

Projet présenté par les députés :

M^{mes} et MM. Nathalie Fontanet, Pierre Weiss, Fabienne Gautier, Frédéric Hohl, Nathalie Schneuwly, Jacques Jeannerat, Francis Walpen, Serge Hiltbold, Antoine Barde, Patricia Läser, Ivan Slatkine, Michel Ducret, Jacques Béné, Pierre Ronget, Charles Selleger et Alain Meylan

Date de dépôt : 19 mars 2012

Projet de loi

modifiant la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux (LPAC) (B 5 05) (Recours à la grève et service minimum)

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève décrète ce qui suit :

Art. 1 Modifications

La loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux, du 4 décembre 1997, est modifiée comme suit :

Art. 1, al. 3 (nouveau)

³ L'article 2C est applicable par analogie au personnel soumis à la loi sur l'instruction publique, du 6 novembre 1940.

Art. 2C Recours à la grève et service minimum (nouveau)

¹ Les membres du personnel et l'Etat respectent la paix du travail.

² L'exercice licite du droit de grève ne constitue pas une violation des devoirs de service.

³ La rémunération des membres du personnel qui prennent part à une grève est réduite dans la mesure de leur participation.

⁴ Dans les secteurs essentiels où une grève mettrait en péril des prestations indispensables à la population, un service minimum est assuré, à moins que le recours à la grève n'y soit, en tout état, interdit.

⁵ Après consultation des associations du personnel, le Conseil d'Etat détermine les secteurs concernés. Il fixe les modalités par règlement.

Art. 2 Entrée en vigueur

Le Conseil d'Etat fixe la date d'entrée en vigueur de la présente loi.

EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames et
Messieurs les députés,

Introduction

Entre le droit de grève des membres du personnel de l'Etat et celui de la population de bénéficier des prestations publiques indispensables telles que celles liées à la santé ou à la sécurité, un subtil équilibre doit être recherché afin de garantir les droits et libertés des uns et des autres dans l'intérêt supérieur de tous. Le droit de grève n'est pas absolu : sa limitation est possible, elle est même prévue par la constitution, précisément afin de garantir le fonctionnement des services essentiels. En revanche, la restriction d'un droit fondamental ne dépend heureusement pas de l'humeur du Prince, mais doit reposer sur des conditions bien précises établies par le constituant dans l'intérêt public.

A Genève, un simple arrêté du Conseil d'Etat contient les principes relatifs au droit de grève et à ses restrictions. Dans ce contexte, le silence de la loi est insatisfaisant, sinon dangereux, tant d'un point de vue juridique que pour le bien de la population. Les récents abus survenus aux Hôpitaux Universitaires de Genève (HUG) en novembre 2011 lors d'un mouvement de grève – retards graves malgré l'urgence de certaines analyses à la maternité¹ – ont constitué une piqûre de rappel plutôt désagréable, pour les patients avant tout, mettant subitement en lumière les lacunes qu'il convient aujourd'hui de combler. Pour ce faire, les auteurs du présent projet souhaitent ancrer dans la loi les principes directeurs relatifs à la paix du travail, au recours à la grève et à ses limitations, en donnant à l'action du Conseil d'Etat la légitimité nécessaire.

Un bref rappel du cadre juridique (I) précèdera le commentaire des modifications proposées (II).

I. Le droit de grève, ses conditions et restrictions : aspects juridiques

Il sied de mentionner d'emblée qu'il ne s'agit pas de proposer ici une analyse scientifique et exhaustive des controverses juridiques ayant trait au droit de grève. Nous nous concentrerons donc exclusivement sur certains

¹ En violation du service minimum mis en place, selon la direction des HUG. Voir notamment le communiqué du 15 novembre 2011, disponible sur http://www.hug-ge.ch/actualite/communiqués_presse_detail_eid_239_lid_7.html.

éléments qui nous paraissent particulièrement pertinents dans le cadre du présent projet de loi.

A. L'affirmation du droit de grève

Garanti par la Constitution fédérale du 18 avril 1999, le droit de grève ne ressort pourtant pas de la formulation ambiguë de l'art. 28, al. 3 Cst., issue d'un compromis politique entre les deux Chambres fédérales – un grand classique en Suisse. Ce nonobstant, il est communément admis que la constitution garantit désormais formellement le droit de grève, le constituant ayant en réalité codifié les conditions de licéité de la grève et de la mise à pied collective (« lock-out »), qui découlaient auparavant de la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la doctrine.

Les conditions de licéité sont les suivantes : la grève doit d'abord « se rapporter aux relations de travail » (art. 28, al. 3 Cst.). Deuxièmement, elle doit être « conforme à l'obligation de préserver la paix du travail ou de recourir à une conciliation » (art. 28, al. 3 Cst.). De plus, la grève doit émaner d'un syndicat (interdiction de la « grève sauvage »)². Enfin, la grève ne doit intervenir qu'en dernier ressort : ce ne peut être que *l'ultima ratio* (art. 28, al. 2 Cst.).

A Genève, comme nous l'avons relevé en guise d'introduction, la Constitution du 24 mai 1847 est, somme toute assez logiquement si l'on considère son grand âge avec respect, muette quant aux libertés syndicales. En revanche, l'Assemblée constituante n'a pas éludé la question : son « Projet issu de la première lecture », du 19 décembre 2011, consacre à l'art. 38, al. 1 le droit de grève, en des termes plus clairs que la constitution fédérale. Les conditions susmentionnées sont en revanche reprises à l'identique³.

Enfin, sur le plan international, plusieurs instruments liant la Suisse garantissent le droit de grève. Nous nous bornerons à mentionner l'art. 11 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), l'art. 8, par. 1, let. d du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I) et la Convention n° 87 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical.

² ATF 132 III 122, cons. 4.4.2.

³ Texte confirmé en seconde lecture le 24 janvier 2012, avec modification de pure forme.

B. Les restrictions

Nous parvenons ici au cœur de la problématique. Outre les conditions d'application, les consécutions, fédérale, cantonale et internationale du droit de grève ont systématiquement été accompagnées d'une réserve permettant au législateur de restreindre ou d'interdire le recours à la grève, car celle-ci « ne saurait paralyser le service public dans des domaines essentiels (à titre d'exemple, et sans être exhaustif, on peut citer le maintien de l'ordre public, la protection des biens des personnes, la lutte contre le feu ou les soins requis par les malades dans les hôpitaux) »⁴. L'art. 28, al. 4 Cst. prévoit en effet que « La loi peut interdire le recours à la grève à certaines catégories de personnes. » Sur le plan cantonal, les constitutions récentes ont pris pour modèle la constitution fédérale. La Constituante genevoise a choisi la formule suivante (art. 38, al. 2 du projet) : « La loi peut interdire le recours à la grève à certaines catégories de personnes ou limiter son emploi afin d'assurer un service minimum. » Elle envisage donc autant la limitation que l'éventuelle interdiction du recours à la grève. L'art. 11, par. 2 CEDH va dans le même sens : « Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat. » Enfin, l'art. 8, par. 1, let. d du Pacte ONU I ménage lui aussi la marge de manœuvre nécessaire aux autorités internes, en proclamant que les Etats s'engagent à assurer « le droit de grève, exercé conformément aux lois de chaque pays ».

Or, toute limitation du droit de grève doit respecter, par analogie, les conditions ordinaires de restriction des libertés, à savoir l'exigence de la base légale, l'existence d'un intérêt public et le principe de proportionnalité (art. 36 Cst.).

1. L'exigence de la base légale

La première condition, qui ressort des textes précités, impose aux autorités de *légiférer* quant à l'interdiction du recours à la grève ou au principe d'un service minimum. Le seul « devoir de fidélité » des membres du personnel de l'Etat ne paraît donc plus suffire à fonder de telles limitations⁵. De même, le pouvoir d'exécution des lois qui revient aux autorités exécutives de par la constitution n'autorise pas le gouvernement à légiférer valablement sur des questions non prévues par la loi, contrairement aux clauses de délégation législative, mais seulement à les préciser et à en définir les modalités d'application. Par ailleurs, la constitution fédérale fait

⁴ TF 23.03.1995, SJ 1995 681, 687.

⁵ A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. II, 2^e éd., Berne 2006, n° 1627.

référence au législateur, fédéral, cantonal ou communal, soit implicitement au législateur *ordinaire*, c'est-à-dire le Parlement⁶. De l'avis de la doctrine, le principe même de l'interdiction ou du service minimum devrait effectivement figurer dans une loi au sens formel, et non dans un simple règlement, voire dans un arrêté ou une circulaire⁷. Enfin, la Cour européenne des droits de l'homme semble au contraire se contenter d'une simple circulaire administrative⁸.

En 1995, le Tribunal fédéral a jugé que le pouvoir réglementaire du Conseil d'Etat genevois, dans la mesure où il ne découlait pas uniquement de la constitution⁹, mais aussi de diverses lois spéciales relatives aux membres du personnel de l'Etat, lui permettait d'interdire valablement, par un arrêté, le recours à la grève¹⁰. Il n'est pas certain que cette jurisprudence soit valable aujourd'hui encore¹¹. Les agents de l'Etat se trouvent certes dans un « rapport de puissance publique spécial » permettant à l'autorité de s'affranchir d'exigences trop élevées quant à la base légale ; il n'en reste pas moins que le seul pouvoir d'exécution des lois, fût-il reproduit à l'identique dans diverses lois spéciales (mais, en l'occurrence, jamais sous la forme d'une délégation législative), n'en constitue pas moins un fondement juridique fragile, sinon insuffisant, pour limiter ou interdire.

Aujourd'hui encore, un simple arrêté du Conseil d'Etat, du 1^{er} septembre 2010, prévoit le principe du service minimum et réserve les cas d'interdiction totale du recours à la grève (art. 5). Nous sommes bien loin de la base légale formelle ! Au niveau fédéral, la loi sur le personnel de la Confédération (LPers) consacre le principe et contient une clause de délégation au Conseil fédéral, qui peut « limiter ou supprimer le droit de grève pour certaines catégories d'employés » (art. 24, al. 1 LPers)¹². L'art. 28, al. 4 Cst. est donc

⁶ Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I, p. 282, n. 280.

⁷ Voir notamment P. MAHON, Art. 28 Cst., in J.-F. AUBERT/P. MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich 2003, p. 260, n° 16 ; A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELLIER, *op. cit.*, n° 1627.

⁸ ACEDH *Enerji Yapı-Yol Sen c. Turquie* du 21 avril 2009, Req. n° 68959/01, § 26-27.

⁹ A Genève, essentiellement de l'art. 116 Cst./GE, proclamant que « Le Conseil d'Etat promulgue les lois ; il est chargé de leur exécution et prend à cet effet les règlements et arrêtés nécessaires ».

¹⁰ TF 23.03.1995, SJ 1995 681, 685 s.

¹¹ Le Conseil d'Etat semble convaincu du contraire, à en croire sa réponse à l'IUE 1264. Le texte est toutefois lapidaire : il ne dit mot de la base légale sur laquelle reposerait l'arrêté.

¹² RS 172.220.1.

idéalement concrétisé. Il en va de même, par exemple, dans les cantons de Vaud¹³, du Jura¹⁴ ou de Berne¹⁵.

L'absence de base légale formelle se heurte ensuite à une série d'objections, de principe cette fois. D'abord, l'accessibilité de la règle est faible, pour ne pas dire nulle, puisque l'arrêté actuel n'est pas publié, même si les personnes concernées, à savoir les syndicats, sont en principe au courant de son existence. Ensuite, le principe de la séparation des pouvoirs n'est pas ménagé lorsque le gouvernement règlemente des droits et obligations sans que le Parlement l'ait précédé en lui déléguant expressément ce pouvoir. Enfin, c'est le principe démocratique lui-même qui souffre lorsqu'aucune loi formelle, adoptée par une majorité du Parlement et soumise au référendum facultatif, ne vient légitimer l'action, aussi indispensable soit-elle, du gouvernement.

Finalement, des considérations plus pratiques doivent être prises en compte. D'un côté, il est par nature plus facile de ne se soumettre qu'imparfaitement à une mesure d'interdiction lorsque l'on sait qu'elle repose sur un socle qui vacille. De l'autre, la tâche du gouvernement et des directions d'établissements publics est malaisée lorsqu'il existe un risque sérieux qu'une décision soit remise en cause avec succès devant les tribunaux. Or, la victime potentielle de ces incertitudes n'est autre que la population, qui doit pouvoir compter sur les services publics essentiels en tout temps.

2. Les autres conditions

Dans le cadre du présent projet, il s'agit pour l'essentiel d'édicter une base légale claire et accessible légitimant l'action du Conseil d'Etat. La condition de l'intérêt public est présente en filigrane, puisque la finalité de l'interdiction ou de la limitation du recours à la grève est précisément de maintenir certaines prestations ciblées, essentielles à la population. Quant au principe de proportionnalité, il implique de ne pas prononcer d'interdiction généralisée, sans exception, mais de ne sélectionner que les secteurs où la restriction est nécessaire en vue de protéger l'intérêt public concerné¹⁶. Sur ce dernier point, il faut relever que les législations de la Confédération et de nombreux cantons suisses étaient historiquement très restrictives en matière de droit de grève des agents publics, situation qui a fortement évolué ces

¹³ Art. 52, al. 5 de la loi sur le personnel de l'Etat de Vaud (LPers-VD ; RS/VD 172.31).

¹⁴ Art. 59, al. 5 de la loi sur le personnel de l'Etat (RS/JU 173.11).

¹⁵ Art. 12, al. 2 de la loi sur le personnel (LPers ; RS/BE 153.01).

¹⁶ TF 23.03.1995, SJ 1995 681, 687. La doctrine récente est unanime.

trente dernières années. Fribourg constitue un très joli exemple de canton connaissant encore une interdiction absolue du droit de grève pour tous les membres du personnel de l'Etat, qui repose certes sur une base légale solide et des intérêts publics aussi légitimes qu'ils peuvent l'être ailleurs en Suisse, mais qui s'avère bien peu respectueuse du principe de proportionnalité¹⁷.

II. Commentaire

Le présent projet de loi propose une modification de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux (LPAC), du 4 décembre 1997 (B 5 05). Elle consiste en l'ajout d'un nouvel article 2C, comblant opportunément une case vide¹⁸. Quant au nouvel art. 1, al. 3, il est juridiquement nécessaire pour étendre, dans un souci de cohérence, l'application des principes qui suivent au personnel soumis à la loi sur l'instruction publique (LIP), du 6 novembre 1940 (C 1 10).

Un *premier alinéa* vise à rappeler l'importance de la « paix du travail ». Figurant à l'art. 28, al. 3 Cst., le principe désigne d'une part des clauses introduites dans les conventions collectives de travail (CCT). La première clause de « paix du travail », formalisant l'engagement de ne pas lancer ni soutenir de mouvement de grève, figure dans une convention adoptée en 1937 dans le domaine de la métallurgie. D'autre part, c'est aussi le symbole d'un effort commun entre « partenaires sociaux », visant à obtenir des progrès par le dialogue et non par l'affrontement. C'est là une caractéristique fondamentale de la démocratie et de la société suisses. Ainsi, l'occasion paraît idéale de souligner l'importance de cette notion pour Genève, l'Etat et son personnel, au moyen d'un alinéa de principe.

Le *deuxième alinéa* vise à expliciter une règle certes bien connue de la jurisprudence, mais qui n'apparaît pas dans la loi tandis que l'art. 19 LPAC souligne bien que le licenciement pour « fait syndical » est interdit. Autrement dit, cet alinéa est dévolu à la protection des membres du personnel. Il doit naturellement être lu avec l'alinéa suivant.

Le *troisième alinéa* codifie par souci de clarté la fameuse « théorie de la suspension », qui implique qu'en cas de grève licite, les rapports de travail ne sont pas rompus, mais l'obligation de travailler et celle de payer le salaire sont simplement suspendues¹⁹. Les deux obligations ressortent de l'alinéa proposé, puisque l'exercice du droit de grève signifie par définition l'arrêt de

¹⁷ Art. 68 de la loi sur le personnel de l'Etat (LPers ; RS/FR 122.70.1).

¹⁸ Le précédent art. 2C a été abrogé en 2010.

¹⁹ ATF 111 II 245, cons. 4b.

travail, alors que la réduction de la rémunération au *pro rata* de la participation (c'est-à-dire de sa durée effective) n'est autre que la suspension de l'obligation de payer le salaire.

Le *quatrième alinéa* de ce nouvel art. 2C donne suite à l'argumentation présentée ci-dessus (voir chiffre I) : le principe du service minimum et de l'éventuelle interdiction du recours à la grève est consacré de manière relativement claire et compréhensible pour tout un chacun dans la LPAC, une loi cantonale (au sens formel). Il est donc proposé au Grand Conseil de créer la base légale solide, permettant de légitimer l'action du Conseil d'Etat, dans le respect de l'intérêt public et du principe de proportionnalité.

Enfin, le *cinquième alinéa* de cet article un peu long délègue au Conseil d'Etat la tâche de déterminer les secteurs dans lesquels le recours à la grève devra être limité ou interdit pour assurer les prestations indispensables à la population. Pour ce faire, il lui faudra d'abord consulter les syndicats du personnel, ce que la formulation proposée prévoit expressément. Le gouvernement est, enfin, chargé de régler les détails de la mise en œuvre de la loi, soit par exemple de préciser les démarches, le rôle de la direction des établissements publics ou encore de fixer les modalités du service minimum. Il va de soi, à ce propos, que l'employeur conserve dans tous les cas la responsabilité exclusive de la mise en place du service minimum dans les secteurs concernés.

Conclusion

Ce projet de loi a pour principal objectif de créer une base légale suffisante pour mieux légitimer la limitation ou l'interdiction du recours à la grève dans certains secteurs essentiels afin de garantir en tout temps à la population les prestations publiques vitales. Concrètement, il s'agit de hisser au niveau de la loi des notions qui devraient s'y trouver, mais qui figurent actuellement dans un arrêté du Conseil d'Etat. En effet, l'action du gouvernement et des directions d'établissements s'en trouvera renforcée, tandis que les syndicats seront de par la loi associés aux démarches visant à identifier les secteurs concernés.

Au vu de ces explications, nous vous remercions, Mesdames et Messieurs les députés, de réserver un bon accueil au présent projet de loi.