer les salariés de l'entreprise d'accueil sur les motifs de l'opération et ses effets. Or, le Conseil fédéral n'a prévu une telle information, par le cessionnaire, que dans le cas où sont envisagées des mesures concernant les travailleurs. Cette restriction nous paraît contraire au droit communautaire, qui veut que les représentants du personnel soient informés, dans l'entreprise cessionnaire, sur les motifs du transfert et sur ses conséquences juridiques, économiques et sociales même en l'absence de mesures particulières envers ses travailleurs<sup>164</sup>.

Au surplus, le droit européen statue expressément que la consultation sur les mesures envisagées à l'égard des travailleurs doit tendre à la conclusion d'un accord. Or, le projet suisse ne comporte pas cette précision.

<sup>161</sup> Cf. l'art. 31 al. 2 de la convention collective de l'imprimerie, de 1984.

<sup>162</sup> Cf. le nouvel art. 333a CO; FF 1993 I 833.

<sup>163</sup> Comparer l'art. 6 para. 1 de la directive de 1977 avec le projet de nouvel art. 333a CO.

Il est à noter que la directive distingue opportunément l'information de la consultation, la première précédant la seconde; le projet suisse mentionne l'obligation de consulter avant celle d'informer, ce qui n'est pas vraiment logique (projet de nouvel art. 333a al. 1 CO).

<sup>164</sup> Cf. l'art. 6 para. 1 et 2 de la directive de 1977.

sion. Peut-être le Conseil fédéral l'a-t-il jugée superflue; on se demandera, alors, pourquoi les Chambres, dans le cadre de l'exercice "Eurolex", l'ont expressément insérée dans les dispositions relatives aux licenciements collectifs<sup>165</sup>.

## Section 5

### La protection des représentants du personnel

Selon le droit suisse actuel, lorsqu'un membre d'un organe de représentation du personnel, chez le cédant, est transféré auprès de l'acquéreur et que, de ce fait, il perd son mandat, sa protection contre le licenciement cesse. Cette situation peut se révéler dangereuse pour le représentant qui a défendu les intérêts de ses collègues avant le transfert et qui se trouve exposé à des représailles par l'acquéreur.

Pour obvier à ce risque, le projet prévoit que, dans un tel cas, l'acquéreur ne peut licencier un représentant transféré qu'aux conditions qui s'appliquent aux représentants élus dans l'entreprise d'accueil, aussi longtemps que le mandat de l'intéressé serait demeuré en vigueur chez le cédant. En d'autres termes, pendant cette période, le représentant transféré ne pourra être licencié que pour un motif justifié, prouvé par l'acquéreur. Cette nouvelle règle est conforme au droit communautaire<sup>166</sup>.

## Section 6

### Les sanctions

Les dispositions du projet ne sont que partiellement assorties de sanctions. Certes, le salarié transféré pourra faire valoir, devant le juge, les droits découlant du contrat repris par l'acquéreur; il pourra également invoquer, dans l'entreprise d'accueil, les dispositions de la convention collective dont il bénéficiait chez le cédant. En revanche, la violation, par le cédant ou l'acquéreur, de la procédure d'information et de consultation des représentants des travailleurs demeure presque dépourvue de sanction. En effet, on verrait mal les salariés agir individuellement en exécution ou en réparation du préjudice causé, car une action en exécution pourrait difficilement déployer ses effets à temps; de plus, une action en réparation se heurterait à un obstacle évident, celui de la preuve du dommage subi par chaque travailleur individuellement.

Le projet de loi sur la participation prévoit que les organisations de travailleurs pourront intenter une action en constatation<sup>167</sup>. Toutefois, une telle action serait sans doute dénuée d'effet pratique: quelle crainte

<sup>165</sup> Cf. l'art. 7 para. 2 de la directive de 1977; comparer le projet de nouvel art. 335f al. 1 CO; FF 1993 I 831.

<sup>166</sup> Cf., d'une part, le nouvel art. 336 al. 3 CO, ainsi que l'art. 336 al. 2 lit. b CO actuel et, d'autre part, l'art. 5 de la directive.

<sup>167</sup> Cf. l'art. 15 al. 2 du projet de loi sur la participation.

pourrait-elle inspirer à l'employeur fautif? Et quel bénéfice apportera-t-elle au salarié, pris individuellement, s'il est incapable de prouver le préjudice découlant de la violation du nouvel article 333a CO?

Le droit communautaire requiert que les obligations qu'il impose soient munies de sanctions suffisantes pour en assurer le respect<sup>168</sup>. Force est donc de constater que les nouvelles dispositions suisses sur les transferts d'entreprises ne sont pas suffisantes à cet égard.

## *Chapitre VII*

### *La protection de la maternité*

#### Section 1

##### Généralités

Liée par la convention 89 de l'Organisation internationale du travail, interdisant le travail de nuit des femmes dans l'industrie, la Suisse s'est souvent demandé si la protection découlant de cet instrument correspondait à un réel besoin, compte tenu de la modernisation des techniques de production et de l'évolution des mentalités (principe de l'égalité entre femmes et hommes). La convention pouvant être dénoncée tous les dix ans, la question de la résiliation se posa de façon aiguë de février 1991 à février 1992.

Durant l'été 1991, la Cour de justice de Luxembourg déclara l'interdiction du travail de nuit des femmes contraire au droit communautaire<sup>169</sup>. Tous les Etats membres de la Communauté qui avaient ratifié la convention 89 étaient donc amenés à la dénoncer, ce qu'ils firent in extremis. Le Conseil fédéral agit de même. L'événement paraîtra peut-être dicté par des considérations de politique intérieure. En réalité, le gouvernement suisse, qui envisageait de reprendre l'acquis communautaire dans le cadre de l'Espace économique européen, n'avait pas d'autre choix. Pouvait-il négocier son adhésion à cet Espace en maintenant une divergence évidente entre le droit suisse et le droit communautaire? N'a-t-il pas appliqué ce dernier par anticipation ?

La décision du Conseil fédéral s'inscrit dans le contexte de la déréglementation: sous la pression des milieux patronaux, il supprimait une interdiction trop rigide qui, selon lui, portait atteinte à la capacité concurrentielle du pays. En outre, il eut beau jeu d'invoquer le principe de l'égalité entre les sexes, ancré à l'article 4 al. 2 de la Constitution fédérale. Les milieux syndicaux s'indignèrent que le gouvernement fasse application d'un tel principe pour diminuer la protection des salariées, alors qu'il ne se révèle guère pressé de combattre les inégalités sur d'autres plans

---

<sup>168</sup> Recueil des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes, 1984, p. 1908 et 1918.

<sup>169</sup> Recueil des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes, 1991, t. I, p. 4047.

(salaire) ou d'aider les femmes à surmonter certains handicaps économiques en cas de grossesse et de maternité.

Aussi le Conseil fédéral accompagna-t-il sa dénonciation de la convention 89 d'un mandat à l'OFIAMT, aux termes duquel cet office devait examiner, pour la fin de 1992, quelles compensations pouvaient être apportées, dans la loi fédérale sur le travail, à la levée de l'interdiction du travail de nuit des femmes dans l'industrie. Remplissant ce mandat, l'administration, avec le concours de la commission fédérale du travail, a élaboré un avant-projet de révision de la loi fédérale sur le travail. Le texte issu de ses réflexions serait encore entouré d'un certain secret si l'Union suisse des arts et métiers ne l'avait largement distribué à ses membres<sup>170</sup>. Nous pourrons donc en faire état.

Tandis que l'OFIAMT rédigeait ses propositions, le Conseil de la Communauté adoptait, le 19 octobre 1992, une directive sur les travailleuses enceintes<sup>171</sup>, qui, vu sa date, ne devait pas faire partie de l'acquis communautaire à reprendre dès le 1er janvier 1993 au sens du traité EEE, mais qui est de nature à orienter les réflexions dans notre pays. Nous confronterons donc, ci-dessous, l'avant-projet de révision de la loi fédérale sur le travail et cette directive.

## Section 2

### La protection de la santé durant la maternité

Le droit actuel ne renferme pas de disposition particulière sur la protection de la santé durant la maternité.

Selon l'avant-projet, l'employeur doit occuper les femmes enceintes et allaitantes et aménager leurs conditions de travail de telle sorte que leur santé ou la santé de l'enfant à naître ne soit pas compromise<sup>172</sup>.

Selon la directive communautaire, la Commission, en concertation avec les Etats membres et assistée du comité consultatif pour la sécurité, l'hygiène et la protection de la santé sur le lieu de travail, doit établir des lignes directrices concernant l'évaluation des agents chimiques, physiques et biologiques ainsi que des procédés industriels considérés comme comportant un risque pour la sécurité ou la santé des travailleuses enceintes ou allaitantes. Ces lignes directrices portent également sur les mouvements et postures, la fatigue et les charges mentales et physiques

---

<sup>170</sup> Circulaire de l'Union suisse des arts et métiers no 170, du 18 décembre 1992.

<sup>171</sup> Directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992 concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (dixième directive particulière au sens de l'article 16 paragraphe 1 de la directive 89/391 CEE), Journal officiel des Communautés européennes no L 348, du 28.11.92, p. 1.

<sup>172</sup> Avant-projet d'article 35 de la loi fédérale sur le travail.

liées au travail. Les Etats membres doivent les porter à la connaissance des employeurs et des travailleuses ou de leurs représentants<sup>173</sup>.

Sur la base de ces lignes directrices, il incombe à l'employeur, d'une part, d'évaluer tout risque pour la sécurité ou la santé, ainsi que toute répercussion sur la grossesse et l'allaitement des travailleuses et, d'autre part, de déterminer les mesures à prendre. Les travailleuses et leurs représentants sont avisés des résultats de cette évaluation et des mesures auxquelles elle donne lieu<sup>174</sup>.

Compte tenu de l'évaluation à laquelle il a procédé, l'employeur est tenu de prendre les mesures nécessaires pour que, par un aménagement provisoire des conditions de travail ou du temps de travail de la travailleuse, l'exposition de cette dernière au risque décelé soit évitée. Le cas échéant, il assure à la salariée un changement de poste ou la dispense de travailler pendant toute la période nécessaire à la protection de sa sécurité et de sa santé. Au demeurant, les activités déclarées dangereuses selon l'annexe à la directive sont interdites<sup>175</sup>.

L'avant-projet suisse et la directive visent le même but. Toutefois, la seconde envisage la protection de la femme en amont et de façon beaucoup plus détaillée. Pour être compatible avec le droit communautaire, la réglementation suisse (au niveau de la loi ou de l'ordonnance) devrait prévoir la réception des lignes directrices élaborées par la Commission; l'évaluation des risques par l'employeur et l'information des travailleuses ou de leurs représentants; les mesures à prendre par l'employeur (aménagement du poste, changement de poste, dispense de travailler); enfin, l'interdiction d'exposition aux risques décrits dans l'annexe à la directive.

### Section 3

#### Le travail de nuit pendant la grossesse et l'allaitement

Le droit actuel ne renferme pas de disposition particulière sur le travail de nuit durant la grossesse et l'allaitement.

Selon l'avant-projet suisse, durant les 8 semaines qui précèdent la naissance, les femmes enceintes ne peuvent être occupées de nuit, entre 20 heures et 6 heures. Pendant le reste de la grossesse, elles ne peuvent l'être que si elles y consentent. En outre, l'employeur doit offrir à la salariée un travail de jour équivalent, lorsque cela est réalisable. Cette obligation lui incombe de la huitième semaine avant la naissance jusqu'à cette dernière; sur présentation d'un certificat médical, elle s'étend, en amont, dès le début de la grossesse et, en aval, entre la neuvième semaine et la seizième semaine après la naissance (étant rappelé que les accouchées

<sup>173</sup> Cf. l'art. 3 de la directive.

<sup>174</sup> Cf. l'art. 4 de la directive.

<sup>175</sup> Cf. les art. 5 et 6 de la directive.

ne peuvent en principe être occupées durant les huit semaines qui suivent la naissance)<sup>176</sup>.

Durant le travail diurne de remplacement ou en l'absence d'un tel travail, la femme ne peut perdre les avantages concernant sa position dans l'entreprise, son ancienneté et son avancement qui sont liés à son emploi régulier de nuit. Si l'employeur, par hypothèse, n'est pas en mesure de proposer à la salariée un tel travail diurne et que, en conséquence, la femme ne puisse être occupée, la règle du maintien des avantages acquis s'applique; en outre, la travailleuse a droit à 80 % de son salaire<sup>177</sup>.

Le droit communautaire va plus loin. Les femmes enceintes et allaitantes doivent être dispensées d'accomplir un travail de nuit non pas seulement pendant une partie de leur grossesse, mais pendant toute cette dernière et au cours d'une période consécutive à l'accouchement, qui sera déterminée par l'autorité nationale. Cette interdiction n'est pas liée à la présentation d'un certificat médical. La travailleuse a le droit d'obtenir un transfert à un travail de jour ou une dispense de travail lorsqu'un tel transfert n'est techniquement pas possible ou ne peut être raisonnablement exigé pour des motifs dûment justifiés. Durant toute cette période, les droits liés au contrat de travail sont préservés, y compris le maintien d'une rémunération ou le bénéfice d'une prestation adéquate<sup>178</sup>.

#### Section 4 La dispense de travail pour examens prénataux

Selon le droit actuel et l'avant-projet, les femmes enceintes sont libres de s'absenter du travail pour se rendre à des examens prénataux. Aujourd'hui, leur droit au salaire est imputé sur leur congé de maternité<sup>179</sup>. L'avant-projet ne règle pas clairement cette question; peut-être part-il de l'idée que le salaire en cas d'absences liées aux examens prénataux est imputé sur le crédit ordinaire en cas d'incapacité de travail non fautive, si ce crédit n'a pas été épousé à l'occasion d'autres absences (maladie, accident, désignation comme juré électoral)<sup>180</sup>.

D'après le droit communautaire, en revanche, les femmes enceintes, qui sont dispensées de l'obligation de travailler pour se rendre à des examens prénataux, ne perdent en aucun cas leur droit à la rémunération lorsque ces examens doivent avoir lieu pendant le temps de travail; peu importent leurs autres absences antérieures<sup>181</sup>.

<sup>176</sup> Cf. l'art. 35b al. 1 de l'avant-projet.

<sup>177</sup> Cf. l'art. 35b al. 2 et 64 de l'avant-projet.

<sup>178</sup> Cf. l'art. 7 et 11 para. 1 de la directive.

<sup>179</sup> Cf. l'art. 324a al. 3 CO; SJ 1993, p. 333; voir les explications ci-dessous.

<sup>180</sup> Cf. l'art. 324a al. 2 CO; AUBERT, Le droit au salaire..., p. 92 ss.

<sup>181</sup> Cf. l'art. 9 de la directive.

## Section 5

### L’interdiction du licenciement

Selon le droit suisse actuel, la femme enceinte ou jeune mère est protégée contre le licenciement durant toute la grossesse et les seize semaines qui suivent l’accouchement; c’est sous réserve d’un licenciement immédiat pour juste motif<sup>182</sup>. L’avant-projet ne change rien à cette règle, qui va d’ailleurs au-delà des exigences du droit communautaire. D’après la directive, en effet, la protection contre le licenciement s’applique à la grossesse et seulement aux quatorze semaines (non pas seize) qui suivent l’accouchement; de plus, pendant la grossesse, la travailleuse peut être licenciée dans des cas d’exception non liés à son état (par exemple la fermeture de l’entreprise), même si les conditions d’un licenciement immédiat ne sont pas remplies.

## Section 6

### Le congé de maternité

#### *Le droit actuel*

Le droit suisse actuel ne connaît pas un véritable congé de maternité payé. Certes, la femme qui vient d'accoucher ne peut être occupée durant les huit semaines qui suivent la naissance (encore qu'à sa demande l'employeur puisse raccourcir cette période jusqu'à six semaines, à condition que le rétablissement de la capacité de travail soit attesté par un certificat médical)<sup>183</sup>.

Toutefois, l'accouchée n'a droit à son salaire, pendant cette période, que selon les règles du droit commun: la durée de ce droit dépend donc de deux facteurs: d'une part, l'ancienneté de la salariée; d'autre part, les périodes antérieures d'incapacité de travail durant la même année de service.

Pour ce qui est du premier facteur, la jurisprudence s'inspire souvent de l'échelle dite bernoise, qui prévoit un droit au salaire, pendant la première année de service, de trois semaines; pendant la deuxième année de service, d'un mois; de la troisième à la quatrième année de service, deux mois; de la cinquième à la neuvième année de service, trois mois, etc.<sup>184</sup>. Curieusement, les tribunaux ignorent que, sur le plan interprofessionnel, les organisations faîtières de l'économie ont adopté une échelle différente, plus généreuse, applicable aux employés: selon ces recommandations, le droit au salaire est, pendant la première année de service, d'un mois; pendant la deuxième et la troisième années de service, de deux mois;

---

<sup>182</sup> Cf. les art. 336c al. 1 lit. c et 337 CO.

<sup>183</sup> Cf. l'art. 35 al. 2 LT.

<sup>184</sup> AUBERT, Le droit au salaire..., p. 103.

de la quatrième à la neuvième année de service, de trois mois<sup>185</sup>. Comme on le voit, ce n'est qu'à partir de la troisième année de service, selon l'échelle bernoise, et de la deuxième année de service, selon l'échelle interprofessionnelle, que l'accouchée conserve sa rémunération durant les huit semaines d'interdiction de travailler.

Encore faut-il que l'intéressée n'ait pas subi, pendant la même année de service, d'autres périodes d'incapacité de travail liées à d'autres causes non fautives (en particulier une maladie), car le salaire versé durant ces autres périodes sera imputé sur celui dû pendant les huit semaines suivant l'accouchement<sup>186</sup>. En d'autres termes, de ce point de vue, la loi suisse assimile pleinement la grossesse à une maladie.

### *Le nouveau droit; eurocompatibilité*

L'avant-projet apporte une nouveauté: l'accouchée aurait droit à 80 % de son salaire pendant la période de huit semaines après l'accouchement<sup>187</sup>, quelle que soit son ancienneté et quelles qu'aient été ses absences (notamment pour cause de maladie) durant la même année de service.

Ici encore, la directive communautaire va plus loin. Elle prévoit en effet un congé de maternité d'au moins quatorze semaines continues (et non pas seulement huit), réparties avant ou après l'accouchement, conformément aux législations et aux pratiques nationales. Durant ce congé, la femme doit bénéficier du maintien d'une rémunération ou d'une prestation adéquate; cette prestation est jugée adéquate lorsqu'elle assure des revenus au moins équivalents à ceux que recevrait la travailleuse concernée dans le cas d'une interruption de ses activités pour des raisons liées à son état de santé, dans les limites d'un plafond éventuel déterminé par les législations nationales<sup>188</sup>.

La mise en oeuvre de cette règle, sur le plan suisse, suscite des interrogations. D'abord, il apparaît que le salaire ou la prestation de remplacement doivent être servis durant toute la période de congé; une indemnité équivalente à 80 % du salaire pendant huit semaines seulement ne serait probablement pas "adéquate" au sens de la directive. En outre, la comparaison avec les revenus de la salariée en cas d'atteinte à la santé se révèle difficile: si l'on se réfère à la maladie, les droits seront ceux fixés par l'échelle bernoise (ou interprofessionnelle), avec cet inconvénient, déjà relevé, qu'aucune des deux échelles ne permet, dans la plupart des cas, un congé payé de quatorze semaines; si l'on se réfère aux prestations en cas d'accident, l'indemnité, pendant le congé de maternité, serait de

<sup>185</sup> Cf. AUBERT, Le droit au salaire..., p. 107, avec réf.

<sup>186</sup> Cf. SJ 1993, p. 349; *contra*: AUBERT, Le droit au salaire..., p. 115-117.

<sup>187</sup> Cf. l'art. 64 de l'avant-projet.

<sup>188</sup> Pour un survol des règles applicables en matière de congé de maternité dans les pays membres de la Communauté, cf. NOGUEROL, p. 166-167.

80 % du salaire plafonné conformément à la loi fédérale sur l'assurance-accidents<sup>189</sup>.

On sait que, depuis 1945, à teneur de la Constitution, la Confédération doit instituer une assurance-maternité. A n'en pas douter, la réception de la directive communautaire en Suisse permettrait au gouvernement et au parlement d'exécuter le mandat auquel ils n'ont pas voué un soin excessif<sup>190</sup>.

## Conclusion

La réglementation des licenciements collectifs et des transferts d'entreprises, ainsi que la protection de la maternité, fera bientôt l'objet de nouvelles règles, actuellement en cours d'élaboration. Dans toutes ces matières, le gouvernement et le parlement suisses s'efforcent de réduire l'écart entre la législation interne et le droit européen.

A vrai dire, cependant, les textes discutés au sein de l'administration et devant les Chambres ne satisfont pas encore, sur plusieurs points non négligeables, aux exigences de l'acquis communautaire tel qu'il était consigné dans le traité portant création de l'Espace économique européen. Ils prennent même du retard par rapport aux directives du Conseil les plus récentes.

S'il entend poursuivre sa politique d'intégration européenne, le Conseil fédéral devra proposer bientôt aux Chambres de nouvelles retouches au code des obligations. Il lui faudra aussi faire un pas décidé en faveur d'une meilleure protection de la maternité.

---

<sup>189</sup> Cf. les art. 15 et 17 de la loi fédérale sur l'assurance-accidents, du 20 mars 1981, R.S. 832.21.

<sup>190</sup> Cf. l'art. 34 quinquies al. 4 Cst. féd., de 1945.

## Bibliographie

- ARREGER, OTTO: Die normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages und ihr Verhältnis zum Einzelarbeitsvertrag, Zurich 1974.
- AUBERT, GABRIEL: L'obligation de paix du travail, Genève 1981.
- AUBERT, GABRIEL: Quatre cents arrêts sur le contrat de travail, Lausanne 1984.
- AUBERT, GABRIEL: Le rôle des accords de 1937 en droit collectif du travail, in: Paix du travail, concertation, confrontation, Lausanne 1987, p. 19.
- AUBERT, GABRIEL: Les conventions collectives et la paix du travail en Suisse, Revue internationale du travail 1989, p. 411.
- AUBERT, GABRIEL: Droit collectif du travail et protection contre le licenciement, in: Les nouvelles dispositions du Code des obligations en matière de résiliation du contrat de travail, La révision de la Loi sur le travail, Institut de recherches sur le droit de la responsabilité civile et des assurances (IRAL), Faculté de droit de l'Université de Lausanne 1990, p. 59.
- AUBERT, GABRIEL: Droit du travail, in: Le droit suisse et le droit communautaire: convergences et divergences, Zurich 1990, p. 121.
- AUBERT, GABRIEL: Le droit au salaire en cas d'empêchement de travailler, in: Journée 1991 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1991, p. 81.
- AUBERT, GABRIEL/AUBRY GIRARDIN, FLORENCE/BYRNE-SUTTON, PASCALE: La protection de la santé et de la sécurité du travailleur: la Suisse face au droit de la Communauté européenne, Zurich 1991.
- AUBERT, GABRIEL: Perspectives actuelles de l'harmonisation en Suisse et dans la Communauté européenne, in: Aubert, Aubry Girardin et Byrne-Sutton: La protection de la santé et de la sécurité du travailleur: la Suisse face au droit de la Communauté européenne, Zurich 1991, p. 9.
- AUBERT, GABRIEL: Conventions collectives de travail: évolution dans la perspective de l'EEE, in: L'avenir des relations sociales dans l'Espace économique européen, Lausanne 1992, p. 22.
- AUBERT, GABRIEL: Le droit suisse du travail au regard de l'acquis communautaire (art. 66-68 EEE), in: Accord EEE, Commentaires et réflexions, Zurich 1992, p. 435.
- AUBRY GIRARDIN, FLORENCE: Les exigences communautaires en matière de mise en application des directives au regard du système suisse, in: Aubert, Aubry Girardin et Byrne-Sutton: La protection de la santé et de la sécurité du travailleur: la Suisse face au droit de la Communauté européenne, Zurich 1991, p. 27.
- BACON, CHRISTIAN: Le licenciement pour motifs économiques, Lausanne 1984.
- BÄNZIGER, ROLF: Die Effektivklausel im Gesamtarbeitsvertrag, Berne 1981.
- BAUER, TOBIAS et BAUMANN, BEAT: Les conventions collectives de travail en Suisse en 1991, La Vie économique, no 5/92, p. 92.
- BERENSTEIN, ALEXANDRE: L'influence des conventions internationales du travail sur la législation suisse, Revue internationale du travail 1958, p. 553.
- BERENSTEIN, ALEXANDRE: Etudes de droit social, Genève 1979.
- BERENSTEIN, ALEXANDRE: La loi sur le travail: ses caractéristiques essentielles, in: Etudes de droit social, p. 130.
- BERENSTEIN, ALEXANDRE: La droit du travail en Suisse, ses tendances générales et son développement comparés à ceux des pays voisins, in: Etudes de droit social, p. 119.
- BERTRAND, VÉRONIQUE: Transfert des contrats de travail et cession d'entreprise, La directive européenne et les droits belge, français et allemand, Bruxelles 1988.
- BIGLER, F. WALTER: Commentaire de la loi sur le travail, Berne 1986.
- BIGLER-EGGENBERGER, MAGRITH: Der EWR-Vertrag und die Gleichstellung von Frau und Mann in der Schweiz (Arbeits- und Sozialversicherungsrecht), Pratique juridique actuelle 1992, p. 1347.

- BLANPAIN, ROGER et JAVILLIER, JEAN-CLAUDE: Droit du travail communautaire, Paris 1991.
- BOIS, PHILIPPE: L'avant-projet de loi sur la participation, La Société anonyme suisse, 1985, p. 113 = Etudes de droit social, p. 135.
- BOIS, PHILIPPE: Etudes de droit social, Zurich 1991.
- BROX, HANS: Arbeitsrecht, Stuttgart, Berlin, Cologne 1991.
- BRUNNER, CHRISTIANE: La protection contre les licenciements pour cause économique en Suisse, in: Brunner, C. et al.: Kündigungsschutz im Arbeitsrecht/La protection des travailleurs contre les licenciements, Lausanne 1979, p. 41.
- CATALA, NICOLE et BONNET, RENÉ: Droit social européen, Paris 1991.
- COUTURIER, GÉRARD: Le plan social, aspects juridiques, Droit social 1985, p. 643.
- COUTURIER, GÉRARD: Plan social et mesures d'accompagnement, Droit social 1987, p. 217.
- COUTURIER, GÉRARD: Droit du travail, Paris 1990.
- DESPAX, MICHEL: Négociations, conventions et accords collectifs, Paris 1989.
- GAMILLSCHEG, FRANZ: Arbeitsrecht II, Munich 1984.
- GHERA, EDOARDO: Diritto del lavoro, Bari 1993.
- HUECK, ALFRED et NIPPERDEY, HANS CARL: Lehrbuch des Arbeitsrechts, vol. I, Berlin et Francfort 1963.
- HUG, WALTHER: Commentaire de la loi fédérale sur le travail, Berne 1971.
- HUG, WALTHER: Beiträge zum Arbeitsrecht, in: Ausgewählte Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Berne 1978.
- KLINGENBERG, STEPHAN: Die Betriebsschliessung, Zurich 1986.
- LYON-CAEN, GÉRARD: Le salaire, Paris 1981.
- LYON-CAEN, GÉRARD et PÉLISSIER, JEAN: Droit du travail, Paris 1992.
- LYON-CAEN, GÉRARD et LYON-CAEN, ANTOINE: Droit social européen, Paris 1991.
- MAILLEFER, MICHEL: La nature juridique et le fonctionnement des commissions de personnel, Berne 1973.
- MEIER-SCHATZ, CHRISTIAN: Europäisierung des Schweizerischen Arbeitsrechts, Revue de droit suisse 1992, p. 227.
- NOGUEROL, DANIÈLE: Discriminations sexuelles et droits européens, Paris 1993.
- PHILIP, CHRISTIAN: Droit social européen, Paris 1985.
- PRINCE, JEAN-CLAUDE: Les conventions collectives: ambitions et réalités, à paraître dans la collection "Le droit du travail en pratique", Zurich 1993.
- REHBINDER, MANFRED: Arbeitsgesetz, Zurich 1987.
- REHBINDER, MANFRED: Schweizerisches Arbeitsrecht, Berne 1988.
- REHBINDER, MANFRED: Der Arbeitsvertrag (art. 319-330a CO), in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Berne 1985.
- SCHAUB, GÜNTER: Arbeitsrechts-Handbuch, Munich 1992.
- SCHWEINGRUBER, EDWIN et BIGLER, F. WALTER: Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag, Berne 1985.
- STAEBELIN, ADRIAN: Der Einzelarbeitsvertrag (art. 319-330a CO), in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zurich 1984.
- STÖCKLI, JEAN-FRITZ: Der Inhalt des Gesamtarbeitsvertrages, Berne 1990.
- STRASSER, RUDOLF: Kollektives Arbeitsrecht, Vienne 1984.
- STREIFF, ULLIN et von KAENEL, ADRIAN: Arbeitsvertrag, Zurich 1992.
- TEYSSIÉ, BERNARD: Droit du travail, t. 1, Paris 1993.
- THÉVENOZ, LUC: Le travail intérimaire, Lausanne 1987.
- TOMANDL, THEODOR: Arbeitsrecht 1, Vienne 1984, p. 104.
- TSCHUDI, HANS PETER: Beiträge zum Arbeits- und Sozialrecht, Berne 1983.
- TSCHUDI, HANS PETER: La protection des travailleurs en Suisse, Berne 1987.
- TSCHUDI, HANS PETER: Die Europafähigkeit des schweizerischen Arbeitsrechts, in: Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht 1989, p. 7.
- VALTICOS, NICOLAS: Droit international du travail, Paris 1983.

VISCHER, FRANK: *Der Arbeitsvertrag*, Bâle 1979.

VISCHER, FRANK: *Gesamtarbeitsvertrag und Normalarbeitsvertrag* (art. 356-360 CO), in: *Das Obligationenrecht, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zurich 1983.

ZÖLLNER, WOLFGANG et LORITZ, KARL-GEORG: *Arbeitsrecht*, Munich 1992.



## **Table des matières**

<b>Introduction</b> . . . . .	159
<b>Première partie</b>	
<b>Quelques caractéristiques générales du droit suisse du travail face à notre environnement européen</b> . . . . .	162
<b>Chapitre I</b>	
Un précédent: la participation de la Suisse aux efforts de l'Organisation internationale du travail . . . . .	162
<b>Chapitre II</b>	
La fin d'un privilège . . . . .	163
<b>Chapitre III</b>	
Les trois mythes suisses . . . . .	165
Section 1	
Le rôle essentiel des conventions collectives? . . . . .	165
Section 2	
La paix du travail, fruit des conventions collectives? . . .	168
Section 3	
Une application scrupuleuse des lois? . . . . .	172
<b>Chapitre IV</b>	
Le droit suisse et le droit comparé du travail: les Suisses alémaniques fascinés par l'Allemagne? . . . . .	174
Section 1	
La doctrine . . . . .	174
Section 2	
La jurisprudence . . . . .	178
Section 3	
Le législateur . . . . .	180
Section 4	
Conclusion . . . . .	181
<b>Seconde partie</b>	
<b>Aspects de la réception du droit communautaire en Suisse</b> . . .	183
<b>Chapitre V</b>	
Les licenciements collectifs . . . . .	183
Section 1	
Raisons d'être et développement de la réglementation . . .	183
Section 2	
La définition des licenciements collectifs . . . . .	186
Section 3	
Le cadre institutionnel . . . . .	190

<b>Section 4</b>	
Les objectifs de l'intervention des représentants	
des travailleurs . . . . .	192
<b>Section 5</b>	
Les degrés de la participation (information, consultation) . . . . .	194
<b>Section 6</b>	
La nature juridique du plan social . . . . .	200
<b>Section 7</b>	
L'intervention de l'autorité administrative . . . . .	205
<b>Section 8</b>	
Les sanctions . . . . .	206
<b>Chapitre VI</b>	
Les transferts d'entreprises . . . . .	208
Section 1	
La notion de transfert d'entreprise . . . . .	208
Section 2	
Le transfert automatique des rapports de travail	
et des droits acquis au moment du transfert . . . . .	209
Section 3	
L'interdiction du licenciement . . . . .	210
Section 4	
La procédure d'information et de consultation	
des représentants du personnel . . . . .	211
Section 5	
La protection des représentants du personnel . . . . .	213
Section 6	
Les sanctions . . . . .	213
<b>Chapitre VII</b>	
La protection de la maternité . . . . .	214
Section 1	
Généralités . . . . .	214
Section 2	
La protection de la santé durant la maternité . . . . .	215
Section 3	
Le travail de nuit pendant la grossesse et l'allaitement . . . . .	216
Section 4	
La dispense de travail pour examens prénataux . . . . .	217
Section 5	
L'interdiction du licenciement . . . . .	218
Section 6	
Le congé de maternité . . . . .	218
<b>Conclusion</b> . . . . .	220
<b>Bibliographie</b> . . . . .	221