

WAEBER MEMBREZ BRUCHEZ MAUGUÉ

Avocats

12, rue Verdaine – case postale 3647 – 1211 Genève 3
Tél. +41 (0)22 312 35 55 – Fax +41 (0)22 312 35 58 – info@wmbavocats.ch – www.wmbavocats.ch

Jean-Bernard WAEBER

François MEMBREZ
Dipl. English law, Bristol

Christian BRUCHEZ
Avocat spécialiste FSA droit du travail

Eric MAUGUÉ
Avocat spécialiste FSA responsabilité civile
et droit des assurances
M. Sc. London School of Economics

Giuseppe DONATIELLO
Docteur en droit
Avocat spécialiste FSA droit du travail

Samantha EREMITA

Emilie CONTI

Franco SACCONI

Amélie PIGUET
LL.M. McGill

Sarah GUTH

Sylvianne ZEDER-AUBERT
Clerc d'avocat

Isabelle KUFFER
Avocate-stagiaire

Cartel intersyndical du personnel de
l'Etat et du secteur subventionné
Case postale 1765
1227 Carouge

Genève, le 2 décembre 2014

Mesdames, Messieurs,

Je vous adresse, par la présente, mon avis de droit sur le service minimum en cas de grève dans le secteur public. Les principales conclusions de cet avis de droit sont les suivantes :

- Une loi interdisant le recours à la grève à certaines catégories de personnes ou instaurant un service minimum dans certains secteurs est admissible uniquement pour garantir l'ordre public, à savoir la sécurité des personnes et des biens et la santé publique ; les mesures prises qui restreignent le droit de grève doivent en outre être absolument indispensables pour atteindre le but d'ordre public visé ;
- Dans le canton de Genève, il n'existe actuellement aucune loi interdisant à certaines personnes le recours à la grève ou limitant son emploi afin d'assurer un service minimum ;
- La participation à une grève licite ne peut entraîner ni sanction disciplinaire ou pénale, ni licenciement.

Je vous prie de croire, Mesdames, Messieurs, à l'assurance de ma considération distinguée.


Christian BRUCHEZ

Annexe ment.

WAEBER MEMBREZ BRUCHEZ MAUGUÉ

Avocats

12, rue Verdaine – case postale 3647 – 1211 Genève 3
Tél. +41 (0)22 312 35 55 – Fax +41 (0)22 312 35 58 – info@wmbavocats.ch – www.wmbavocats.ch

Jean-Bernard WAEBER

François MEMBREZ
Dipl. English law, Bristol

Christian BRUCHEZ
Avocat spécialiste FSA droit du travail

Eric MAUGUÉ
Avocat spécialiste FSA responsabilité civile
et droit des assurances
M. Sc. London School of Economics

Giuseppe DONATIello
Docteur en droit
Avocat spécialiste FSA droit du travail

Samantha EREMITA

Emilie CONTI

Franco SACCONI

Amélie PIGUET
LL.M. McGill

Sarah GUTH

Sylvianne ZEDER-AUBERT
Clerc d'avocat

Isabelle KUFFER
Avocate-stagiaire

Cartel intersyndical du personnel de
l'Etat et du secteur subventionné
Case postale 1765
1227 Carouge

Genève, le 2 décembre 2014

Concerne : avis de droit sur le service minimum en cas de grève dans le secteur public

Mesdames, Messieurs,

Comme demandé, je vous adresse par la présente mon avis de droit sur le service minimum en cas de grève dans le secteur public.

J'examinerai en premier lieu le cadre juridique général applicable au droit de grève, en tenant compte de la situation particulière du secteur public (I). Je me pencherai ensuite sur la problématique de l'interdiction de grève et du service minimum dans le service public et dans le secteur parapublic (II). J'examinerai enfin la question des sanctions administratives et pénales que pourraient encourir les fonctionnaires en cas de grève (III).

Il faut préciser qu'en raison du très faible nombre de conflits collectifs en Suisse, la jurisprudence en la matière est très maigre. Les éléments développés dans le présent avis de droit se fondent donc souvent sur des avis exprimés dans la doctrine juridique.

I. Cadre juridique applicable au droit de grève

a) Généralités

1. Le droit de grève est consacré par l'article 28 de la (nouvelle) Constitution fédérale relatif à la liberté syndicale. Avant l'entrée en vigueur de cet article constitutionnel le 1^{er} janvier 2000, le droit de grève était implicitement reconnu par l'ordre juridique suisse comme corolaire de la liberté syndicale et de la liberté de négociation collective (parmi d'autres, Philippe BOIS, La grève dans la fonction publique (1984), in Etudes de droit social, Zurich, 1991, p. 265 ss, N. 3 à 8).
2. Dans une jurisprudence rendue (juste) avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale, le Tribunal fédéral avait explicitement reconnu que le droit de grève existait en droit (privé) du travail suisse (ATF 125 III 277 = JdT 2000 I 240). Selon le Tribunal fédéral, le recours à la grève – définie en tant que refus collectif de la prestation de travail due dans le but d'obtenir des conditions de travail déterminées de la part d'un ou plusieurs employeurs – est soumis aux conditions suivantes :
 - La grève doit être appuyée par une organisation de travailleurs ayant la capacité de négocier une convention collective de travail;
 - La grève doit poursuivre des buts susceptibles d'être réglés dans une convention collective de travail ;
 - La grève ne doit pas violer une obligation de maintenir la paix du travail ;
 - La grève doit respecter le principe de proportionnalité.
3. L'article 28 Cst. féd., entré en vigueur, le 1^{er} janvier 2000, a la teneur suivante :
 - « 1. Les travailleurs, les employeurs et leurs organisations ont le droit de se syndiquer pour la défense de leurs intérêts, de créer des associations et d'y adhérer ou non.
 - 2. Les conflits sont, autant que possible, réglés par la négociation ou la médiation.
 - 3. La grève et le lock-out sont licites lorsqu'ils se rapportent aux relations de travail et sont conformes aux obligations de préserver la paix du travail ou de recourir à une conciliation.
 - 4. La loi peut interdire le recours à la grève à certaines catégories de personnes. ».
4. Cet article a fait l'objet d'âpres débats devant les Chambres fédérales, certains (à gauche) souhaitant une garantie sans conditions du droit de grève, d'autres (à droite) ne souhaitant pas d'ancrage constitutionnel de la grève. Le texte finalement adopté constitue une forme de codification de la jurisprudence du Tribunal fédéral et de l'opinion majoritaire de la doctrine.

5. En raison des différences de formulation existant entre le texte constitutionnel et la jurisprudence, certaines questions restent litigieuses, en tout cas en doctrine. Le Tribunal fédéral, dans un arrêt du 13 septembre 2005 (ATF 132 III 122), qui concernait une action syndicale (qui n'était pas une grève), est pour le moment resté strictement sur la position qu'il avait exprimée dans l'ATF 125 III 277 précité, avant l'entrée en vigueur du nouveau texte constitutionnel.
6. La nouvelle Constitution genevoise du 14 octobre 2012, entrée en vigueur le 1^{er} juin 2013, garantit également la liberté syndicale à son article 36 et le droit de grève à son article 37. Ces dispositions constitutionnelles sont formulées ainsi :

« Art. 36 Liberté syndicale

1. *La liberté syndicale est garantie.*
2. *Nul ne doit subir de préjudice du fait de son appartenance ou de son activité syndicale.*
3. *L'information syndicale est accessible sur les lieux de travail.*
4. *Les conflits sont réglés en priorité par la négociation ou la médiation.*

Art. 37 Droit de grève

1. *Le droit de grève et le droit de mise à pied collective sont garantis s'ils se rapportent aux relations de travail et sont conformes aux obligations de préserver la paix du travail ou de recourir à une conciliation.*
2. *La loi peut interdire le recours à la grève à certaines catégories de personnes ou limiter son emploi afin d'assurer un service minimum. ».*

7. Par rapport à la Constitution fédérale, la Constitution genevoise traite ainsi en deux articles distincts la liberté syndicale et le droit de grève. La Constitution genevoise parle en outre formellement de droit de grève alors que tel n'est pas le cas dans la Constitution fédérale qui ne fait que définir les conditions de la licéité de la grève ; cela étant, le texte genevois reprend comme conditions du droit de grève les conditions prévues à l'article 28 al. 3 Cst. féd. Enfin, le texte genevois parle non seulement d'interdiction de la grève pour certaines catégories de personnes, mais également de limitation de son emploi pour assurer un service minimum.
8. Le droit de grève est enfin garanti par plusieurs instruments de droit international soit expressément, soit implicitement comme découlant de la liberté syndicale (Convention européenne des droits de l'homme, Pacte international de l'ONU relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels, Pacte international de l'ONU relatif aux droits civils et politiques, Conventions de l'OIT) (sur ces instruments internationaux et leur portée, voir Susanne KUSTER ZÜRCHER, *La liberté syndicale dans le contexte international*, in ANDERMATT et al., *Droit collectif du travail*, Bâle, 2010, p. 53 ss).

A ce jour, le Tribunal fédéral n'a jamais conféré à des particuliers ou à des syndicats des droits supplémentaires (ne découlant pas déjà du droit interne) en se fondant sur ces instruments internationaux (ATF 125 III 277 consid. 2d ; arrêt du TF 4C.422/2004 du 13 septembre 2005, consid. 2 et 3).

b) Le droit de grève dans le secteur public

9. Le droit de grève, en tant que corollaire de la liberté syndicale, a vocation à s'appliquer non seulement dans le secteur privé, mais également dans le secteur public. Dans l'ancien statut des fonctionnaires, la Confédération interdisait à son personnel de faire grève (art. 22 aStF) ; des cantons et des communes avaient adopté des règles similaires d'interdiction de grève et il était généralement admis, pendant longtemps, que celles-ci étaient conformes au droit (BOIS, op. cit., N. 10). En l'absence de telles règles d'interdiction et de garantie expresse du droit grève (comme cela était le cas dans la Constitution jurassienne), la doctrine était partagée sur le droit pour les agents des collectivités publiques de recourir à la grève pour la défense de leurs intérêts professionnels, certains auteurs considérant que l'interdiction du recours à la grève découlait du devoir de fidélité des fonctionnaires (voir arrêt du TF du 23 mars 1995 in SJ 1995 p. 681, c. 2 ; en faveur du droit de grève en l'absence d'interdiction expresse : BOIS, op. cit., N. 11 à 20).
10. Dans un arrêt du 25 octobre 1985 (publié in RDAT 1987 p. 27) concernant des fonctionnaires tessinois, le Tribunal fédéral a jugé qu'il était trop absolu de déduire de l'absence de garantie expresse une interdiction générale de la grève au nom du devoir de fidélité des fonctionnaires. A Genève, le Conseil d'Etat comme le Tribunal administratif ont considéré qu'en l'absence de toute norme écrite, les fonctionnaires genevois avaient le droit de se mettre en grève (arrêt du TF du 23 mars 1995 in SJ 1995 p. 681, c. 2 et l'arrêt cité du Tribunal administratif du 29 août 1984 en la cause G. c/ Conseil d'Etat).
11. Depuis l'entrée en vigueur de l'article 28 Cst. féd., le recours à la grève est licite aux conditions prévues par cette disposition (voir infra ch. 14 ss). Cette disposition constitutionnelle ne faisant aucune distinction entre secteur privé et secteur public, les seules restrictions du droit de grève autorisées sont celles découlant de l'article 28 al. 4 Cst. féd. qui prévoit que la loi peut interdire le recours à la grève à certaines catégories de personnes. A contrario, il n'est donc plus possible de prévoir, par voie législative, une interdiction généralisée du recours pour tous les fonctionnaires. La loi fribourgeoise sur le personnel de l'Etat, qui prévoit à son article 68 que le collaborateur ou la collaboratrice ne peut faire grève ni inciter d'autres collaborateurs ou collaboratrices à faire grève, apparaît ainsi contraire à la Constitution fédérale.
12. La Constitution genevoise ne fait également aucune distinction entre secteur privé et secteur public pour la garantie de la liberté syndicale et du droit de grève. Dans la mesure où il devait être admis que ces dispositions vont au-delà des garanties de la Constitution fédérale, c'est essentiellement dans le secteur public qu'elles auraient une portée. En effet, les cantons n'ont en principe pas la compétence de légiférer sur les

rapports de travail de droit privé, cette compétence relevant exclusivement de la Confédération (art. 110 et 122 Cst. féd.)

c) Analyse des conditions du droit de grève

aa) La grève doit se rapporter aux relations de travail

13. En prévoyant, comme condition de licéité de la grève, qu'elle se rapporte aux relations de travail, les Constitutions fédérale et cantonale ont voulu exclure les grèves qui ont des buts politiques (par exemple pour obtenir la démission d'un gouvernement).
14. Le texte constitutionnel semble néanmoins plus large que la jurisprudence qui prévoit que la grève doit poursuivre des buts susceptibles d'être réglementés dans une convention collective de travail (dans ce sens, Pascal MAHON, in Jean-François Aubert et Pascal Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse* du 18 avril 1999, Zurich, Bâle, Genève 2003, N. 12 et note en bas de page 23 ad art. 28 ; Arthur ANDERMATT, in ANDERMATT et al., *Droit collectif du travail*, Bâle 2010, chap. A, N. 74-75). En effet, les revendications liées aux rapports de travail ne sont pas nécessairement susceptibles d'être réglementées par une convention collective, en tout cas pas de manière normative ; tel est le cas par exemple d'une revendication visant à augmenter le nombre de postes, à s'opposer à des restructurations, à dénoncer des pratiques managériales attentatoires aux droits du personnel, à obtenir la réintégration d'un représentant du personnel licencié, ... Toutefois, si l'on se réfère au texte de l'article 356 CO définissant la convention collective, celle-ci ne doit pas nécessairement contenir des dispositions normatives ; il suffit qu'elle contienne des clauses concernant les rapports entre employeurs et travailleurs (clauses obligationnelles indirectes, al. 2). Au vu du texte constitutionnel et de la définition de convention collective, il faut donc admettre que des revendications collectives, telles que celles précitées, même si elles ne peuvent pas déboucher sur une réglementation conventionnelle normative, peuvent néanmoins faire l'objet d'une grève.
15. Dans le secteur public, le lien entre grève et conclusion d'une convention collective ne peut, en général, pas se faire. En effet, il est encore assez rare que la convention collective constitue un moyen de réglementation des rapports de travail dans le secteur public. Le droit genevois de la fonction publique ne connaît ainsi pas la convention collective comme forme juridique de réglementation du statut du personnel.

bb) La grève doit être conforme aux obligations de préserver la paix du travail ou de recourir à une conciliation

16. La deuxième condition (incontestée) est l'obligation de préserver la paix du travail et de recourir à une conciliation. L'obligation de paix peut relever du droit privé (obligation découlant du contrat) ou du droit public (obligation découlant de la loi).
17. L'obligation de paix de droit privé découle de l'existence d'une convention collective. En effet, selon l'article 357a al. 2 CO, chaque partie (à la convention collective) doit maintenir la paix du travail et, en particulier, s'abstenir de tout moyen de combat quant aux matières réglées par la convention (paix relative). Les parties à la convention collective peuvent toutefois prévoir expressément une obligation de paix absolue, c'est-à-dire une obligation de paix qui s'étend à toute matière, même à celles qui ne sont pas réglées dans la convention. Que la paix du travail soit relative ou absolue, elle ne s'impose aux parties que pendant la durée de la convention ; à l'échéance de la convention, l'obligation de paix cesse.
18. En outre, en cas de (potentiel) conflit collectif (même en l'absence de convention collective), les Offices cantonaux et fédéral de conciliation, institués par les législateurs fédéraux et cantonaux, peuvent imposer aux parties de se soumettre à une procédure de conciliation durant laquelle une obligation de paix (de droit public) leur est imposée.
19. Dans le canton de Genève, la loi sur la Chambre des relations collectives de travail (LCRCT J 1 15) prévoit ainsi que la Chambre a la compétence de prévenir et concilier, dans la mesure du possible, les différends d'ordre collectif concernant les conditions de travail (art. 1 let. a LCRCT). La Chambre intervient d'office, à la requête d'une autorité ou d'intéressés (art. 8 al. 1 LCRCT). En cas d'échec de la conciliation, la Chambre peut émettre une recommandation (art. 8 al. 3 LCRCT). Si la recommandation n'est pas acceptée par toutes les parties intéressées, le Conseil d'Etat peut, exceptionnellement, désigner un médiateur ou tenter lui-même une conciliation (art. 8 al. 4 LCRCT). Jusqu'à la fin de la procédure de conciliation, les parties doivent s'abstenir de toute médiatisation et de toutes mesures de combat telles que suspension générale ou partielle du travail, grève, lock-out, boycottage (art. 12 al. 1 LCRCT). La violation de cette obligation de paix de droit public peut entraîner une sanction administrative, à savoir une amende de CHF 5'000.- au plus (art. 12 al. 2 LCRCT).
20. Lorsque le droit de la fonction publique ne connaît pas la convention collective comme moyen de réglementation des rapports de travail (comme cela est le cas à Genève), il ne peut pas être question de paix du travail au sens de l'article 357a al. 2 CO. On pourrait toutefois considérer que les accords passés, dans un cadre informel, entre les organisations syndicales et l'Etat en vue de modifications législatives ou réglementaires doivent être assimilés à des conventions collectives et obligent les organisations syndicales à s'abstenir de tout moyen de combat quant aux matières réglées dans ces accords.

21. S'agissant de l'obligation de paix du travail de droit public découlant de l'existence d'une procédure de conciliation, elle est destinée en premier lieu au secteur privé. En effet, l'obligation pour les cantons d'instituer des offices de conciliation découle de la loi sur le travail dans les fabriques et a pour but de régler à titre amiable les différends d'ordre collectif dans l'industrie (entre fabricants et ouvriers) (art. 30 al. 1 de la loi sur les fabriques). Selon l'article 35 de la loi sur les fabriques, les cantons peuvent toutefois attribuer aux offices de conciliation une compétence plus étendue ; cette disposition vise les autres secteurs de l'économie privée (artisanat, services), plutôt que le secteur public (même si celui-ci n'est pas formellement exclu).

22. Dans le canton de Genève, l'article 2 LCRCT prévoit que les compétences de la Chambre des relations collectives de travail s'étendent à toutes les entreprises soumises ou non à la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, du 13 mars 1964.

Cette disposition n'exclut pas expressément le secteur public. Le mémorial du Grand-Conseil n'apporte aucune précision à ce propos. La notion d'entreprise fait toutefois plutôt référence au secteur privé ou à des entités autonomes du secteur public ; elle semble donc exclure en tout cas l'administration centrale.

Dans sa pratique, la Chambre des relations collectives de travail s'est déjà déclarée compétente dans le secteur public s'agissant d'entités autonomes telles que l'aéroport et la Maison de Vessy, mais pas dans l'administration centrale.

Dans le cas du conflit collectif à la Maison de Vessy, la compétence de la Chambre a été contestée devant les tribunaux. Par arrêt du 14 juin 2012, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice a confirmé la compétence de la Chambre des relations collectives de travail pour mener une procédure de conciliation dans ce conflit collectif.

23. Dans le canton de Vaud, la loi sur le personnel de l'Etat (LPers-VD) institue un organe de conciliation et d'arbitrage permanent spécifique pour les conflits collectifs sur les conditions de travail à l'Etat de Vaud (art. 53 LPers-VD et règlement sur l'organe de conciliation et d'arbitrage, ROCA). Selon l'article 52 al. 2 let. d LPers-VD, une des conditions de licéité de la grève est que l'organe de conciliation ait été saisi et ait délivré un acte de non-conciliation. L'article 8 ROCA prévoit également qu'il est interdit aux parties de prendre toute mesure de coercition, telle que le lock-out ou la grève, aussi longtemps qu'elles n'ont pas saisi l'organe et que, saisi du conflit, l'organe n'a pas constaté l'aboutissement ou l'échec de la conciliation.

24. Dans le canton de Berne, la loi sur le personnel (LPers-BE) prévoit que toute grève doit obligatoirement être précédée d'une procédure de conciliation dirigée par un médiateur ou une médiatrice désigné en commun par les parties en litige ou, à défaut d'accord entre celles-ci, par le président ou la présidente de la Cour suprême (art. 11 al. 2 LPers-BE). L'article 12 al. 1 let. a LPers prévoit qu'une grève à durée limitée n'est autorisée que lorsque la personne dirigeant la procédure de conciliation a formellement constaté l'échec définitif des négociations.

cc) Exigence d'appui de la grève par une organisation syndicale

25. Contrairement à la jurisprudence antérieure, le texte constitutionnel ne contient pas de référence à la condition selon laquelle la grève doit être appuyée par une organisation de travailleurs. Le Message relatif à la nouvelle Constitution indiquait qu'il avait été décidé de renoncer à codifier cette condition dans le texte constitutionnel au motif que la rigueur de cette condition était susceptible d'être à l'avenir assouplie par les tribunaux (FF 1997 p. 181) ; de même, lors des travaux parlementaires, une proposition visant notamment à faire figurer cette condition dans le texte constitutionnel a été rejetée par le Conseil national.
26. La doctrine actuelle est divisée sur le maintien de cette exigence comme condition du droit de grève (sur cette question voir notamment MAHON, op. cit., N. 14 ad art. 28) Pierre GARONNE, La liberté syndicale, in Daniel Thürer, Jean-François Aubert et Jörg Paul Müller, Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, p. 795, N 28 et note en bas de page 28 ; Susanne KÜSTER ZÜRCHER, Streik und Aussperrung – Vom Verbot zum Recht, Zurich 2004, p. 347-357).
27. Dans l'ATF 132 III 122 précité, le Tribunal fédéral a considéré que le législateur fédéral n'avait renoncé à inscrire cette exigence dans le texte de l'article 28 Cst. féd. que pour des questions rédactionnelles sans avoir l'intention de procéder à un changement juridique. Il convient donc, selon le Tribunal fédéral, d'admettre que la condition qui voulait que la grève soit appuyée par une organisation de travailleurs est toujours valable (consid. 4.4.2 c).
28. Dans la Constitution genevoise, l'exigence d'appui de la grève par une organisation syndicale n'est pas non plus expressément prévue. Dans le secteur public en tout cas, où le texte genevois a une portée propre, cette exigence prévue par la jurisprudence du Tribunal fédéral ne saurait en principe pas trouver application.

dd) Proportionnalité de la grève

29. Le texte constitutionnel ne reprend pas non plus expressément la condition de la proportionnalité de la grève. Des propositions visant à ajouter cette condition ont d'ailleurs été refusées tant par le Conseil national que par le Conseil des Etats. Il est toutefois admis que l'aspect essentiel de la proportionnalité, à savoir que le recours à la grève doit être l'ultima ratio, résulte implicitement de l'article 28 al. 2 Cst. féd. selon lequel les conflits sont, autant que possible, réglés par la négociation ou la médiation. En revanche, il faut considérer que les autres aspects de la proportionnalité, à savoir l'adéquation du moyen et le rapport raisonnable entre ce moyen et le but poursuivi ne trouvent pas application (dans ce sens MAHON, op. cit., N. 13 et note en bas de page 27 ad art. 28 Cst ; ANDERMATT, op. cit., chap. A, N. 89 à 95).

30. Dans l'ATF 132 III 122, le Tribunal fédéral a examiné la question de la licéité d'une action syndicale (qui n'était pas une grève) en faisant application des conditions relatives à l'exercice du droit de grève. Sous l'angle de l'examen de la proportionnalité, le Tribunal fédéral a relevé que les mesures de combat ne sont admissibles que si elles sont nécessaires pour atteindre le but auquel tend la lutte et qu'en la matière vaut le principe de la conduite du combat loyal. Pour le Tribunal fédéral, sont par exemple disproportionnés les moyens de combat faisant usage de violence ou ceux qui portent atteinte aux biens de l'entreprise. En outre, pour le Tribunal fédéral il est licite d'organiser des piquets de grève afin d'empêcher pacifiquement l'accès de l'entreprise à des travailleurs, par exemple en les persuadant de ne pas occuper leur place de travail, mais dès que les piquets de grève usent de la violence pour contraindre des personnes à ne pas se présenter au travail, ils sortent du cadre de l'exercice licite d'un moyen de combat (consid. 4.5.4.1).
31. A mon avis, même si les considérations du Tribunal fédéral, prises séparément, peuvent être suivies, le lien direct fait entre actes illicites commis et illicéité du moyen de combat n'apparaît pas satisfaisant. Il se justifie de distinguer la grève elle-même des actes illicites commis à l'occasion de la grève ; la commission d'actes illicites à l'occasion d'une grève ne doit en effet pas rendre pour autant la grève elle-même illicite. Si de tels actes illicites sont commis, ils peuvent être sanctionnés en tant que tels (sur le plan civil, administratif voire pénal).
32. L'article 28 Cst. féd. ne soumet pas l'exercice du droit de grève au respect d'un délai formel de préavis. En vertu du principe selon lequel la grève est le moyen d'ultime recours à disposition des salariés pour défendre leurs conditions de travail lorsque les moyens « pacifiques » de négociation et de conciliation ont échoué, une grève ne peut toutefois jamais être déclenchée abruptement. En outre, l'obligation d'annoncer la grève découle également du principe du combat loyal évoqué par le Tribunal fédéral dans l'ATF 132 III 122 précité.
- ee) Interdiction et restriction du droit de grève pour certaines catégories de personnes**
33. L'article 28 al. 4 Cst féd prévoit en outre que la loi peut interdire le recours à la grève à certaines catégories de personnes. Cette disposition, qui fera l'objet de développements détaillés dans la deuxième partie du présent avis de droit, a pour but de permettre au législateur d'assurer le fonctionnement minimum de certains services publics dans des domaines essentiels, non seulement lorsque ces services relèvent du secteur public, mais également lorsqu'il relèvent du secteur privé (MAHON, op. cit., N 16 ad art. 28 Cst.).
- d) Conséquences d'une grève licite ou illicite**
34. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la participation d'un travailleur à une grève licite (sur le plan collectif), c'est-à-dire respectant les conditions précitées, ne viole pas les obligations découlant du contrat de travail. En effet, on ne saurait exiger que le tra-

vaillieur, syndiqué ou non, qu'il contribue, par l'exécution de son obligation de travailler, à l'échec d'une grève déclenchée dans son intérêt (ATF 125 III 277, c 3c = JdT 2000 I 240).

35. Pour concilier les intérêts collectifs et individuels, le Tribunal fédéral applique donc la théorie de la suspension en vertu de laquelle, pendant la durée de la grève, l'employeur ne saurait réclamer au travailleur sa prestation de travail et, inversement, est dispensé de son obligation de lui payer le salaire (ATF 125 III 277, c 3c = JdT 2000 I 240).
36. Cette théorie de la suspension a également vocation à s'appliquer dans le droit de la fonction publique (voir l'arrêt du TF du 23 mars 1995 in SJ 1995 p. 682 ss, c. 5 où les conditions d'application des retenues salariales en cas de grève pour les fonctionnaires genevois sont examinées).
37. Dès lors qu'une grève licite ne constitue pas une violation du contrat de travail, la participation à une grève licite ne constitue pas non plus un motif justifiant une résiliation immédiate au sens de l'article 337 CO. Lorsque l'employeur résilie le contrat en respectant le délai de préavis en raison de sa participation à la grève, ce licenciement est abusif au sens de l'article 336 CO car il vise à rendre impossible l'exercice du droit de grève garanti par l'Etat (ATF 125 III 277, c 3c = JdT 2000 I 240).
38. La participation d'un travailleur à une grève illicite constitue une violation de son contrat de travail. Cela ne signifie pas pour autant qu'un licenciement immédiat au sens de l'article 337 CO se justifie nécessairement ; en effet, pour admettre l'existence de justes motifs, il s'agit de prendre en considération l'ensemble des circonstances et de déterminer si celles-ci ne permettent réellement plus d'exiger la continuation des rapports de travail (dans ce sens Andreas AUER, Giorgio MALINVERNI et Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Vol. II, Les droits fondamentaux, 2^{ème} éd., Berne 2006, n. 1617 ; KÜSTER ZÜRCHER, op. cit, p. 303). Le licenciement ordinaire d'un travailleur en raison de sa participation à une grève illicite ne constitue en revanche jamais une résiliation abusive au sens de l'article 336 CO.
39. Des solutions similaires doivent être suivies en droit de la fonction publique. Il y sera revenu dans la troisième partie du présent avis de droit.

II. Interdiction de grève et service minimum

40. Selon l'article 28 al. 4 Cst féd, la loi peut interdire le recours à la grève à certaines catégories de personnes.

41. Comme tous les droits fondamentaux, le droit de grève peut ainsi être retreint. Cette possibilité de restriction du droit de grève ne concerne pas seulement le secteur public, mais peut également concerner le secteur privé (en tout cas lorsque des tâches de service public sont exercées par des entités de droit privé).
42. Selon l'article 36 de la Cst. féd., toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés (al. 1). Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (al. 2). Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé (al. 3). L'essence des droits fondamentaux est inviolable (al. 4).

L'article 43 de la Constitution genevoise est identique à cet article 36 Cst. féd.

43. Il s'agit donc d'examiner, pour le droit de grève, successivement ces différentes conditions de restriction prévues à l'article 36 Cst. féd.

a) Exigence d'une base légale

44. L'article 36 al. 1 Cst. féd. prévoit que toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale et que les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Lorsque le constituant parle de loi (pour les restrictions graves), et non pas uniquement de base légale, il fait référence à une loi au sens formel, c'est-à-dire une loi adoptée par le législateur selon la procédure ordinaire (et donc soumise au référendum facultatif) (Andreas AUER / Giorgio MALINVERNI / Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Vol. II, *Les droits fondamentaux*, 2^{ème} éd., Berne 2006, N. 189-191).
45. S'agissant de l'interdiction de la grève, l'article 28 al. 4 Cst. féd. prévoit expressément qu'elle doit être fondée sur la loi. De même, l'article 37 al. 2 de la Constitution genevoise prévoit que tant l'interdiction de la grève que la limitation de l'emploi de la grève afin de garantir un service minimum doivent être fondée sur une loi. Il est donc certain qu'une base légale matérielle, soit dans le canton de Genève, un règlement ou un arrêté du Conseil d'Etat, ne constitue pas une base suffisante pour interdire la grève (AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, *op.cit.*, N. 1627 ; MAHON, *op. cit.*, N. 16 ad art. 28) ou pour limiter son emploi.
46. Il ne suffit en outre pas qu'une restriction ait une base dans la loi, mais il faut encore que cette base légale présente une certaine densité normative, c'est-à-dire qu'elle soit suffisamment claire et précise. Plus une restriction est importante, plus la base légale doit être claire et précise (MAHON, *op. cit.*, N. 9 ad art. 36).

47. Dans ce contexte, la question de la délégation législative à l'Exécutif revêt une importance primordiale. Une telle délégation est admissible si la Constitution fédérale ou cantonale ne l'interdit pas, si elle est prévue dans une loi formelle, limitée à une matière déterminée et si la loi elle-même énonce dans les grandes lignes la réglementation (AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, op. cit., N. 194).
48. S'il existe une base légale pour instaurer un service minimum, les limites concrètes du droit de grève découlant de ce service minimum peuvent être fixées par ordonnance (dans ce sens KUSTER ZÜRCHER, Streik, p. 364-365). Comme indiqué plus haut, le texte de la nouvelle Constitution genevoise exige toutefois également une base légale formelle pour instaurer un service minimum ; sur ce point, la nouvelle Constitution genevoise est donc plus exigeante que la Constitution fédérale.
49. Actuellement, dans les lois genevoises sur la fonction publique, il n'existe de dispositions spécifiques ni pour interdire ou restreindre le droit de grève, ni pour instaurer un service minimum.
50. Dans son arrêt du 23 mars 1995 (publié in SJ 1995 p. 681), rendu avant l'entrée en vigueur de l'actuelle Constitution fédérale, le Tribunal fédéral avait examiné la question de la base légale de l'arrêté du Conseil d'Etat réglant l'exercice de la grève dans la fonction publique genevoise. Le Tribunal fédéral avait retenu que les dispositions générales de la Constitution genevoise (art. 101, 116 et 119), qui font du Conseil d'Etat le pouvoir exécutif cantonal et qui lui confèrent le pouvoir d'exécuter les lois et de prendre à cet effet les règlements nécessaires, ne constituaient a priori pas une base suffisante. En revanche, le Tribunal fédéral a retenu que le pouvoir réglementaire du Conseil d'Etat résultant des différentes lois applicables au personnel du secteur public donnait une base légale suffisante pour réglementer les modalités et incidences d'une grève quant aux droits et obligations des fonctionnaires (consid. 3).
51. Au vu de la teneur de l'article 28 al. 4 Cst. féd., entré en vigueur en 2000, et de l'article 37 al. 2 de la Constitution genevoise, la portée de cet arrêt de 1995 doit être nuancée. Il est en tout cas certain que le Conseil d'Etat ne pourrait pas se fonder sur l'article 33 LPAC (et sur les règles analogues contenues dans les autres lois régissant la fonction publique) pour interdire la grève dans certains secteurs. Il est en outre douteux qu'il puisse encore valablement, sur cette seule base très générale, limiter par arrêté le droit de grève en instaurant un service minimum dans certains secteurs, surtout lorsque le service minimum prévu se rapproche par ses effets d'une interdiction de grève.
52. Au vu de ces éléments, il existe de bons arguments pour soutenir que l'arrêté du Conseil d'Etat du 1^{er} septembre 2010, invoqué pour restreindre le droit de grève, dans la mesure où il ne se fonde que sur l'article 33 LPAC (et les dispositions analogues des autres lois régissant la fonction publique), est dépourvu de base légale suffisante.

53. S'agissant des dispositions des contrats de prestations (notamment des HUG et des TPG) qui prévoient l'obligation pour ces établissements autonomes, en cas de grève ou de débrayage, de garantir un service minimum, elles ne peuvent constituer une base légale permettant d'interdire le droit de grève à leur personnel ou de le contraindre à respecter un service minimum. En effet, même s'il est ratifié par le Grand-Conseil, le contrat de prestations lui-même a pour vocation de régler les relations juridiques entre les parties contractantes et il ne produit pas d'effets directs sur les fonctionnaires et employés de ces établissements, qui sont des tiers (en d'autres termes le contrat de prestations n'est pas une loi qui produit des effets à l'égard d'un nombre indéterminé de personnes).

b) Intérêt public

54. L'article 36 al. 2 Cst. féd. prévoit que toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui.
55. Pour la restriction de la plupart des libertés constitutionnelles, seuls les motifs d'ordre public (sécurité, santé, tranquillité et moralité publiques) peuvent être considérés comme étant d'intérêt public (MAHON, op. cit., N. 14 ad art. 36).
56. Pour la restriction du droit de grève (et en tout cas pour son interdiction), seuls des motifs qui se rapportent à l'existence même ou à la sécurité de l'Etat ou à la santé publique peuvent ainsi entrer en ligne de compte (AUER / MALINVERNI / HOTTE-LIER, op.cit., N. 1628). Dans son arrêt du 23 mars 1995 (publié in SJ 1995 p. 681), le Tribunal fédéral indique à ce propos que la grève ne saurait paralyser le service public dans des domaines essentiels en citant, à titre d'exemples (sans être exhaustif), 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 (consid. 4a). La doctrine cite les mêmes domaines (MAHON, op. cit., N. 16 ad art. 28 ; GARONNE, op. cit., N. 34 ; KUSTER ZÜRCHER, Streik, p. 381).
57. Certaines professions ou certains secteurs professionnels, sans relever de la fonction publique, assurent eux aussi un service essentiel en ce sens que l'interruption de leur activité pourrait porter atteinte à la vie, à la sécurité ou à la santé des personnes ; à côté des professions de la santé (qui sont exercées non seulement dans des établissements publics, mais également dans le secteur privé subventionné), on peut penser encore à tous les services de surveillance des infrastructures industrielles complexes qui posent un problème de sécurité publique, par exemples les barrages hydrauliques ou les centrales nucléaires ainsi qu'à tous les services d'approvisionnement (en eau, en électricité, en vivres, ...) indispensables à la population (Béatrice AUBERT-PIGUET, L'exercice du droit de grève, in PJA 12/06 p. 1497 ss / p. 1503).

c) Proportionnalité

58. Selon l'article 36 al. 3 Cst. féd., toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé.
59. La notion de proportionnalité est décomposée en trois éléments : (1) la mesure qui restreint le droit fondamental doit être appropriée, c'est-à-dire apte à atteindre le but visé (critère de l'aptitude); (2) elle ne doit en outre pas être excessive, c'est-à-dire plus rigoureuse que nécessaire pour atteindre le but visé (critère de la nécessité) : (3) elle doit enfin être proportionnée au but qu'il s'agit d'atteindre (critère de la proportionnalité au sens étroit). A vrai dire, le premier et le troisième éléments se distinguent peu de la condition de l'intérêt public : en effet, une restriction inappropriée ne trouve pas sa justification dans l'intérêt public et une restriction disproportionnée (au sens étroit) est le signe que l'intérêt public n'est pas prépondérant dans le cas concret (MAHON, op. cit., N. 16 ad art. 36). En définitive, c'est donc surtout le critère de la nécessité qu'il convient d'examiner.
60. S'agissant des restrictions du droit de grève, il faut donc surtout examiner s'il n'y a pas d'autres mesures envisageables qu'une interdiction pure et simple pour atteindre le but d'intérêt public visé (AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, op.cit., N. 1629). Souvent, l'instauration d'un service minimum est ainsi suffisante pour garantir l'ordre public. Il faut alors veiller à ce que ce service soit réellement minimum et ne s'approche pas d'un service normal. Comme l'indiquait le Tribunal fédéral dans son arrêt du 23 mars 1995 (publié in SJ 1995 p. 681), le principe de proportionnalité empêche que sous couvert de service minimum, la grève soit interdite à des fonctionnaires dont la présence n'est en réalité pas absolument nécessaire (consid. 4a) ; en d'autres termes, seuls les intérêts vitaux de l'Etat et des usagers doivent être protégés et le service minimum doit être limité aux opérations strictement nécessaires.
61. Le recours à des grèves partielles (portant sur une partie de l'activité), telles que des grèves des factures, pourrait constituer un moyen adéquat pour concilier les exigences d'un service minimum et le moyen de pression que constitue la grève (Salomé STÄHELIN, op. cit., p. 129-130). Des mesures symboliques, telles que le port de badges de soutien aux grévistes, devraient également être permises au personnel contraint d'assurer un service minimum.
62. Pour la mise en place d'un service minimum le plus adapté et le plus respectueux possible du principe de proportionnalité, un délai d'annonce de la grève et du nombre de grévistes pourrait se justifier. Il ne serait toutefois pas admissible que l'annonce de la participation à la grève doive se faire individuellement par chaque fonctionnaire, car une telle démarche pourrait entraîner des pressions individuelles et porter une atteinte injustifiée au droit de grève. Pour atteindre le but du service minimum, une annonce collective du nombre de grévistes, faite par les organisations syndicales, est suffisante ;

une éventuelle réduction du nombre de grévistes devrait également être négociée directement avec les syndicats, en tant que porteurs de la grève.

63. D'une manière générale, pour respecter le principe de proportionnalité, il se justifie que le service minimum ne soit pas imposé unilatéralement, mais fasse l'objet d'une entente entre les parties au conflit (service minimum négocié) (AUBERT-PIGUET, op. cit., p. 1503 ; STÄHELIN, op. cit., p. 168).

d) Garantie de l'essence du droit

64. Lorsque le droit de grève est limité, voire interdit dans certains secteurs, la question se pose de savoir si l'essence du droit est encore garantie comme l'exige l'article 36 al. 4 Cst. féd.
65. La doctrine moderne estime ainsi que les limitations portées au droit de grève, en particulier l'interdiction de grève, devraient toujours être accompagnées de garanties compensatoires, telles que l'institution de procédures de conciliation et d'arbitrage, conformes à l'exigence d'impartialité (Charles-André MORAND, Le droit de grève dans tous ses états, in Mélanges Alexandre Berenstein, Genève 1989, p. 45 ss / p. 50 ; AUBERT-PIGUET, op. cit., p. 1503 ; STÄHELIN, op. cit., p. 141-142).
66. Cette position apparaît totalement justifiée. En effet, si dans un secteur déterminé, les salariés ont l'interdiction de recourir aux moyens de combat, ils ne disposent d'aucun moyen de pression dans la négociation collective pour obtenir l'amélioration (ou éviter la péjoration) de leurs conditions de travail ; il est donc nécessaire de remplacer la possibilité de recours à la grève par une procédure de conciliation et d'arbitrage impartiale pour que le résultat de la négociation collective ne dépende pas du seul bon vouloir de l'employeur. La situation devrait être similaire dans les secteurs où l'instauration d'un service minimum prive de fait les moyens de combat de tout effet.

e) Situation actuelle à l'Etat de Genève

67. Comme nous l'avons vu dans les développements qui précèdent, il n'existe actuellement pas de base légale suffisante permettant au Conseil d'Etat d'interdire et, vraisemblablement, de restreindre le droit de grève, ni dans l'administration centrale, ni dans les établissements publics autonomes.
68. Ce probable défaut actuel de base légale est favorable au personnel, car il devrait logiquement entraîner l'annulation de toute sanction prononcée en raison du (seul) non-respect de l'arrêté du Conseil d'Etat instaurant le service minimum.
69. Cela étant, il n'est pas certain que les tribunaux suivent cette position et admettent le défaut de base légale pour les simples limitations du droit de grève. En outre, comme

exposé dans la première partie de l'avis de droit, le recours à la grève est soumis à des conditions générales qui doivent de toute façon être respectées. Parmi ces conditions figure le principe de proportionnalité dont les contours jurisprudentiels apparaissent assez flous. Dans l'ATF 132 III 122, le Tribunal fédéral a notamment retenu que le principe de la conduite du combat loyal découlait du principe de proportionnalité.

Il n'est donc pas exclu qu'en cas de non-respect d'un service minimum, les fonctionnaires participant à une grève puissent éventuellement être sanctionnés pour avoir participé à un combat déloyal et disproportionné.

70. De toute façon, d'un point de vue syndical, il apparaît en pratique impossible, malgré le défaut de base légale, de soutenir qu'aucun service minimum ne doit être assuré dans certains secteurs, en particulier aux HUG ou dans la police. Il est donc essentiel, dans ces secteurs, de faire porter le débat sur la question de la proportionnalité du service minimum. Il en va, en revanche, différemment dans d'autres secteurs, notamment les transports publics ou à l'aéroport, où la prestation de service public ne couvre pas des besoins vitaux qu'il est indispensable de maintenir en tout temps.
71. Dans ce contexte, l'argument du possible défaut actuel de base légale permet aux syndicats de se montrer stricts dans la mise en place du service minimum dans les rares secteurs où celui-ci se justifie objectivement, afin de garantir le principe de proportionnalité. Tant que le Grand Conseil n'aura pas légiféré en la matière, les syndicats, en tant que porteurs de la grève, ont la légitimité pour négocier avec l'Etat les conditions du service minimum et leur application concrète. L'Etat serait d'ailleurs malvenu de sanctionner des fonctionnaires en raison du non-respect d'un service minimum imposé unilatéralement, s'il a parallèlement refusé de mettre en place avec les syndicats un service minimum négocié.

f) Situation dans le secteur parapublic

72. Comme indiqué plus haut, la problématique de l'interdiction de la grève ou du service minimum ne se pose pas uniquement dans la fonction publique, mais également dans le secteur privé, lorsque des tâches d'intérêt public sont confiées à des acteurs de droit privé. Dans le canton de Genève, on peut notamment penser au secteur des EMS, de l'éducation spécialisée, de l'animation socioculturelle ou encore de la petite enfance.
73. Les conditions de restriction de la grève, à savoir la base légale, l'intérêt public et la proportionnalité, s'appliquent également dans le secteur privé. La différence principale concerne la question de la base légale. En effet, dans le secteur privé, les rapports de travail relèvent exclusivement du droit fédéral (art. 110 et 122 Cst. féd.) de sorte que le législateur cantonal ne peut pas légiférer directement dans ce domaine. A mon avis, il est toutefois envisageable que le législateur cantonal réglemente le service minimum dans le cadre des lois qui règlent ces secteurs d'intérêt public délégués à des acteurs privés, tels que la loi sur la gestion des établissements pour personnes âgées (LGEPA, J 7 20).

74. A l'heure actuelle, il n'existe ni dans le canton de Genève (ni à ma connaissance dans d'autres cantons) de bases légales permettant d'interdire la grève ou d'instaurer un service minimum dans le secteur parapublic.

Cela étant, dans le secteur parapublic, les conditions de travail sont fréquemment régies par des conventions collectives, de sorte que le recours à la grève n'est pas possible pendant la durée de validité de celles-ci s'agissant des matières réglées dans la convention (art. 357a al. 2 CO). Ces conventions collectives peuvent également prévoir expressément une clause de paix absolue interdisant le recours à la grève également pour des matières non réglées dans la convention (art. 357a al. 2, 2^{ème} phr. CO).

III. Sanctions administratives et pénales en cas de grève

75. Lorsque le recours à la grève est licite, aucune sanction ne peut être prononcée à l'encontre des fonctionnaires. En outre, l'article 19 LPAC prévoyant que nul ne peut être licencié pour activité syndicale trouve application de sorte qu'un licenciement ordinaire prononcé en raison de la participation à une grève licite doit être annulé. Cette disposition doit à mon avis primer sur l'article 31 al. 2 et 3 LPAC qui ne permet pas à la Chambre administrative d'annuler les licenciements, mais uniquement de proposer la réintégration, en cas de refus, de fixer une indemnité.
76. Cela étant, il est possible qu'à l'occasion d'une grève licite des actes illicites aient été commis par des fonctionnaires (notamment des déprédations, des violations du secret de fonction, des actes de contrainte, ...). Dans de tels cas, la grève reste licite, mais les fonctionnaires concernés peuvent être sanctionnés en raison des actes illicites commis à l'occasion de cette grève.
77. En outre, en cas de grève, les fonctionnaires doivent choisir soit de participer à la grève (ce qui entraîne une suspension de leur droit au traitement), soit de continuer à travailler. S'ils choisissent la deuxième option, ils restent tenus par l'ensemble de leurs devoirs de service ; ils ne peuvent donc pas, à mon avis, choisir une solution intermédiaire revenant à accomplir partiellement leurs tâches. Dans un tel cas, ils pourraient être sanctionnés du fait de cette exécution incomplète, qui constitue une violation des devoirs de service.

a) Sanctions administratives

78. La participation d'un fonctionnaire à une grève illicite constitue une violation des devoirs de service.
79. Si l'Etat de Genève estime qu'un fonctionnaire doit être sanctionné de ce fait, il doit respecter la procédure disciplinaire prévue à l'article 16 LPAC. En particulier, si le retour au statut d'employé en période probatoire pour une durée maximale de trois ans

ou la révocation sont envisagés, une enquête administrative doit être ordonnée préalablement (art. 27 al. 2 LPAC) et la procédure prévue à l'article 27 al. 3 à 5 LPAC doit être respectée.

80. Le catalogue des sanctions disciplinaires est défini à l'article 16 LPAC. La détermination de la sanction applicable est du ressort de l'autorité compétente qui dispose d'une large marge d'appréciation. Le principe de proportionnalité doit toutefois être respecté dans le choix de la sanction.
81. Sur le plan du droit administratif, la sanction la plus sévère est la révocation avec effet immédiat (art. 16 al. 2 LPAC). Il est même possible de suspendre le fonctionnaire, avec suppression de son traitement, pendant la durée de l'enquête administrative (art. 28 al. 3 LPAC) et de prévoir ensuite sa révocation avec effet immédiat rétroagisse au jour de l'ouverture de l'enquête administrative (art. 28 al. 4 LPAC).
82. Les sanctions disciplinaires peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la Chambre administrative (art. 30 al. 2 LPAC). Le blâme, prononcé par le supérieur hiérarchique, doit toutefois faire préalablement l'objet d'un recours hiérarchique devant la conseillère ou le conseiller d'Etat chargé du département ou la direction générale de l'établissement (art. 30 al. 1 LPAC).
83. Saisie d'un recours, la Chambre administrative peut annuler la sanction prononcée ou prononcer une sanction plus légère lorsqu'elle juge que le principe de la proportionnalité a été violé.
84. Toutefois, si une révocation est prononcée, le régime de l'article 31 LPAC (qui concerne les licenciements ordinaires) est applicable sauf si la Chambre administrative constate l'absence de violation des devoirs de services. Cela signifie que la Chambre administrative peut annuler une révocation si elle juge qu'aucune violation de devoirs de service n'a été commise par le fonctionnaire visé, mais qu'elle ne peut pas annuler la révocation et la remplacer par une sanction plus légère lorsqu'elle juge la révocation disproportionnée ; dans ce dernier cas, elle doit procéder conformément à l'article 31 LPAC, c'est-à-dire proposer la réintégration et, en cas de refus de l'autorité compétente, fixer une indemnité de 24 mois de traitement au maximum.

b) Sanctions pénales

85. Il n'existe pas en droit suisse de disposition pénale spécifique sanctionnant la participation à une grève illicite. Il arrive en revanche fréquemment qu'à l'occasion d'une grève, licite ou illicite, des actes soient commis qui tombent sous le coup de dispositions pénales de droit commun, telles que les dommages à la propriété (art. 144 CP), la violation de domicile (art. 186 CP), la diffamation (art. 173 CP), la calomnie (art. 174 CP), l'injure (art. 177 CP), les menaces (art. 180 CP), la contrainte (art. 181 CP), ... Il convient d'examiner, dans chaque cas, si les conditions d'application de chacune de

ces différentes infractions sont remplies. Il sied toutefois de préciser que la seule participation à une grève licite, c'est-à-dire la seule cessation de la prestation de travail, ne peut pas être constitutive d'une infraction pénale : en particulier, la grève est un moyen de pression licite sur l'employeur de sorte que l'infraction de contrainte ne saurait être réalisée. En revanche, l'existence d'une grève licite ne constitue jamais un fait justificatif permettant aux grévistes de porter atteinte aux biens juridiques de l'employeur protégés par le droit pénal.

86. Dans le cadre de la grève des laborantins, les HUG avaient déposé une plainte pénale pour mise en danger de la vie ou de la santé d'autrui (art. 127 CP) car, du fait du non-respect du service minimum dans certains laboratoires, des résultats d'analyses urgents auraient mis de trois à cinq heures à être délivrés aux équipes soignantes concernées.

Il convient donc d'examiner si cette incrimination pouvait réellement entrer en ligne de compte dans le cas d'espèce.

87. Selon l'article 127 CP, celui qui, ayant la garde d'une personne hors d'état de se protéger elle-même ou le devoir de veiller sur elle, l'aura exposée à un danger de mort ou à un danger grave et imminent pour la santé, ou l'aura abandonnée en un tel danger, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Les six éléments constitutifs de l'infraction sont donc les suivants :

Sur le plan objectif :

- (a) un auteur se trouvant en position de garant ;
- (b) face à une victime hors d'état de se protéger ;
- (c) expose ou abandonne la victime ;
- (d) à un danger de mort, ou à un danger grave et imminent pour la santé ;
- (e) un lien de causalité ;

Sur le plan subjectif

- (f) l'intention.

88. Pour admettre l'existence d'une position de garant (a), il faut que l'auteur ait un devoir de garde ou un devoir de veiller sur autrui. Le devoir de veiller découle de la loi ou d'un contrat, tel que le devoir contractuel d'une infirmière ou d'une nurse. Le devoir de garde peut résulter d'une simple situation de fait tel qu'un risque pris en commun. Ce qui compte dans les deux cas, c'est le devoir de veiller sur la victime. Le devoir de protection doit en outre préexister à la situation de danger. Au vu de ces éléments, il apparaît que le personnel soignant des HUG se trouve bien dans une position de garant à l'égard des personnes hospitalisées.

Il faut aussi admettre que les personnes hospitalisées sont souvent des tiers hors d'état de se protéger elles-mêmes (b), puisqu'elles ne sont pas en mesure de sauvegarder ou de retrouver leur intégrité corporelle ou leur santé.

89. L'article 127 CP suppose toutefois encore que l'auteur expose ou abandonne la victime (c) à un danger de mort à un danger grave et imminent pour la santé (d) et qu'il existe un lien de causalité entre ces deux conditions (e).

La première hypothèse se rapporte à un comportement actif et incrimine le fait d'exposer la victime à un danger concret alors que l'auteur est censé la protéger. C'est l'auteur lui-même qui expose la victime à une source de danger. La deuxième hypothèse vise un comportement passif qui consiste à abandonner la victime alors qu'elle se trouve aux prises avec une situation de danger, que l'auteur n'a pas créée lui-même. Toute omission des mesures de protection commandées par les circonstances réalise le comportement typique, y compris lorsque l'auteur ne reste pas complètement passif, mais omet néanmoins de fournir toute l'aide que l'on pouvait exiger de sa part. L'abandon peut consister aussi bien à s'en aller qu'à rester sur place sans rien faire d'utile.

A mon avis, ces conditions ne peuvent être réalisées que s'il existe une proximité temporelle entre l'acte reproché et le danger encouru. Dans le cas d'une grève, ces conditions pourraient être réalisées si un soignant abandonne son poste pour participer à une grève alors que des soins sont en cours. Elle n'est en revanche pas remplie lorsque le soignant annonce suffisamment tôt sa participation à la grève, puisqu'on ne peut parler dans un tel cas de réelle exposition ou mise en danger et de lien de causalité avec un danger imminent. Même si le but du service minimum est de garantir les soins, le simple fait de ne pas respecter celui-ci n'est pas constitutif de l'infraction de l'article 127 CP ; cette conclusion s'impose d'autant plus si ledit service minimum ne repose pas sur une base légale valable ou s'il viole le principe de proportionnalité.

IV. Conclusions

90. Au vu des développements du présent avis de droit, il est possible de tirer les conclusions suivantes :
- Le recours à la grève est possible, aux conditions prévues par l'article 28 Cst. féd. et par la jurisprudence, tant dans le secteur privé que dans le secteur public ;
 - L'interdiction de la grève à certaines catégories de personnes suppose une intervention du législateur (loi soumise au référendum) ; au vu du texte de la Constitution genevoise, il faut admettre qu'une intervention du législateur est également nécessaire pour instaurer un service minimum dans certains secteurs ;
 - L'interdiction de la grève ou l'instauration d'un service minimum ne sont possibles que pour garantir l'ordre public, à savoir principalement la sécurité des personnes et des biens et la santé publique ;

- L'interdiction de la grève ou l'instauration d'un service minimum doivent respecter le principe de proportionnalité : les mesures prises doivent être absolument indispensables pour atteindre le but d'ordre public visé ;
- Pour garantir le principe de proportionnalité, la mise en place du service minimum devrait être négociée avec les organisations syndicales et non pas imposée unilatéralement par l'Exécutif ou la hiérarchie ;
- Dans les secteurs où le recours à la grève est valablement interdit ou limité, l'Etat doit mettre en place des procédures de conciliation et d'arbitrage impartiales ;
- Il n'existe pas actuellement dans le canton de Genève de base légale permettant d'interdire à certaines catégories de personnes le recours à la grève ; il n'existe pas non plus de base légale dans le canton de Genève pour limiter le droit de grève et instaurer un service minimum ;
- Lorsque les conditions du droit de grève sont remplies, les fonctionnaires – comme les travailleurs du secteur privé – peuvent valablement suspendre leur prestation de travail et ne peuvent pas être sanctionnés de ce fait ; dans le secteur privé, un licenciement prononcé pour ce motif est abusif (art. 336 CO) ; à l'Etat de Genève, il doit être annulé en vertu de l'article 19 LPAC ou de l'article 30 al. 3 LPAC ;
- La participation à une grève illicite constitue une violation des devoirs de service ; elle peut entraîner le prononcé de sanctions disciplinaires ;
- Les fonctionnaires peuvent être sanctionnés disciplinairement ou pénalement pour des actes illicites commis à l'occasion d'une grève, même si celle-ci est licite.

En espérant avoir répondu à vos questions et en restant à votre disposition pour tout renseignement complémentaire, je vous prie de croire, Mesdames, Messieurs, à l'expression de mes sentiments les meilleurs.


 Christian BRUCHEZ