

## **RAPPORT EXPLICATIF**

### **accompagnant l'avant-projet de loi modifiant la loi sur le personnel de l'Etat (LPers) et la loi sur les structures d'accueil extrafamilial de jour (LStE)**

Nous avons l'honneur de vous soumettre un projet de loi modifiant la loi du 17 octobre 2001 sur le personnel de l'Etat (RSF 122.70.1 ; ci-après LPers) et la loi du 9 juin 2011 sur les structures d'accueil extrafamilial de jour (RSF 835.1 ; ci-après LStE). Le présent message est articulé de la manière suivante :

#### **1 INTRODUCTION**

#### **2 EXTRAIT SPECIAL DU CASIER JUDICIAIRE**

##### **2.1 Présentation de la mesure**

###### **a) Bases légales fédérales**

##### **2.2 Activités impliquant des contacts avec des mineurs**

- a) Travaux préparatoires**
- b) Définition des fonctions et postes « à risques »**
- c) Particularités de certains contrats d'engagement**

#### **3 EXTRAIT DU CASIER JUDICIAIRE DANS L'ACCUEIL EXTRAFAMILIAL**

##### **3.1 Dispositif en vigueur**

##### **3.2 Attente des partenaires**

#### **4 GRÈVE**

#### **5 COMMENTAIRE DES DISPOSITIONS LÉGALES**

##### **5.1 Extrait spécial du casier judiciaire**

##### **5.2 Extrait du casier judiciaire dans l'accueil extrafamilial**

### **5.3 Droit de grève**

### **5.4 Dispositions relatives au calcul de la durée du droit au traitement (art. 48 al. 1 1<sup>re</sup> phr. et 110 al. 1 LPers)**

## **6 INCIDENCES FINANCIÈRES ET EN PERSONNEL**

## **7 CONSTITUTIONNALITÉ, CONFORMITÉ AU DROIT FÉDÉRAL ET EUROCOMPATIBILITÉ**

## **8 SOUMISSION AU REFERENDUM**

## **9 CONCLUSION**

## **1 INTRODUCTION**

Par motion déposée le 3 juillet 2014 (2014-GC-123), les députés Nicolas Kolly et Albert Lambelet ont demandé d'introduire dans la LPers l'obligation de consulter l'extrait spécial du casier judiciaire avant l'engagement de tout employé de l'Etat ayant une activité impliquant des contacts réguliers avec des mineurs. Ils se réfèrent à l'art. 371a du Code pénal, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2015, qui a introduit un extrait « spécial » du casier judiciaire sur la base duquel les employeurs peuvent vérifier si une interdiction d'exercer une activité professionnelle ou non professionnelle, a été prononcée à l'encontre du candidat retenu pour un poste en lien avec des mineurs. Les motionnaires sont d'avis que la modification du Code pénal permet de renforcer la lutte contre la délinquance sexuelle dirigée contre les enfants.

Dans sa réponse du 25 novembre 2014, le Conseil d'Etat a invité le Grand Conseil à accepter cette motion, estimant que toutes les mesures de précaution devaient être prises pour empêcher que des personnes, ayant commis une infraction contre un mineur, ne soient engagées au sein de l'Etat dans des fonctions impliquant des contacts avec des mineurs. Cette motion a été acceptée par le Grand Conseil dans sa séance du 18 décembre 2014 par 73 voix, aucun refus et une abstention.

Par motion développée le 19 décembre 2014 (2014-GC-212), les députées Susanne Aeischer et Antoinette Badoud ont appelé de leurs vœux l'introduction d'une base légale dans la loi du 9 juin 2011 sur les structures d'accueil extrafamilial de jour (LStE) permettant aux autorités de surveillance de prendre tous les renseignements de police utiles afin de déterminer l'aptitude personnelle et le caractère des personnes assurant le placement, ainsi que pour pouvoir enquêter sur les personnes habitant le lieu d'accueil et pouvant, de ce fait, entrer en contact avec les enfants accueillis.

Le Conseil d'Etat a proposé de fractionner la motion en acceptant de modifier la LStE et en y introduisant la production d'un extrait du casier judiciaire au sens de l'art. 371 CP et un certificat médical en procédure de postulation pour le personnel des structures d'accueil extrafamilial et les assistantes parentales. Par contre, il s'est opposé – pour des motifs de légalité et praticabilité, mais aussi pour éviter des exigences administratives disproportionnées par rapport à l'effet escompté – à l'exigence d'un extrait des procédures pénales en cours. Le 6 octobre 2016, le Grand Conseil a suivi la proposition du Conseil d'Etat et pris en considération la partie de la motion relative à la production d'un extrait du casier judiciaire et d'un certificat médical, tout en rejetant les demandes allant au-delà.

Dans sa réponse du 30 juin 2015 à la question des députés Xavier Ganioz et Hugo Raemy sur, entre autres, le droit de grève (2015-CE-129), le Conseil d'Etat a répondu que, vu les dispositions claires de la Cst. fribourgeoise et de la Cst. fédérale, aux yeux du Conseil d'Etat, l'interdiction générale de la grève, telle que la prévoit l'article 68 LPers, ne peut plus se justifier et être maintenue comme telle.

La révision partielle de la LPers concerne donc essentiellement l'extrait spécial du casier judiciaire et le droit de grève. En outre, il est aussi proposé la modification des articles 48 al. 1 1<sup>re</sup> phr. et 110 al. 1 LPers : il s'agit d'une modification de pure forme (précision du nombre de jours de droit au traitement, pour l'adapter à la réglementation sur la garantie de la rémunération).

## 2 EXTRAIT SPECIAL DU CASIER JUDICIAIRE

### 2.1 Présentation de la mesure

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2015, l'Office fédéral de la justice a mis en place un nouvel extrait « spécial » du casier judiciaire, en plus de l'extrait « ordinaire ». L'extrait spécial ne peut être commandé que par une personne qui postule à une activité impliquant des contacts réguliers avec des mineurs ou des personnes vulnérables, ou par une personne qui exerce déjà une telle activité. Pour commander un extrait spécial de son casier judiciaire, le postulant retenu pour le poste doit être en possession d'un formulaire écrit et signé par le futur employeur qui spécifie la fonction pour laquelle il postule (cf. art. 371a al. 2 du Code pénal). Avec son contenu limité, l'extrait spécial a l'avantage que le postulant n'est pas obligé de divulguer l'ensemble de ses antécédents pénaux à son employeur (p.ex. peines pour infraction routière ou vol à l'étalage), mais seulement d'éventuelles interdictions incompatibles avec les activités impliquant des contacts avec des mineurs. A ce jour, aucune disposition fédérale n'oblige un employeur à contrôler l'extrait spécial de son futur collaborateur.

#### a. Bases légales fédérales

L'article **371a du Code pénal** prévoit que :

*<sup>1</sup>Toute personne qui postule à une activité professionnelle ou à une activité non professionnelle organisée impliquant des contacts réguliers avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables ou qui exerce une telle activité peut demander un extrait spécial de son casier judiciaire.*

*<sup>2</sup>Le requérant doit joindre à sa demande une confirmation écrite de l'employeur ou de l'organisation qui exige la production d'un extrait spécial du casier judiciaire, confirmation attestant:*

- a. *qu'il postule à une activité au sens de l'al. I ou l'exerce ;*
- b. *qu'il doit produire l'extrait spécial pour exercer ou poursuivre l'activité concernée. (...)*

En outre, l'article **25e de l'Ordonnance sur le casier judiciaire** (Ordonnance VOSTRA, RS 331) définit les activités pour lesquelles un extrait spécial peut être exigé.

*“ Sont des activités impliquant des contacts réguliers avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables:*

*a. les activités exercées spécifiquement en contact direct avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables, notamment:*

*1. l'enseignement,*

- 2. l'éducation et les conseils,*
- 3. la prise en charge et la surveillance,*
- 4. les soins,*
- 5. les examens et traitements de nature physique,*
- 6. les examens et traitements de nature psychologique,*
- 7. la restauration,*
- 8. les transports,*
- 9. la vente et le prêt directs d'objets destinés spécifiquement aux mineurs ou à d'autres personnes particulièrement vulnérables, ainsi que l'activité d'intermédiaire direct dans de telles ventes ou prêts, si c'est l'activité principale de la personne concernée;*
- b. d'autres activités exercées surtout ou régulièrement dans des établissements qui offrent les prestations visées à la let. a, à l'exception de celles dont il est certain, du fait de leur emplacement ou de leur horaire, qu'elles ne peuvent pas impliquer de contacts avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables. » (...)*

## **2.2 Activités impliquant des contacts avec des mineurs**

Il s'agit de préciser quelles sont les activités impliquant des contacts avec des mineurs. Le terme de « contact » est large et laisse une marge d'appréciation significative. Il ne donne aucune information sur la fréquence des contacts, leur durée ou leur intensité.

Cette notion a été explicitée en droit fédéral. L'art. 25e de l'Ordonnance VOSTRA (RS 331) comprend, d'une part, les activités qui s'adressent directement et spécifiquement aux mineurs (let. a), p. ex. activités d'enseignant, d'accompagnateur, d'entraîneur, de soignants, etc. Et d'autre part, les autres activités qui ne s'adressent pas directement aux mineurs, mais qui sont exercées régulièrement dans des établissements qui leur sont destinés. Il s'agit des activités d'intendance (concierge, secrétaire, jardinerie) effectuées dans des écoles, internats, associations sportives, etc. (let. b). Cette définition est large et comprend toutes les activités ayant de près ou de loin un lien avec des mineurs.

### **a. Travaux préparatoires**

Les Directions et établissements personnalisés du canton ont été consultés en mars 2015 afin de connaître leur avis sur la manière dont cette nouvelle obligation à charge des autorités d'engagement devra être appliquée. Une majorité d'entre eux a estimé opportun de limiter les fonctions touchées par cette mesure afin de ne pas augmenter la bureaucratie de manière disproportionnée. Ils ont également effectué un premier recensement des fonctions « à risques » et postes « à risques » (qui ne sont pas rattachés à une fonction à risques, p. ex. le poste de conseiller scientifique responsable de la formation d'un apprenti mineur), dont le résultat est présenté dans le document annexé au présent message.

### **b. Définition des fonctions et postes « à risques » pour lesquels un extrait spécial devra être exigé**

Le Conseil d'Etat souhaite se distancer de la notion « d'activités impliquant des contacts réguliers avec des mineurs » développée au niveau fédéral, dès lors qu'une définition aussi large englobe des fonctions n'ayant que peu de liens avec des mineurs (cf. point 2.2 ci-dessus). Il estime que l'obligation de contrôle à introduire dans la LPers ne doit pas être disproportionnée au regard des

fonctions qu'elle touche, car cela aurait pour conséquence de compliquer inutilement le travail administratif des autorités d'engagement sans que le but de prévention recherché ne soit atteint.

Le Conseil d'Etat propose la définition suivante :

Les fonctions et postes touchés par la mesure sont ceux : (conditions cumulatives)

a) exercés en contact direct avec des mineurs

Il s'agit des activités qui impliquent le fait de travailler en relation directe avec des mineurs ou qui sont exercées sous la forme d'une intervention sur leur personne (activités exercées au sein de crèches, d'écoles, de foyers, d'internats, de clubs sportifs, de camps de vacances, des services pédiatriques, du service dentaire scolaire, etc.), pour autant qu'elles permettent de développer un lien étroit avec les mineurs (cf. ci-dessous). Il faut que le contact soit indispensable à l'accomplissement des tâches.

b) qui impliquent une relation de confiance, un lien de dépendance ou rapport de subordination entre l'adulte et l'enfant

L'activité doit permettre de développer une relation étroite entre l'adulte et le mineur. Tel est le cas des activités d'enseignant, directeur d'école, médiateur, éducateur, assistant social, psychologue, maître d'apprentissage, moniteur dans un camp de vacances, personnel du planning familial, policier, etc. Les contacts avec des mineurs qui créent une relation de confiance, dépendance ou subordination entre l'adulte et l'enfant exigent davantage de garanties de protection. Peu importe que ces activités soient exercées à une seule occasion ou de façon répétée.

En revanche, les activités d'intendance exercées dans des établissements destinés aux enfants, ne sont pas soumises à cette mesure puisque les contacts directs avec les mineurs ne sont, dans de nombreux cas, pas nécessaires à l'accomplissement des tâches (concierge, secrétaire, personnel de la cantine scolaire, personnel de ménage) et n'impliquent pas un lien étroit avec les mineurs.

Une liste (projet) est jointe en annexe du présent message.

**c. Particularités de certains contrats d'engagement**

Lors de la consultation des Directions et établissements personnalisés, l'accent a été mis sur le fait que cette mesure pouvait poser problème lors de certaines procédures d'engagement. Pour ces cas, les solutions suivantes sont proposées :

1. Contrats de très courte durée ou avec un faible taux d'activité

Le facteur de risque à l'égard des mineurs est lié à l'intensité du lien entre l'adulte et le mineur et non à la régularité de l'activité. Par conséquent, il est prévu que même les engagements de très courte durée à des fonctions ou postes à risques (remplacements dans des écoles) et les contrats impliquant un faible taux d'activité soient également soumis à l'obligation de contrôle.

2. Conclusion successive de contrats à durée déterminée (CDD)

La conclusion de CDD successifs impliquerait la nécessité pour le collaborateur de produire, à chaque renouvellement de son contrat, un nouvel extrait spécial de son casier judiciaire. Pour éviter d'être trop contraignant, il est prévu de procéder à un seul contrôle lors du premier engagement si les CDD sont reconduits sans interruption dans le temps. Cela se justifie par égalité de traitement avec les collaborateurs engagés avec un CDI et qui doivent produire un extrait de leur casier judi-

ciaire une seule fois au début de l'engagement. Toutefois, si les CDD sont reconduits de manière discontinue, il est prévu de procéder à un contrôle par année.

### **3. Exclusion du personnel de la justice et de la police**

La mesure ne devrait pas s'appliquer à ces collaborateurs, car, d'une part, leurs contacts avec les mineurs sont très formalisés (auditions en présence de plusieurs personnes, box d'arrestation provisoire sous surveillance vidéo, etc.) et d'autre part, la majorité d'entre eux sont déjà soumis à l'obligation de fournir un extrait ordinaire de leur casier judiciaire à leur engagement (tel est le cas des policiers et des membres du Tribunal cantonal).

## **3 EXTRAIT DU CASIER JUDICIAIRE DANS L'ACCUEIL EXTRAFAMILIAL**

La motion Aebischer/Badoud (2014–GC–212) propose l'introduction d'une base légale dans la LStE pour que les autorités de surveillance telles que le Service de l'enfance et de la jeunesse (SEJ) et les associations de familles de jour (qui exercent une surveillance par délégation) puissent prendre tous les renseignements de police utiles afin de déterminer l'aptitude personnelle et le caractère des personnes assurant le placement. Cela concerne les membres de la direction des structures, mais aussi le personnel éducatif.

L'objectif de cette motion est de nature similaire à celui de la motion Kolly/Lambelet (2014-GC-123). Ainsi, l'objectif central, à savoir la protection des mineurs, et l'axe d'intervention, à savoir l'exigence d'un extrait du casier judiciaire, demeurent les mêmes. Partant, il est judicieux de préserver la cohérence en liant ces deux objets.

### **3.1 Dispositif en vigueur**

Le traitement de la motion Aebischer/Badoud a permis de tirer un bon bilan global sur la surveillance dans les structures d'accueil extrafamilial de jour. Cela a été relevé positivement par le Grand Conseil lors du débat de prise en considération.

En substance, la réponse à la motion était l'occasion de mentionner les pratiques suivantes déjà en vigueur au moment du dépôt de la motion :

- En procédure d'autorisation, les crèches, garderies et accueils extrascolaires doivent déjà déposer un extrait du casier judiciaire et un certificat médical de la personne responsable. Il incombe à la crèche ou à la garderie de demander ces documents à tous les autres collaborateurs et collaboratrices.
- Pour l'accueil familial de jour, on fait une distinction entre les assistantes parentales affiliées à une association et les assistantes parentales dites indépendantes : les assistantes parentales affiliées à une association doivent s'annoncer auprès de l'association et sont surveillées par cette dernière, alors que les assistantes parentales indépendantes s'annoncent au SEJ et doivent déjà déposer un extrait du casier judiciaire et un certificat médical.

Vu ce qui précède, le Conseil d'Etat s'est montré favorable à la proposition de généraliser la demande d'un extrait du casier judiciaire et de doter le canton d'une base légale en conséquence.

A noter qu'en matière de surveillance des structures d'accueil extrafamilial de jour, l'extrait requis est celui au sens de l'art. 371 CP, qui est le casier judiciaire ordinaire destiné à des particuliers. Cet extrait contient plus d'informations que celui prévu par l'art. 371a CP. Y sont notamment mention-

nés les jugements pour crime et pour délit, ainsi que les jugements pour contravention dans lesquels sont prononcées une interdiction d'exercer une activité, une interdiction de contact ou une interdiction géographique.

En complément de la question du casier judiciaire, la motion Aebischer/Badoud demande une base légale pour requérir un formulaire médical à l'engagement du personnel. Fribourg utilise déjà un formulaire médical avec des questions relativement ouvertes, ce qui responsabilise le ou la médecin et lui donne aussi plus la possibilité de s'exprimer sur des spécificités qui ne figureraient pas sur un formulaire standardisé. Le Conseil d'Etat soutient l'introduction d'une base légale concernant ce certificat médical.

### **3.2 Attentes des partenaires**

Dans le cadre de l'examen et de la préparation de la réponse à la motion Aebischer/Badoud, la Direction de la santé et des affaires sociales a consulté les principaux partenaires externes, c'est-à-dire l'Association des communes fribourgeoises, la Fédération fribourgeoise des accueils extrascolaires, la Fédération des crèches et garderies fribourgeoises et la Fédération fribourgeoise d'accueil familial de jour ou encore la Police cantonale et a sollicité leur avis sur la motion. De plus, des renseignements sur les bonnes pratiques ont été pris dans d'autres cantons latins.

Le Conseil d'Etat a déjà pu faire état des différentes positions des partenaires dans sa réponse du 23 août 2016 à la motion. En particulier, il sied de rappeler que la Fédération fribourgeoise des accueils extrascolaires a souhaité que les employé-e-s des structures soient soumis-e-s aux mêmes exigences que celles de la LPers et que la Fédération fribourgeoise d'accueil familial de jour ne souhaitait pas obtenir de données de police sensibles, mais uniquement un préavis positif ou négatif à l'engagement donné par un organisme à déterminer. Pour l'Association des communes fribourgeoises, la production de l'extrait du casier judiciaire doit incomber à la personne qui postule pour une place dans une structure d'accueil, tout comme les frais y relatifs. En connaissance des différentes positions, le Conseil d'Etat a retenu la solution susmentionnée.

## **4 GRÈVE**

Les nouvelles dispositions sur le droit de grève tiennent compte des conditions posées par la Cst. fribourgeoise et la Cst. fédérale. Un organe de conciliation et d'arbitrage est institué pour régler les conflits. De même, un service minimum est assuré dans les secteurs où un arrêt de travail mettrait en péril, directement ou indirectement, les prestations indispensables à la population. A l'instar d'autres législations cantonales en la matière, et conformément à la Cst. fédérale et la Cst. cantonale, il est prévu d'introduire l'interdiction de la grève pour un certain nombre de fonctions : police, prisons, soins, entre autres. Le Conseil d'Etat réglera le détail des fonctions concernées par voie d'ordonnance.

## **5 COMMENTAIRE DES DISPOSITIONS**

### **5.1 Extrait spécial du casier judiciaire**

*Art. 26 al 3<sup>bis</sup>*

Suite à l'acceptation de la motion Nicolas Kolly et Albert Lambelet par le Grand Conseil, il est proposé d'introduire dans la LPers un nouvel alinéa 3<sup>bis</sup> à l'article 26 intitulé « conditions d'engagement ».

Personnes à protéger : les personnes protégées sont les mineurs jusqu'à 18 ans.

Personnes à contrôler : les candidats, de plus de 18 ans, retenus pour des postes impliquant des contacts directs avec des mineurs ainsi qu'un lien de confiance, subordination ou dépendance avec eux. **Les collaborateurs déjà engagés ne sont pas concernés par cette mesure, à moins que ces personnes changent de poste ou de fonction ou encore que leur cahier de charges soit modifié.** Les ressortissants étrangers non domiciliés en Suisse ou domiciliés récemment en Suisse, devront produire un document équivalent de leur Etat d'origine ou de provenance. En effet, les autorités suisses ne sont pas en mesure de donner des renseignements sur les antécédents pénaux de ces personnes.

Processus d'engagement : Lorsque l'autorité d'engagement aura porté son choix sur un candidat, elle devra signer une « confirmation de l'employeur » attestant que le requérant postule pour un emploi impliquant des contacts avec des mineurs (condition nécessaire à la délivrance de l'extrait spécial, cf. ci-dessus, ch. 2.2, let. b) et la faire parvenir au candidat (vraisemblablement en même temps que le contrat d'engagement). Un court délai sera donné au candidat pour qu'il produise un extrait spécial de son casier judiciaire. Afin de ne pas ralentir le processus d'engagement, il est prévu que le candidat retenu puisse entrer en fonction immédiatement, si le poste doit être repourvu sans délai, et produire par la suite son extrait spécial. Le refus de produire l'extrait spécial ou la production d'un extrait mentionnant une infraction incompatible avec la fonction est de nature à mettre immédiatement fin au processus d'engagement ou à entraîner la résiliation immédiate des rapports de travail.

Cet alinéa donne au Conseil d'Etat la compétence de préciser, dans une directive, quelles sont les fonctions et les postes soumis à l'obligation de contrôle.

#### *Art. 26 al 3<sup>ter</sup>*

Bien que le contrôle de l'extrait spécial du casier judiciaire permette un renforcement de la protection des mineurs et est donc souhaitable, il présente l'inconvénient d'être peu efficace durant les premières années. En effet, le contenu de l'extrait spécial est, à ce jour, presque toujours vierge, car l'interdiction d'exercer une profession en lien avec des mineurs n'a que rarement été prononcée par la justice pénale avant 2015. A titre d'exemple, la justice fribourgeoise l'a prononcée une seule fois entre 2004 et 2014 (chiffres obtenus auprès du MP de Fribourg).

Cette réalité s'explique juridiquement par la raison suivante. Avant 2015 (date de l'entrée en vigueur de la modification du Code pénal), le juge pénal ne pouvait prononcer une interdiction d'exercer une profession que pour les infractions commises dans le cadre professionnel. Par exemple, une interdiction d'exercer pouvait être prononcée contre un enseignant qui commettait un abus sexuel dans le milieu scolaire (cadre professionnel), mais pas contre un enseignant qui commettait un abus sexuel à son domicile sur l'un de ses enfants (cadre privé). Les infractions sur mineur commises avant 2015 dans le cadre privé (qui constituent la majorité des abus sexuels) n'apparaissent pas dans l'extrait spécial. Elles figurent par contre dans l'**extrait ordinaire** du casier judiciaire. Depuis 2015, le Code pénal étend la possibilité de prononcer une interdiction d'activité aux cas où l'infraction a été commise hors du cadre professionnel. A l'avenir, de telles interdictions devraient être prononcées quasi automatiquement, en présence d'un risque de récidive, contre l'auteur d'une infraction contre un mineur et elles figureront dans l'extrait spécial. Plus les années passeront, plus l'extrait spécial renseignera de manière complète sur les antécédents pénaux en lien avec des mineurs et deviendra fiable pour l'Etat-employeur.

Pour cette raison, le Conseil d'Etat recommande l'adoption de la solution transitoire suivante. Durant une période de dix ans, soit jusqu'au 31 décembre 2026, le candidat à un poste en lien avec des mineurs devra produire un **extrait ordinaire de son casier judiciaire, en plus de l'extrait spécial**.

Cette solution transitoire permet à la nouvelle mesure d'atteindre, dès son entrée en vigueur, le but de protection des mineurs souhaité par les députés.

D'un point de vue législatif, il est proposé d'introduire la solution transitoire dans un nouvel alinéa, à la suite de la disposition concernant l'obligation de consulter le casier judiciaire spécial (art. 26 al. 3<sup>bis</sup> LPers, cf. ci-dessus).

## 5.2 Extrait du casier judiciaire dans l'accueil extrafamilial

### *Art. 7a LStE Engagement du personnel*

La présente disposition introduit une obligation de produire un extrait du casier judiciaire au sens de l'art. 371 CP et un certificat médical. Elle est notamment applicable au personnel en cas d'engagement dans une crèche, d'affiliation d'un-e assistant-e parental-e à une association ou encore de l'annonce au SEJ d'un-e assistant-e parental-e non-affilié-e. A l'instar de ce qui est prévu pour la LPers, les documents sont à remettre à l'employeur, respectivement au SEJ pour les assistant-e-s parental-e-s non-affilié-e-s.

## 5.3 Droit de grève

### *Art. 68 Paix du travail et recours à la grève*

L'alinéa 1 met au premier plan le respect, par le personnel mais aussi par l'Etat, de la paix du travail. C'est ce qui est prévu dans la Cst. fribourgeoise et la Cst. fédérale. De plus, tant dans le secteur public que privé, la paix du travail, mise au premier plan par les associations de personnel et d'employeurs, garantit la stabilité et le développement économique et social de la Suisse. A l'instar des dispositions sur le droit de grève pour le personnel de la Confédération et des cantons, le Conseil d'Etat tient à rappeler et mettre au premier plan le principe de la paix du travail, le recours à la grève devant rester exceptionnel.

L'alinéa 2 reprend les conditions fixées par l'article 27 al. 3 de la Cst. fribourgeoise, tout en réservant l'alinéa 6 (interdiction de la grève).

L'article 27 Cst. fribourgeoise a la teneur suivante :

### *Art. 27 Liberté syndicale*

<sup>1</sup>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.

<sup>2</sup>Les conflits sont, autant que possible, réglés par la négociation ou la médiation.

<sup>3</sup>La grève et la mise à pied collective sont licites quand elles se rapportent aux relations de travail et sont conformes aux obligations de préserver la paix du travail ou de recourir à une conciliation.

<sup>4</sup>La loi peut interdire le recours à la grève à certaines catégories de personnes.

La doctrine et la jurisprudence retiennent les conditions suivantes pour qu'une grève soit considérée comme licite (Rémy Wyler, Droit du travail, 3<sup>e</sup> édition, Berne 2008 et jurisprudence citée, p. 793 et ss) :

1. Art. 68 al. 2 let. a : la grève doit se rapporter aux relations de travail. Cela exclut les grèves politiques ou les grèves préventives, lesquelles visent à faire pression sur les autorités. La grève ne peut avoir trait qu'à des conditions de travail futures (par exemple, hausse des salaires, mise en

place d'un plan social en cas de licenciement collectif). En revanche, l'irrespect par l'employeur d'obligations découlant de la loi ou du contrat (par exemple, versement d'un salaire majoré en cas d'accomplissement d'heures supplémentaires) ne saurait légitimer une grève et doit être sanctionné par la procédure prévue pour les litiges (décision, avec voie de recours). En fin de compte, la grève doit poursuivre des buts susceptibles d'être réglementés dans le cadre des dispositions légales relatives au statut du personnel.

2. Art. 68 al. 2 let. b : la grève doit être soutenue par une organisation de travailleurs et travailleuses. La grève concerne donc un conflit collectif et non pas un conflit individuel de travail qui doit être tranchée par voie de décision susceptible de recours. Ce n'est donc pas le nombre de personnes concernées qui permet de dire s'il s'agit d'un conflit collectif ou non. Pour parler de conflit collectif, il faut que le litige soit organisé et soutenu par une association représentant les collaborateurs et les collaboratrices. Si ces deux éléments sont réunis, on présume que le conflit est collectif. En cas de doute, c'est l'organe de conciliation (cf. ci-dessous, ad art. 68a) qui tranche.
3. Art. 68 al. 2 let. c : l'organe de conciliation a été saisi et a délivré un acte de non-conciliation. C'est l'obligation constitutionnelle de préserver la paix du travail (cf. art. 27 al. 3 Cst. fribourgeoise) qui impose cette condition pour qu'une grève soit licite. Par conséquent, dans le but de préserver la paix du travail, préalablement à la grève, il faut saisir l'organe de conciliation mis en place et avoir obtenu de celui-ci un acte de non-conciliation. Avec cette condition, on le voit, les grèves préventives ou politiques, dans le but de faire pression sur les autorités, sont illicites car elles ne respecteraient pas la condition de l'article 68 al. 2 let. c.
4. Art. 68 al. 2 let. d : la grève est proportionnée au but poursuivi et n'est utilisée qu'en dernier ressort. Le respect du principe de proportionnalité n'est pas mentionné expressément à l'article 27 al. 2 Cst. fribourgeoise. La doctrine et la jurisprudence, à propos de la Cst. fédérale (semblable à la Cst. fribourgeoise), déduisent le respect du principe de proportionnalité de cette disposition (soit l'article 27 al. 2 Cst. fribourgeoise). En vertu du principe de la proportionnalité, une grève ne peut être licite que si elle représente une « *ultima ratio* », c'est-à-dire que toutes les possibilités de négociation et de conciliation ont été tentées, mais ont échoué. Concrètement, tant que les parties discutent et négocient (Etat-employeur et partenaires sociaux), tant aussi que l'organe de conciliation saisi n'a pas délivré un acte de non-conciliation, il n'a y pas de possibilité de faire grève. Si une grève est faite pendant le processus de discussions et de négociations, pour faire pression sur les autorités, alors elle serait considérée comme illicite au sens de l'article 68 al. 2 LPers.

Ainsi, le nouvel article 68 est conforme à l'ordre constitutionnel supérieur (art. 27 Cst. fribourgeoise).

L'alinéa 3 précise que le personnel, qui fait la grève dans les conditions de l'alinéa 2, n'est pas rétribué. Cette disposition exclut en outre la compensation de l'absence pour raison de grève par des heures supplémentaires ou des vacances ou sous une autre forme.

L'alinéa 4 précise que, si la grève est faite dans l'irrespect des conditions mentionnées à l'alinéa 2, le Conseil d'Etat prend les mesures appropriées. Le personnel viole ses devoirs de service, s'il effectue une grève illicite. Une infraction aux devoirs de service est sanctionnée selon les dispositions de la LPers (avertissement jusqu'au licenciement). En outre, en cas de grève illicite, le Conseil d'Etat peut interrompre ses relations avec l'association de personnel reconnue qui a incité à une grève illicite.

L’alinéa 5 est la base légale pour permettre l’instauration d’un service minimum. En effet, même si, selon les conditions mentionnées à l’alinéa 2, la grève est licite, il est nécessaire d’instaurer, dans la fonction publique, un service minimum, afin de garantir l’exécution des prestations indispensables à la population (sécurité, soins, etc.). L’alinéa 5 est la base légale qui donne la compétence au Conseil d’Etat de déterminer les secteurs d’activité astreints au service minimum et de fixer les modalités de ce service minimum sur préavis de l’autorité d’engagement.

L’alinéa 6 est la base légale pour permettre l’interdiction de la grève pour certaines catégories de personnel : policiers, personnel des soins, gardiens de prisons. La question reste ouverte de savoir si l’on veut étendre cette interdiction encore à d’autres catégories de personnel. L’interdiction de la grève, pour certaines catégories de personnel, est conforme à l’article 27 al. 4 Cst. fribourgeoise.

#### *Art. 68a (nouveau)    Organe de conciliation et d’arbitrage*

L’article 68 LPers, adapté au droit constitutionnel, oblige l’Etat à mettre sur pied un organe de conciliation, pour trancher les conflits collectifs de travail. Certes, il existe un organe de conciliation pour le secteur économique privé. Cela dit, un tel organe n’est pas adéquat pour le secteur public. Il est donc proposé d’instituer un organe de conciliation et d’arbitrage pour la fonction publique. Le modèle proposé s’inspire de la solution qui existe dans le canton de Vaud.

##### *Al. 1*

L’organe de conciliation et d’arbitrage est appelé à trancher des conflits collectifs de travail. En cas d’arbitrage, la décision est définitive. Dans le but de donner le plus de chance à la conciliation d’aboutir, cet organe est une autorité externe au pouvoir exécutif. Cet organe est donc nommé par le Tribunal cantonal. Il est composé de 3 membres, soit d’un-e Président-e, qui est un-e juge cantonal, et d’un-e représentant-e de l’employeur et d’un-e représentant-e du personnel, ce qui constitue l’aspect paritaire de l’organe.

##### *Al. 2*

Le Tribunal cantonal désigne un-e juge cantonal-e pour en assurer la présidence. Le Conseil d’Etat propose le ou la représentant-e de l’employeur et les associations de personnel reconnues celui du personnel

##### *Al. 3*

Il s’agit également de nommer les suppléant-e-s des membres de l’organe de conciliation. Leur désignation et leur nomination se fait au cours de la même procédure et selon le même mode.

##### *Al. 4*

Les représentants de l’employeur seront la Délégation du Conseil d’Etat pour les questions de personnel (DCEQP), voire son Président, ou, suivant l’objet à traiter, une Direction, voire le Conseiller ou la Conseillère d’Etat en charge. Les représentants du personnel sont les représentants des associations de personnel reconnues. L’organe de conciliation tente une conciliation aussi longtemps qu’une solution amiable est envisageable. L’idée est de favoriser la paix du travail et que la grève ne soit admise qu’en tout dernier ressort. En cas d’échec, l’organe de conciliation délivre un acte de non-conciliation. Il faut préciser qu’une des conditions pour considérer qu’une grève soit licite, c’est d’avoir saisi l’organe de conciliation et que celui-ci ait délivré un acte de non-conciliation (cf., ci-dessus, art. 68 al. 2 let. c).

#### *Al. 5*

Avant de faire grève, les parties peuvent encore décider, d'un commun accord, au plus tard 10 jours après réception de l'acte de non-conciliation, de soumettre le différend à l'arbitrage des personnes désignées à l'alinéa 1<sup>er</sup>. Cela signifie que ce sont les mêmes personnes membres de l'organe de conciliation qui feront l'arbitrage. La sentence arbitrale est définitive et obligatoire pour les parties.

#### *Al. 6*

Un règlement du Conseil d'Etat précisera les modalités de fonctionnement de l'organe de conciliation et d'arbitrage.

### **5.4 Dispositions relatives au calcul de la durée du droit au traitement (art. 48 al. 1 1<sup>re</sup> phr. et 110 al. 1 LPers)**

#### *Article 48 al. 1 1<sup>re</sup> phr. et article 110 al. 1*

L'actuel article 48 al. 1 1<sup>re</sup> phr. LPers parle de 360 jours, l'article 110 LPers mentionne 720 jours. L'article 4 de l'ordonnance du Conseil d'Etat du 16 septembre 2003 sur la garantie de la rémunération en cas de maladie et d'accident du personnel de l'Etat (RSF 122.72.18) mentionne les durées de 365 jours et 730 jours. En fait, les articles 48 al. 1 et 110 LPers mentionnaient les durées de 360 et 720 jours, car, au moment de leur adoption, il n'était pas encore exclu que l'Etat conclue une assurance perte de gain collective avec un assureur, dans lesquelles est mentionnée la durée de 720 jours. En fin de compte, l'Etat a choisi le système de l'auto-assurance et une garantie de la rémunération sur 2 années civiles, en adoptant l'ordonnance précitée sur la garantie de la rémunération et en précisant, à l'article 4, les durées, soit 365 jours, dans un délai de 547 jours, pour une année et 730 jours pour deux années. Il est donc nécessaire d'adapter les durées mentionnées aux articles 48 al. 1 et 110 LPers.

## **6 INCIDENCES FINANCIÈRES ET EN PERSONNEL**

Les modifications légales n'entraînent pas de conséquences financières et en personnel.

Les modifications légales sur le casier judiciaire spécial n'entraînent pas de nouvelles dépenses puisque l'émolument (s'élevant à 20 francs) sera payé par le postulant qui demande un extrait de son casier judiciaire. La mesure ne s'applique pas aux personnes déjà engagées à l'Etat, sauf en cas de changement de poste ou du cahier des charges.

La modification légale concernant le droit de grève a pour conséquence financière minime le paiement d'indemnités aux membres de l'organe de conciliation et d'arbitrage.

## **7 CONSTITUTIONNALITÉ, CONFORMITÉ AU DROIT FÉDÉRAL ET EUROCOMPATIBILITÉ**

S'agissant de la modification légale relative au casier judiciaire spécial, l'obligation d'exiger un extrait spécial du casier judiciaire constitue un frein à la réinsertion professionnelle des personnes ayant fait l'objet d'une condamnation judiciaire. Cette mesure porte atteinte en particulier à la liberté économique et à la liberté personnelle (droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale et les textes internationaux). Cependant, les droits fondamentaux peuvent être restreints lorsque

cette restriction repose sur une base légale, qu'elle répond à un intérêt public prépondérant, qu'elle est conforme au principe de proportionnalité et que l'essence des droits fondamentaux est préservée (art. 36 Cst.). En l'occurrence, le droit des mineurs à une protection particulière de leur intégrité (art. 11 Cst.) constitue une limite à la liberté économique et à la liberté personnelle. En d'autres termes, il est possible de porter atteinte aux droits fondamentaux de tiers pour protéger les mineurs.

Les modifications légales concernant le droit de grève sont parfaitement conformes au droit constitutionnel.

En fin de compte, toutes les modifications proposées sont conformes au droit constitutionnel, au droit fédéral et ne posent pas de problèmes par rapport à la conformité au droit européen.

## **8 SOUMISSION AU REFERENDUM**

Le présent projet est soumis au referendum législatif facultatif.

## **9 CONCLUSION**

Nous vous invitons dès lors à adopter le présent projet de modification de la LPers et de la LStE.

Fribourg, le

### **Annexe mentionnée**