

AVIS
sur la contribution de soutien
selon l'art. 128a
de la loi sur le personnel
de l'Etat de Fribourg

par

Me Gabriel AUBERT
professeur honoraire à la Faculté de droit
de l'Université de Genève
ancien juge suppléant au Tribunal fédéral
ancien président de la Chambre genevoise
des relations collectives de travail

pour

L'ETAT DE FRIBOURG
Direction des finances
Fribourg

21 août 2017

AUBERT NEYROUD & STÜCKELBERG

7, rue François-Versonnex – 1207 Genève
Compte provisionnel 14A01650

I. LES DEUX ORGANISATIONS SYNDICALES

1. Le SSP est un syndicat des services publics. Il a porté le nom de V.P.O.D. depuis 1924 et, depuis 1982, celui de *SSP - Syndicat des services publics*. Il constitue une des fédérations de l'Union syndicale suisse.

<http://ssp-vpod.ch/le-ssp/histoire/>. Dans les références à internet, ci-dessous, la date de consultation déterminante est celle du présent avis.

2. Il revendique plus de 35'000 membres dans toute la Suisse.

<http://ssp-vpod.ch/>

3. Il est en général considéré comme pratiquant un syndicalisme radical.

Bernard DEGEN, in Dictionnaire historique de la Suisse
<http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F16490.php>

4. La Fédération des associations du personnel des services publics du canton de Fribourg (FEDE) a été fondée en 1946 ; son but est de

coordonner les efforts de ses membres, en vue de la défense des intérêts spirituels, moraux et économiques des associations et des sociétés affiliées.

Citation tirée de l'avis de droit de Mes Luke H. GILLON et Suat AYAN à la FEDE, du 31 mai 2016, p. 9 (ci-dessous, avis précité).

5. C'est une association faîtière regroupant les associations du personnel actives auprès de l'Etat de Fribourg. Elle défend les intérêts généraux du personnel.

Avis précité, p. 9.

6. La FEDE a connu des difficultés importantes dans les années '90 et a scellé un partenariat avec le SSP pour sortir de l'impasse où elle se trouvait.

<https://www.fede.ch/fr/la-fede/histoire-de-la-fede/>

7. La FEDE regrouperait environ 4'000 membres.

Avis, précité, p. 12.

8. Quelle que soit leur dénomination, le SSP et la FEDE exercent des activités syndicales, puisqu'elles défendent les intérêts de leurs membres, collaborateurs, envers l'Etat de Fribourg, leur employeur.

II. LA CONTRIBUTION DE SOUTIEN

9. Le 17 octobre 2001, l'Etat de Fribourg a adopté une nouvelle loi sur le personnel de l'Etat. Cette loi prévoit une consultation du personnel sur les projets de dispositions légales et sur les projets de décisions de portée générale qui le concernent.

Art. 123 *Droit à la consultation et à l'information*

¹ Le personnel a le droit d'être consulté et informé préalablement sur les projets de dispositions légales et sur les projets de décisions de portée générale qui le concernent.

Art. 123 al. 1 de la loi du 17 octobre 2001 sur le personnel de l'Etat (LPers).

10. Dans le cadre de la procédure de consultation, l'Etat reconnaît comme partenaires certaines organisations, dont la FEDE.

Art. 128 *Partenaires reconnus*

¹ Dans le cadre du droit à la consultation et à l'information par l'intermédiaire des associations de personnel, tel qu'il est prévu à l'article 123, l'Etat reconnaît comme partenaires la Fédération des associations du personnel des services publics du canton de Fribourg, l'Association des cadres supérieurs et magistrats, magistrates de l'Etat de Fribourg, l'Association fribourgeoise des magistrats de l'ordre judiciaire, les associations professionnelles et les organisations syndicales.

Art. 128 al. 1 LPers.

11. Les partenaires reconnus peuvent bénéficier d'une contribution de soutien, prélevée facultativement sur le salaire des membres du personnel (contribution de soutien facultative).

Art. 128a Contribution de soutien facultative

¹ *Le collaborateur ou la collaboratrice engagé-e pour une période indéterminée est appelé-e à verser facultativement une contribution annuelle de soutien en faveur de la Fédération des associations du personnel des services publics du canton de Fribourg.*

² *La contribution sert à financer une partie des frais administratifs de la Fédération en tant que partenaire reconnu au sens de l'article 128.*

³ *La contribution est prélevée automatiquement sur le traitement. Elle est présumée acceptée, à moins que le collaborateur ou la collaboratrice n'exprime expressément son refus.*

Art. 128a al. 1 à 3 LPers.

12. Le montant de la contribution est de CHF 2 par mois. Il est prélevé sauf opposition écrite de l'intéressé, selon une formule établie d'entente entre la FEDE et le Service du personnel et d'organisation. Le refus peut être formulé ou retiré en tout temps.

Art. 2 Montant de la contribution de soutien facultative

¹ *Le montant de la contribution de soutien facultative (ci-après : la contribution) s'élève à 2 francs par mois (24 francs par an).*

Art. 3 Acceptation ou refus du prélèvement

¹ *L'acceptation du prélèvement de la contribution est présumée.*

² *Le collaborateur ou la collaboratrice qui ne désire pas que la contribution soit prélevée doit le communiquer par écrit au centre de paie dont il ou elle dépend.*

Art. 4 Modalités

¹ *Lors de son engagement, le collaborateur ou la collaboratrice reçoit, en annexe à son contrat, une documentation lui permettant de déclarer son refus du prélèvement de la contribution. La documentation est établie d'entente entre la Fédération des associations du personnel des services publics du canton de Fribourg et le Service du personnel et d'organisation.*

² *Dans le délai prévu pour la signature et le renvoi de son contrat, le collaborateur ou la collaboratrice peut envoyer sa déclaration de refus à l'adresse indiquée sur la documentation. Passé ce délai, à défaut de réception de la déclaration de refus, la contribution est prélevée avec effet à la date de l'engagement.*

³ *Le collaborateur ou la collaboratrice peut en tout temps déclarer son refus du prélèvement ou révoquer sa précédente déclaration de refus. Il ou elle le signale par écrit auprès du centre de paie dont il ou elle dépend. Dans ce cas, la cessation du prélèvement de la contribution ou, au contraire, la perception de la contribution prend effet le mois suivant la déclaration de refus ou la révocation de celle-ci.*

Art. 5 Versement des contributions

Les contributions sont versées à la comptabilité générale de l'Etat. Celle-ci les reverse à la Fédération des associations du personnel des services publics du canton de Fribourg, sur le compte indiqué par celle-ci.

Art. 2 al. 1, 3 al. 1 et 2, 3 al. 1 à 3, et 5 de l'ordonnance du 12 décembre 2006 relative à la contribution de soutien en faveur des associations de personnel.

13. En 2015, le SSP a démissionné de la FEDE et a obtenu, le 9 juillet de cette même année, la qualité de « partenaire reconnu » au sens de l'art. 128 al. 1 LPers. Cependant, ayant quitté la FEDE, il ne reçoit plus aucune part de la contribution de soutien.

Avis précité, p. 1.

III. LE FINANCEMENT DES ACTIVITES SYNDICALES

14. Aujourd'hui, dans ses rapports, comme partenaire reconnu, avec l'Etat de Fribourg, le SSP finance ses activités au moyen des cotisations de ses membres.
15. Le financement des activités de la FEDE est différent. Il découle de trois sources : les cotisations des membres (comme le SSP) et, en outre, une subvention annuelle, versée par l'Etat, et la contribution de soutien. Le total annuel des cotisations serait de quelque CHF 25'000 par an. La subvention serait de CHF 20'000 par an et les contributions remises à la FEDE se monteraient à quelque CHF 250'000 par an.

Avis précité, p. 10.

16. Les ressources de la FEDE, dont la subvention et la contribution de soutien, permettent à celle-ci de rétribuer ceux de ses membres qui acceptent d'être délégués dans ses diverses commissions et d'y travailler.

Avis, précité, p. 10.

17. Selon sa situation financière, grâce à la subvention et à la contribution de soutien, la FEDE peut rembourser à ses membres, partiellement, leur cotisation.

Avis, précité, p. 10.

IV. QUESTION A RESOUDRE

18. Le SSP demande à bénéficier, comme la FEDE, de la contribution de soutien prévue par la loi sur le personnel de 2001.

19. Il fonde sa revendication sur deux avis de droit, sollicités par lui, de Me Christian DANDRES, des 3 février et 12 juillet 2016.

20. Le SSP propose que chaque association de personnel puisse recevoir la contribution de soutien et

accorder au collaborateur le choix, par exemple lors de son engagement, de désigner celle à qui le versement sera fait.

Avis précité (ch. 4 ci-dessus), p. 14.

21. Selon un autre avis de droit, sollicité par la FEDE et rédigé par Mes Luke H. GILLON et Suat AYAN le 31 mai 2016, un refus d'allouer au SSP une part des contributions de soutien ne serait pas contraire au droit fédéral.

22. L'association des magistrats a refusé de bénéficier de la contribution de soutien, considérant cette dernière comme une

ingérence de l'Etat dans les activités des associations du personnel.

Avis précité, p. 8.

23. La question est de savoir si les prétentions du SSP sont bien fondées.

V. LIBERTE SYNDICALE DANS LE SECTEUR PUBLIC

24. Le Tribunal fédéral a rendu en 2002 un arrêt de principe sur le droit d'être entendu des organisations syndicales.

ATF 129 I 113.

25. Il a posé que les organisations syndicales ne jouissent en principe pas d'un droit de négocier les conditions de travail, l'Etat ayant seul autorité pour régir ces conditions dans le cadre de la loi. Cependant, elles jouissent d'un droit d'être entendu sur les questions importantes concernant les conditions de travail au sein de la fonction publique.

ATF 129 I 113 consid. 1.3 et 3.4.

26. Les organisations syndicales loyales et représentatives apparaissent ainsi comme des interlocuteurs valables et « obligatoires » des pouvoirs publics (les guillemets sont du Tribunal fédéral) dans les procédures d'adoption de lois ou de règlements.

ATF 129 I 113 consid. 3.4.

27. Dans un arrêt postérieur, de 2014, le Tribunal fédéral est allé plus loin. Il a reconnu que les syndicats loyaux et représentatifs, dans le secteur public, ne bénéficient pas seulement du droit d'être entendus : ils sont titulaires de la liberté syndicale collective, sous réserve des prérogatives de l'Etat en matière législative (art. 28 Cst. féd.).

ATF 140 I 257 consid. 5.1.1 et 5.1.2. Voir aussi ATF 134 I 269 consid. 3.3.1 et ATF 2C_589/201 du 8 mars 2017 consid. 7.3.

28. La procédure de consultation prévue aux art. 123 et 128 al. 1 LPers (ci-dessus) vise à reconnaître et à organiser le droit d'être entendues des organisations syndicales de la fonction publique du canton de Fribourg et d'exercer, ainsi, leur liberté syndicale collective.

29. Il n'est pas contesté que tant la FEDE que le SSP, en leur qualité de partenaires reconnus, jouissent effectivement de leur droit d'être entendus. En revanche, les parties divergent sur les conditions d'exercice du droit d'être entendu, c'est-à-dire sur le mode de financement de leurs activités.

VI. CONTRIBUTION DE SOUTIEN ET LIBERTE SYNDICALE

1. Différence de traitement

30. La liberté syndicale de la FEDE, d'une part, et du SSP, d'autre part, s'exerce dans des conditions différentes.
31. La différence de traitement doit être considérée comme substantielle. En effet, la préparation de la correspondance et des séances, de même que la participation à ces dernières, incombe à des personnes dont il convient de rétribuer les activités.
32. Or, à cet égard, le SSP se trouve placé dans une situation d'infériorité par rapport à la FEDE. Le premier doit financer ses activités entièrement de sa propre poche, c'est-à-dire au moyen des cotisations qu'il prélève, alors que la seconde, outre les cotisations de ses membres, reçoit une subvention de l'Etat et une somme considérable au titre de la contribution de soutien.
33. La question est de savoir si cette différence de traitement est admissible en regard de la liberté syndicale garantie par l'art. 28 Cst. féd.
34. Selon l'avis précité, il suffirait, à cet égard, que l'Etat de Fribourg choisît une solution « défendable ».
- Avis précité, p. 5.
35. En réalité, les exigences constitutionnelles sont plus strictes, comme il découle de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

2. Liberté syndicale et interdiction de la discrimination

a) Principes

36. Titulaire de la liberté syndicale collective, le syndicat bénéficie du droit de ne pas subir, de la part de l'Etat employeur, une discrimination incompatible avec la liberté syndicale.

ATF 129 I 113 consid. 1.5.

37. Comme le dit le Tribunal fédéral,

l'un des aspects importants de la liberté syndicale est le droit, pour les syndicats de la fonction publique, de ne pas subir de discriminations de la part de l'Etat employeur.

Ibidem.

38. La liberté syndicale comporte un aspect individuel et un aspect collectif.

On distingue la liberté syndicale individuelle de la liberté syndicale collective. La liberté syndicale individuelle donne au particulier le droit de contribuer à la création d'un syndicat, d'adhérer à un syndicat existant ou de participer à son activité (liberté syndicale positive) ainsi que celui de ne pas y adhérer ou d'en sortir (liberté syndicale négative), sans se heurter à des entraves étatiques. Quant à la liberté syndicale collective, elle garantit au syndicat la possibilité d'exister et d'agir en tant que tel, c'est-à-dire de défendre les intérêts de ses membres.

ATF 129 I 113 consid. 1.3. Souligné par nous.

39. L'Etat employeur doit donc respecter l'égalité de traitement dans le cadre de la liberté syndicale collective en ce qui concerne les conditions de défense des intérêts des membres.

40. Selon une jurisprudence constante, rappelée notamment à propos de la liberté syndicale,

une décision viole le principe de l'égalité lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire

lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante.

ATF 129 I 113 consid. 5.1.

41. Le Tribunal fédéral a déclaré contraire à la liberté syndicale une différence de traitement visant à favoriser l'émergence d'un monopole syndical, qui porterait atteinte à la pluralité syndicale :

En particulier, l'Etat n'a pas à favoriser l'émergence d'un monopole syndical sous la forme d'un «syndicat d'Etat»; la liberté syndicale présuppose au contraire une pluralité de syndicats.

ATF 129 I 113 consid. 5.3.

42. Dans le cas particulier, le Tribunal fédéral a retenu que le fait de traiter différemment un syndicat en raison des opinions de ce dernier entraîne une violation de l'égalité de traitement incompatible avec la liberté syndicale.

ATF 129 I 113 consid. 5.2.

43. Il découle textuellement de la décision précitée que l'atteinte à la liberté syndicale découle déjà de la différence de traitement. Une telle atteinte ne suppose pas la disparition du syndicat minoritaire ; il suffit qu'elle découle d'une inégalité de traitement.

Contra : avis précité, p. 13-14.

b) La volonté de favoriser l'émergence d'un interlocuteur unique

44. Selon l'avis sollicité par la FEDE, la justification essentielle de la différence de traitement entre la FEDE et le SSP réside dans la volonté de l'Etat de « conserver un interlocuteur privilégié », volonté qui serait clairement d'intérêt public.

Avis précité, p. 14.

45. Cette volonté aurait d'ailleurs été manifestée par le Conseil d'Etat, lorsqu'il a justifié le financement des activités de la FEDE. En effet, le Conseil d'Etat a voulu éviter les difficultés éprouvées

par certains gouvernements de cantons voisins quant à la multiplicité des interlocuteurs en présence dans le cadre des négociations annuelles sur le statut du personnel.

Avis précité, p. 13. Nous soulignons.

46. Or, on l'a vu, la liberté syndicale garantit le droit à la pluralité syndicale. L'objectif d'avoir un interlocuteur unique sape la règle de la pluralité. Il n'est donc pas compatible avec la liberté syndicale.
47. Au demeurant, le moyen utilisé ne permet pas d'atteindre la cible. En effet, le Conseil d'Etat a reconnu le SSP comme interlocuteur, aux côtés de la FEDE. C'est dire que l'Etat, de toute façon, admet de traiter avec plusieurs syndicats. Sous cet angle, l'objectif est obsolète.
48. La question de l'égalité de traitement reste toutefois entière, car, en privant le SSP de la contribution de soutien, l'Etat de Fribourg favorise la FEDE, à une fin reconnue comme non admissible par le Tribunal fédéral, soit l'émergence ou la consolidation d'une organisation plus forte que l'autre, tendant à un monopole.

c) L'action en faveur de tout le personnel

49. Selon l'avis sollicité par la FEDE, l'objectif du Conseil d'Etat serait d'aider la FEDE au motif que son action bénéficie à tous le personnel de l'Etat. Cet objectif justifierait l'inégalité de traitement.

Avis précité, p. 3.

50. Cet argument n'est pas convaincant. En effet, dès lors que le SSP participe aux discussions comme partenaire reconnu, ses interventions bénéficient, elles aussi, à l'ensemble du personnel.
51. C'est d'ailleurs sans doute en raison de l'action du SSP en faveur du personnel de l'Etat que le Conseil d'Etat a admis le SSP comme un partenaire reconnu.

52. Ainsi, le fait que la FEDE agisse dans l'intérêt de tout le personnel de l'Etat ne justifie pas l'inégalité de traitement.

d) *L'aide à la survie de la FEDE ?*

53. Selon l'avis précité, le refus du partage de la contribution de solidarité entre la FEDE et le SSP aurait pour but d'assurer la pérennité de la FEDE.

Avis précité, p. 3.

54. Cependant, il n'est pas établi que, en cas de partage de la contribution de soutien avec le SSP, la FEDE, qui regroupe quelque 4'000 membres, risquerait de disparaître.

55. Quoiqu'il en soit, selon la doctrine, une organisation ne peut être reconnue comme syndicat que si elle dispose d'une autonomie financière qui la rende indépendante de l'employeur.

Cf. Frank VISCHER et Andreas C. ALBRECHT, Commentaire zurichois 2006, N 46 ad art. 356 CO : « *der Verband darf nicht von der wirtschaftlichen Unterstützung der Gegenpartei abhängig sein* ». Dans le même sens la doctrine unanime : cf. par exemple Jean-Fritz STÖCKLI, Commentaire bernois 1999, N 31 ad art. 356 CO ; Christian BRUCHEZ in Droit collectif du travail, Bâle 2010 N 25 ad art. 356 CO.

56. Ainsi, si elle ne pouvait pas survivre sans l'aide de l'employeur, la FEDE ne jouirait pas de l'autonomie financière indispensable à son indépendance.

57. Or, le but de soutenir une organisation financièrement dépendante, au détriment d'un syndicat indépendant, ne saurait être considéré comme légitime en regard de la liberté syndicale.

e) *La politique du syndicat*

58. Il est possible que la FEDE défende des opinions et soutienne des revendications plus modérées que celles du SSP. L'employeur pourrait donc éprouver la tentation de favoriser la première.

59. Un tel objectif serait clairement contraire à la jurisprudence, selon laquelle l'Etat doit accepter qu'une organisation syndicale défende des idées qui lui déplaisent.

ATF 129 I 113 consid. 5.2 in fine.

60. La différence de traitement fondée sur la volonté de favoriser l'organisation la plus modérée ne saurait donc être considérée comme reposant sur un motif objectif et raisonnable.
61. Dès lors, la nature et la portée des divergences entre l'Etat employeur et le syndicat ne sauraient justifier l'inégalité de traitement quant à la contribution au financement des activités du SSP.
62. Demeurent réservées les conséquences découlant de l'exigence de loyauté du syndicat, traitées ci-dessous.

f) Le risque de diminution des ressources affectées au dialogue social

63. Comme le prévoit l'ordonnance du 12 décembre 2006 relative à la contribution de soutien en faveur des associations de personnel, les collaborateurs de l'Etat sont présumés accepter le prélèvement de la contribution, sauf s'ils formulent une opposition par écrit.
64. Selon l'avis précité, un partage de la contribution de soutien entre la FEDE et le SSP pourrait nuire à la volonté des collaborateurs de payer cette contribution et réduire ainsi les ressources affectées au dialogue social. En effet, si les intéressés étaient appelés à choisir de contribuer aux activités de la FEDE ou du SSP, ils risqueraient

finalement de ne pas contribuer.

Avis précité, p. 14.

65. Cet argument donne à penser que la présomption d'acceptation du prélèvement, résultant de l'ordonnance précitée, tend à orienter implicitement la volonté des collaborateurs de façon qu'ils acceptent de fournir une contribution qui, en fait, bénéficie à la FEDE.

66. Une telle orientation ne serait pas compatible avec la liberté syndicale.
67. En effet, orienter la volonté des collaborateurs en faveur d'une solution qui, en pratique, favorise un syndicat plutôt qu'un autre, serait contraire au pluralisme et, par conséquent, à la liberté syndicale.

g) La liberté syndicale individuelle

68. Une inégalité de traitement portant atteinte à la liberté syndicale collective peut aussi entraîner une atteinte à la liberté syndicale individuelle, par exemple lorsque les salariés sont placés devant le dilemme de choisir entre deux syndicats dont l'un ne dispose pas, à tort, des mêmes prérogatives que l'autre.

ATF 129 I 113 consid. 5.6 ; voir aussi ATF 4A_248/2010 consid. 4.2, avec référence à l'ATF 121 III 168 consid. 3a.

69. Or, les collaborateurs affiliés à la FEDE bénéficient d'un avantage personnel, dès lors que la contribution de soutien permet au syndicat de leur rembourser une partie de la cotisation. Cet avantage est refusé aux membres du SSP.
70. L'avis précité indique d'ailleurs expressément qu'une des raisons d'être de la contribution de soutien serait d'aider à la réduction des cotisations individuelles des membres de la FEDE.

Avis précité, p. 3.

71. Certes, le collaborateur du SSP peut s'opposer au prélèvement, sur son traitement, de la contribution de soutien. Il n'en reste pas moins que le remboursement partiel de la cotisation des membres de la FEDE est financé par les contributions de tous les collaborateurs « payants » de la fonction publique, syndiqués ou non. Les collaborateurs « payants » financent donc en partie la cotisation syndicale des membres de la FEDE, à l'exclusion de celle des membres du SSP.
72. Un tel avantage octroyé aux membres de la FEDE est de nature à porter atteinte à l'image du SSP, dont les membres ne bénéficient pas de la même prérogative.

73. Cette différence de traitement fait apparaître le SSP comme un syndicat de seconde zone, image qui risque de porter à la liberté syndicale individuelle des membres du SSP.
74. Le risque est d'autant plus élevé que le SSP, à la différence de la FEDE, ne bénéficie ni d'une subvention ni de la contribution de soutien.
75. Le risque est donc substantiel que la différence de traitement soit considérée comme portant atteinte non seulement à la liberté syndicale collective du SSP, mais aussi à la liberté syndicale individuelle de ses membres.

3. Le choix déterminant du législateur fédéral (art. 356 al. 4 CO)

76. Les considérations qui précèdent suffisent à établir, à notre avis, qu'il est contraire à la liberté syndicale de refuser au SSP une participation à la contribution de soutien.
77. A cela s'ajoute un autre argument, qui devrait dissiper tout doute.
78. Le Tribunal fédéral a expressément reconnu que les syndicats du secteur public bénéficient de la liberté syndicale consacrée à l'art. 28 al. 1 Cst. féd., au même titre que les syndicats du secteur privé, dans la mesure où le rôle de l'Etat législateur ne s'y oppose pas. Il s'est du reste référé, dans ses décisions les plus récentes, à la jurisprudence de droit privé définissant les contours de la liberté syndicale, les solutions de droit privé étant ainsi appliquées par analogie au droit de la fonction publique.

ATF 140 I 257 consid. 5.2.1 et 5.2.2.
79. Dans cette perspective, le Tribunal fédéral a comparé, d'une part, le rôle du syndicat comme interlocuteur obligatoire, dans le secteur public, avec, d'autre part, son rôle comme partenaire dans le secteur privé.

ATF 129 I 113 consid. 3.4. prolongé par ATF 140 I 257 consid. 5.1 et 5.2.
80. Or, en droit privé, pour protéger la liberté syndicale sous l'angle du pluralisme, le législateur fédéral a expressément prévu que si plusieurs syndicats sont parties à une convention collective avec un employeur, ces

syndicats ont les mêmes droits et obligations. Le droit fédéral déclare nul tout accord contraire.

Art. 356 al. 4 CO.

81. Cette règle de l'égalité des syndicats, statuée en droit privé (ou règne pourtant, en principe, la liberté contractuelle), s'impose d'autant plus en droit public, régi par l'exigence de l'égalité de traitement, découlant de la constitution.

Sur l'autonomie de la volonté et ses restrictions en droit privé, voir notamment Pierre ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, Berne 1997 p. 94-97 et 106 ss. Sur l'égalité de traitement en droit public, cf. les art. 28 et 36 al. 1-3 Cst. féd., ainsi que la jurisprudence, ch. 35 et 38 supra.

82. Il faut donc admettre que l'Etat employeur, lorsqu'il traite avec plusieurs syndicats comme « partenaires reconnus », doit les traiter de façon égale et ne peut pas en privilégier un par rapport à un autre, s'agissant par exemple du financement de ses activités.

83. Même si l'art. 356 al. 4 CO ne le dit pas expressément, cette égalité entre les syndicats est proportionnelle. Rien n'interdit donc de différencier selon l'importance numérique de chaque organisation. C'est ce qu'affirmait déjà le Conseil fédéral en 1954 :

Dans le cadre de la convention collective, les droits d'une association contractante ne peuvent être restreints par rapport à ceux de ses partenaires. Ce principe, auquel tiennent surtout les syndicats minoritaires, doit être énoncé expressément dans la loi. Il va de soi que le principe en question n'empêche pas de tenir compte de l'importance numérique et de la puissance de telles ou telles associations. C'est ainsi que, par exemple, rien ne s'opposerait à ce que chaque association se fasse représenter, au sein des organes paritaires, par un nombre de délégués proportionnel à son effectif.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur la convention collective de travail et l'extension de son champ d'application, du 29 janvier 1954, FF 106 I 157 ; voir aussi VISCHER/ALBRECHT, op. cit., N 61 ad art. 356 CO ; STÖCKLI, op. cit., N 147 ad art. 356 CO ; BRUCHEZ, op. cit., N 34 ad art. 356 CO.

84. Selon ces principes, la contribution de soutien, versée par les collaborateurs de l'Etat, devrait être allouée en fonction de l'importance numérique respective des deux organisations en cause, la FEDE et la section fribourgeoise du SSP.

85. Il est souvent difficile d'obtenir des chiffres vérifiés quant à la représentativité des organisations syndicales. Un meilleur critère serait d'inviter les collaborateurs à désigner l'organisation syndicale à laquelle ils souhaitent que leur contribution de soutien soit versée. Cette solution doit être préconisée pour les raisons suivantes.

86. La réglementation fribourgeoise actuelle permet aux collaborateurs qui ne souhaitent pas payer une contribution de soutien de s'opposer au prélèvement. Ainsi est mise en œuvre la liberté syndicale négative. Cette règle n'est pas discutée.

Cf. ATF 129 I 113 consid. 1.3.

87. La liberté syndicale négative n'a pas une moindre valeur que la liberté syndicale positive. Il paraît donc difficile de présumer que les collaborateurs acceptent, sauf avis contraire écrit de leur part, de financer des activités syndicales.

88. Du reste, en droit privé, le consentement du salarié au prélèvement d'une contribution professionnelle ne se présume pas. Au contraire, l'employeur ne peut la prélever qu'en vertu d'un accord écrit, signé du salarié.

Art. 356b al. 2 et 356c al. 1 CO.

89. Il n'y a pas de raison de supposer que la liberté syndicale négative s'impose avec moins de force à l'Etat employeur qu'aux employeurs privés. Le prélèvement de la contribution de soutien devrait donc reposer sur un consentement explicite du collaborateur.

4. Les conditions de représentativité et de loyauté

90. La protection du pluralisme syndical s'applique aux syndicats représentatifs et loyaux.

ATF 140 I 257 consid. 5.2.2.

91. La représentativité du SSP n'est pas contestée. Au demeurant, le SSP est considéré comme représentatif sur le plan fédéral.

ATF 140 I 257 consid. 5.2.2 et 6.1 ; voir aussi ATF 129 I 113 consid. 3.3.

92. Quant à la loyauté du SSP, elle n'est pas non plus contestée. Il convient toutefois de rappeler que, selon le Tribunal fédéral, le syndicat doit se comporter

comme un partenaire social digne de confiance (...). Tel n'est en particulier pas le cas s'il entrave les négociations collectives de manière abusive ou s'il porte des accusations abusives à l'encontre des autres partenaires sociaux.

ATF 140 I 257 consid. 6.2.

93. La loyauté est d'ailleurs présumée, sauf si l'employeur prouve que des

comportements passés (sont) de nature à faire sérieusement craindre qu'il n'agirait pas de manière loyale dans le dialogue social.

ATF 140 I consid. 6.2.

VII. CONCLUSIONS

Au bénéfice des explications qui précèdent, je conclus :

Il convient de faire en sorte que la FEDE et le SSP se partagent, de façon proportionnée, le produit de la contribution de soutien.

La proportion doit être déterminée en fonction du nombre des collaborateurs consentant à soutenir l'une ou l'autre des organisations syndicales.

Les collaborateurs doivent formuler expressément leur volonté de financer des activités syndicales.



Gabriel Aubert