

Le futur du dialogue social et du tripartisme dans le contexte de la digitalisation de l'économie

Etude établie sur mandat de la Commission nationale tripartite pour les affaires de l'OIT

Anne Meier, avocate associée chez MSS Law, docteure en droit, chargée d'enseignement
aux Universités de Neuchâtel et de Genève

Kurt Pärli, Professor für soziales Privatrecht, Universität Basel

Zoé Seiler, avocate associée chez MSS Law, docteure en droit, LL.M.

Genève, Berne et Bâle, le 18 mai 2018

Table des matières

I. EXECUTIVE SUMMARY	5
II. Introduction	11
1. Mandat et questions posées	11
A. Contexte et attribution du mandat	11
B. Questions posées	12
2. Introduction générale et définitions.....	12
A. Problématique	12
B. Règles applicables en droit suisse du travail.....	13
C. L'économie digitalisée et le droit du travail	16
D. Nouvelles formes d'exécution du travail	18
E. Annonce de plan	19
III. Bases juridiques du partenariat social en Suisse	20
1. Bases constitutionnelles et conventionnelles	20
2. Le droit de négocier collectivement et l'instrument de la convention collective de travail	22
3. La qualité de partenaire social.....	23
4. Le contenu des conventions collectives de travail.....	26
5. Le mécanisme d'extension des conventions collectives de travail.....	27
A. Les conditions ordinaires d'extension des conventions collectives de travail	27
B. Les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes et l'extension facilitée des CCT	29
a. Propos généraux sur les mesures d'accompagnement	29
b. La loi sur les travailleurs détachés	31
c. Conditions et procédure pour l'extension facilitée des CCT au sens de l'art. 1a LECCT	31
6. L'effet régulateur de concurrence des conventions collectives de travail.....	32
7. Convention collective et droit de la concurrence.....	33
8. L'obligation de paix du travail et le caractère subsidiaire des mesures de combat ...	38
IV. Digitalisation : de nouveaux paradigmes pour des questions fondamentales. 39	39
1. Qui est l'employé-e et qui l'employeur/euse ?	39
A. Énoncé du problème	39
B. Définition des termes d'« employé » et d'« employeur » dans le droit du travail	40
a. Contenu et signification du terme d'employé	40
b. La notion d'employeur et la notion d'entreprise	43
C. Les notions d'« employeur » et de « salarié » en droit des assurances sociales	44
D. Digression : le portage salarial.....	47
E. Conclusion	48
2. Aspects transnationaux.....	48
A. Problématique(s)	48
B. Applicabilité du droit suisse aux situations transnationales ?.....	49
C. CCT et situations transnationales.....	50
a. Effet des CCT conclues en Suisse lorsque le travail est effectué à l'étranger pour un employeur sis en Suisse ?.....	50
c. Effet des CCT conclues en Suisse lorsque l'employeur est à l'étranger	51
d. Effet des CCT conclues en Suisse lorsque le travail est effectué à l'étranger pour un employeur sis à l'étranger, mais pour une prestation étroitement liée à la Suisse ?.....	52
D. Synthèse	52

E.	Digression : la juridiction d'arbitrage	53
V.	Effets de la digitalisation sur l'exécution du travail.....	54
1.	Participation des salariées	54
A.	L'inscription de la participation dans la loi	54
B.	Défis et opportunités de la digitalisation	55
2.	La sécurité et la santé au poste de travail	56
A.	Nouveaux dangers pour la santé dus à la digitalisation	56
B.	Bases juridiques de la protection de la santé dans le droit contractuel et le droit public.....	57
3.	Temps de travail.....	58
A.	Définition juridique du temps de travail : la Loi sur le travail et le Code des obligations.	58
a.	La LTr : un objectif de protection de la santé des travailleurs	58
b.	Définitions légales et notion de temps de travail	59
i.	Temps de travail et durée de la semaine de travail.....	59
ii.	Temps de travail et temps de repos	61
iii.	Service de piquet et travail sur appel	61
c.	Saisie et contrôle du temps de travail.....	63
d.	Synthèse.....	63
e.	Réglementation du temps de travail dans les CCT	64
B.	Le bouleversement numérique, le droit existant et ses nécessaires ou souhaitables évolutions	64
a.	Nouvelles formes d'exécution du travail dues à la révolution numérique et risques identifiés	64
b.	Applicabilité de la loi au travail numérique.....	67
i.	Le travail numérique est-il du travail ordinaire ?	67
ii.	Le travail numérique peut-il être qualifié de service de piquet ou de travail sur appel ? ...	68
c.	Outils permettant une flexibilisation du travail dans le respect de la santé du salarié	69
d.	Obligation de protection de la santé par l'employeur – droit à ou devoir de déconnexion	70
e.	Vers un assouplissement des règles légales en matière de temps de travail ?.....	72
i.	Initiatives en vue de l'assouplissement de la limite de la semaine de travail et des périodes de repos.....	72
ii.	Initiatives en vue de l'assouplissement de la saisie des heures de travail dans le contexte numérique	73
C.	Un rôle à jouer pour les partenaires sociaux	75
4.	Lieu de travail.....	77
A.	Définition juridique du lieu de travail.....	77
a.	La conception classique de la notion de lieu de travail.....	77
b.	Les nouvelles formes de travail : télétravail, nomadisme et desk-sharing	78
B.	Risques liés au télétravail et au desk-sharing.....	78
C.	Défis et opportunités pour les partenaires sociaux.....	79
5.	Formation et formation continue.....	80
A.	Nécessité croissante de formation complémentaire et continue	80
B.	La formation complémentaire et continue dans la loi.....	81
C.	Un droit à la formation continue ?	81
D.	Réglementations en matière de formation complémentaire et continue dans les CCT ..	82
E.	Quel rôle pour les partenaires sociaux ?	83
6.	La protection des données	84
A.	Dangers et défis de la digitalisation pour la protection des données	84
B.	Les règles de protection de la sphère privée et des données	85
7.	Contrôle des conditions de travail	88
A.	Contrôle des conditions de travail par les autorités publiques	88
B.	Contrôle des conditions de travail par les partenaires sociaux	89
C.	Evolution technologiques et contrôle des conditions de travail	90
D.	Rôle des partenaires sociaux.....	91

VI.	Synthèse : Effets de la digitalisation sur le partenariat social.....	91
1.	Quels thèmes sont ou devraient se trouver dans les CCT ?.....	91
2.	Qui sont – ou seront à l’avenir - les partenaires sociaux ?	94
3.	Influence des évolutions technologiques sur le travail des partenaires sociaux	95
4.	Nouvelles formes de CCT ?	97
VII.	Brèves réflexions sur les effets de la digitalisation sur le tripartisme.....	98
1.	Le tripartisme à l’OIT et en Suisse.....	98
2.	Effets de la digitalisation sur le tripartisme	100
3.	Champs d’action possibles pour appréhender les aspects transnationaux de la digitalisation du travail.....	100
VIII.	Brèves réflexions sur l’avenir des normes internationales de travail dans le contexte de la digitalisation	102
IX.	Bibliographie - Literaturverzeichnis	105

I. EXECUTIVE SUMMARY

A. Définitions

1. L'« *économie digitalisée* » ou « *économie du partage* », peut viser plusieurs phénomènes :

- l'évolution des chaînes de production et de distribution par l'automatisation et la robotisation ;
- des *business models* qui découlent de l'utilisation, par les entreprises, des nouvelles technologies numériques
- des *business models* basés sur le travail de milliers de personnes à travers le monde – soit notamment les plateformes de partage qui mettent en contact des personnes offrant et demandant des services.

2. La digitalisation de l'économie et les plateformes de partage et *business models* digitaux doivent être distingués des *modes d'exécution du contrat de travail liés à l'usage des nouvelles technologies* – en particulier le télétravail (en particulier : flexibilité en matière d'horaires de travail, lieu d'exécution du travail).

B. Aspects d'ordre structurel

3. Il règne une grande incertitude concernant la *qualification des rapports contractuels* mis en place par certains acteurs de l'économie digitalisée. Cette incertitude touche certes la personne qui fournit le travail, mais elle s'étend également à l'identité même de l'employeur, dont les fonctions peuvent se trouver dématérialisées ou éclatées. Or, le champ d'action des partenaires sociaux est limité, juridiquement, à celui de l'application (et de l'applicabilité) des conventions collectives de travail qui ne peuvent lier que des associations de travailleurs à un ou plusieurs employeurs ou associations d'employeurs. *Le champ d'action des partenaires sociaux pourrait donc, en fonction non seulement des évolutions technologiques, sociologiques, mais également juridiques, se voir drastiquement réduit à l'avenir.*

4. L'incertitude sur la qualification des rapports contractuels – et par là la difficulté à identifier des salariés - pourrait (dans certains cas) rendre le travail des partenaires sociaux difficile : identification du partenaire contractuel ; information des travailleurs ; identification des intérêts en vue de la négociation collective.

5. Un des premiers défis juridiques posés par le développement de l'économie de partage est dès lors celui de la *qualification des prestations fournies*. Pour les partenaires sociaux, il est en particulier primordial de déterminer si les prestataires de services sont des indépendants ou des personnes dépendantes du point de vue du droit du travail et des assurances sociales – susceptibles d'être couvertes par une CCT. Le droit de la concurrence permet également de procéder à une telle qualification.

6. Par ailleurs, la digitalisation de l'économie permet la *délocalisation*, non plus uniquement d'entreprises entières, mais de certaines tâches. Les questions posées par la chute progressive des frontières physiques entraînée par le développement numérique et par le risque de délocalisation des tâches vont être centrales ces prochaines années. À ce jour, le droit public et les CCT sont fortement ancrés dans le *principe de territorialité* et ne peuvent véritablement appréhender les travailleurs « digitalement délocalisés ».

7. La digitalisation de l'économie entraîne des changements nombreux et profonds sur le travail. Toutefois, les impacts concrets sur chaque entreprise, profession ou branche économique seront très variés tant au niveau de leur intensité que de leurs manifestations concrètes. Cette multitude de situations concrètes influencées et modifiées par la digitalisation de l'économie évolue rapidement. Ces transformations appellent plus que jamais des *solutions adaptées aux besoins spécifiques de chaque branche et de chaque profession*, dans le cadre de la loi.

8. Les partenaires sociaux sont particulièrement compétents pour définir en commun les conditions de travail de leur branche ou de leur profession et assurer l'adaptabilité et la flexibilité du droit du travail suisse. L'outil de la convention collective de travail devrait être privilégié pour répondre aux besoins de flexibilité. Il permet l'adoption de règles adaptées à chaque branche tout en préservant le socle de protection des travailleurs offert par la loi sur le travail, y compris dans les secteurs « digitalisés » de l'économie et les secteurs émergents. Pour ce faire, il faut préserver et développer les zones d'action des partenaires sociaux.

C. Adaptation du tissu conventionnel et tripartite à la digitalisation de l'économie : éléments structurels et généraux

9. Les partenaires sociaux peuvent et doivent *intégrer prochainement plusieurs aspects de la digitalisation dans les négociations collectives*, de manière à permettre à la Suisse de rester compétitive au niveau international et de préserver le niveau de protection sociale actuelle.

10. Il apparaît essentiel de *renforcer le partenariat social et le degré de couverture des travailleurs par des CCT* en maintenant et en encourageant, comme c'est le cas actuellement en Suisse, la négociation collective au niveau de la branche.

11. Par ailleurs, les partenaires sociaux devront *lutter contre les faux-indépendants* pour préserver le partenariat social existant et le développer dans les nouvelles branches et spécifiquement dans le tertiaire/pour les employés actifs dans le tertiaire (stabiliser la concurrence – éviter le dumping social).

12. En parallèle, il conviendra aussi de réfléchir à *intégrer plus facilement les « travailleurs indépendants » et des employeurs plus atypiques dans le champ d'application des CCT*. Cette réflexion devra être traitée aussi à un niveau tripartite, les questions fondamentales de la mesure dans laquelle ces personnes pourraient se prévaloir d'une CCT, du for judiciaire ou de l'arbitrabilité des litiges, ainsi que l'assujettissement aux assurances sociales devant être clarifiées au niveau de la loi. De même, on s'interrogera sur l'opportunité d'intégrer ces personnes dans le décompte pour établir si les quorums requis pour l'extension d'une CCT sont remplis. Il en va de même pour les seuils en cas de licenciement collectifs ou d'obligation de négocier un plan social.

13. De plus, il faudra examiner dans quelle mesure il est possible de *faciliter l'extension des CCT et de contrôler de leur respect*, aussi lorsque l'employeur est à l'étranger (notamment les plateformes). Se pose en particulier la question de savoir si les quorums imposés en vue d'une extension ordinaire d'une CCT doivent être maintenus, assouplis ou supprimés. Ce sujet relève plus du champ du tripartisme que du partenariat social proprement dit.

14. Les partenaires sociaux et l'Etat devront réfléchir à la *prise de mesures en vue de pallier l'effet de l'externalisation du travail vers l'étranger*. Cet aspect présente de nombreux points communs avec les problématiques liées à la libre circulation des personnes :

elle porte un risque intrinsèque de dumping salarial et social et donc de concurrence potentiellement déloyale avec les entreprises locales. Il est nécessaire d'entamer rapidement des réflexions sur la possibilité d'utiliser des outils adéquats pour réagir aux effets transfrontaliers de la digitalisation du travail. Outre l'extension facilitée des CCT, on pourrait notamment explorer l'idée d'une *obligation d'annonce* similaire à celle prévue par la Loi sur les travailleurs détachés (LDét), qui s'appliquerait soit lorsqu'un employeur suisse délocalise des tâches (directement ou par *crowdworking*), soit lorsqu'un employeur sis à l'étranger fait travailler des personnes sur le territoire suisse sans détachement, ou encore même lorsque du travail destiné au marché suisse est exécuté entièrement à l'étranger. Les pistes d'une application par analogie du *droit des marchés publics* ou d'une mise en exergue de la *responsabilité sociale des entreprises* peuvent être explorées.

15. *Les nouveaux outils technologiques doivent pouvoir être utilisés par les partenaires sociaux pour préparer et mener la négociation collective* (accès à l'entreprise, communication des besoins et des points de négociation, etc.). Cette transformation peut présenter des avantages également pour les entreprises (extension des CCT rendue possibles par la représentation des intérêts des travailleurs *outsourcés*, facilitation cas échéant du constat de sous-enchère salariale, facilitation de la lutte contre le dumping social et salarial et contre la concurrence déloyale). La lutte contre la « sale concurrence » liée au dumping social et salarial passe par une représentation des travailleurs qui prend en compte les intérêts des « nouveaux travailleurs » et assure un dialogue social plus proche des réalités de la branche ou de la profession, ce qui, *in fine*, préserve la paix du travail.

16. Les effets transnationaux apportés par les nouvelles technologies et notamment le potentiel de délocalisation digitale du travail imposent une *réflexion à une échelle plus large* que la Suisse. L'on peut songer à de nouvelles normes internationales du travail, qui pourraient permettre de *mieux appréhender le champ d'action des normes ou à la construction et/ou le développement d'un partenariat social international*.

D. Conditions de travail : champ d'action des partenaires sociaux

17. *Santé et sécurité au travail : promouvoir et assurer la sécurité et la santé des travailleurs en lien avec les spécificités de la digitalisation de l'économie*

La digitalisation de l'économie peut représenter un danger en matière de sécurité et de santé au travail. On pense en particulier à la diminution des différences entre temps de travail et temps libre, de même qu'entre lieu de travail et lieu de vie. Ces phénomènes augmentent le stress et la pression mis sur les travailleurs— affectant par-là négativement la qualité du travail.

Les problématiques liées à la protection de la santé et de la sécurité au travail peuvent et doivent être appréhendée au niveau conventionnel et/ou tripartite pour répondre de manière concrète aux nouveautés apportées par la digitalisation. Les CCT peuvent aller plus loin que les standards minimaux posés dans la loi et consacrer des solutions concrètes et adaptées aux aspects opérationnels de l'entreprise.

18. *Participation des travailleurs : étendre la participation des travailleurs pour mettre en place (dans l'entreprise et dans la branche) les meilleures pratiques au regard des évolutions technologiques*

La digitalisation entraîne la modification de la conception classique des rapports entre employeur et employé et du champ d'action de ce dernier en matière de participation. Les

nouvelles méthodes de management impliquant une démocratisation du monde du travail devraient s'articuler avec une réflexion relative aux règles en matière de participation.

Les règles légales en la matière posent un standard minimum, de sorte qu'il est loisible aux partenaires sociaux d'appréhender cette problématique et de réfléchir à une adaptation plus concrète du droit de participation des travailleurs aux évolutions notamment digitales du marché du travail et notamment aux meilleures pratiques y relatives.

19. *Temps de travail* : reconnaître explicitement le travail digital comme temps de travail ; promouvoir les aménagements flexibles du temps de travail au sein de la limite légale hebdomadaire ; maintenir et améliorer technologiquement l'obligation de saisie du temps de travail.

La durée du travail et le temps de travail sont précisément définis dans la Loi sur le travail (LTr). Il s'agit de l'un des éléments essentiels en matière de protection de la santé et de sécurité des salariés. Le but est d'empêcher la survenance de maladies et d'accidents, qui coûtent cher à la collectivité, d'améliorer la qualité de vie des salariés et leur productivité. La loi prévoit des maximas hebdomadaires et des horaires durant lesquels il est interdit, sauf exception, d'employer des salariés. La Loi sur le travail ne contient pas de règles spécifiques au monde digital, qu'il s'agisse de flexibilisation ou de droit à la déconnexion. Nombreuses sont aujourd'hui les critiques contre cette loi (en particulier contre la réglementation du temps de travail).

La digitalisation de l'économie a tendance à entraîner de nouvelles formes d'exécution du travail (à distance, via ordinateur ou autres technologies numériques) qui favorisent l'exécution d'un nombre important d'heures de travail, parfois de nuit ou du dimanche. Cette flexibilisation a été identifiée par plusieurs études réalisées en Suisse comme créant des risques sérieux pour les travailleurs en termes de stress et de repos, risques qui ont le potentiel d'annuler les effets positifs de l'organisation autonome du travail.

A ce jour, la saisie du temps de travail apparaît comme l'instrument le plus efficace pour restreindre le dépassement des horaires et des heures de travail et, ainsi, pour protéger la santé des travailleurs.

Les questions relatives à la flexibilisation des rapports de travail peuvent être appréhendées par les CCT (horaire de travail flexible, compte épargne-temps) au sein du cadre légal. De la même manière, les questions portant sur un éventuel droit à la déconnexion, sur la délimitation des connexions d'un salarié, sur la responsabilité de ce dernier et celle de l'employeur, ainsi que sur l'injonction (in)directe qui est faite au salarié de travailler en dehors des horaires usuels (voire à toute heure) et à distance peuvent parfaitement être appréhendées par les partenaires sociaux. Plusieurs moyens existent, tels que l'éducation numérique des différents acteurs, les chartes d'utilisation, les règlements, des modules de déconnexion ou encore la coupure des serveurs ou des accès numériques durant les week-ends, les nuits et les vacances.

De même, en matière de saisie du temps de travail, les partenaires sociaux sont particulièrement bien placés pour négocier la mise en œuvre de la saisie du temps de travail et la mise en place de méthodes modernes et idoines permettant la conservation d'un équilibre entre la réalité du temps de travail, le droit y applicable et les modes concrets de saisie des heures effectivement réalisées – même en-dehors des locaux de l'entreprise. L'utilisation des technologies numériques pourrait justement, dans ce cadre, s'avérer utile et pratique.

20. *Lieu de travail* : régler dans les CCT les modalités du télétravail : aménagement de la place de travail; prise en charge des coûts ; contrôle des conditions de travail ; protection de la santé et mesures de sécurité.

La conception classique du lieu de travail est celle des locaux de l'entreprise. La législation publique sur le travail impose à l'employeur de veiller à ce que le lieu d'exécution du travail soit propice à assurer la bonne santé et la sécurité du salarié. Les nouvelles formes d'exécution du travail entraînent une modification de cette conception classique, puisque le salarié peut effectuer le travail ou une partie de celui-ci en tout lieu. La législation publique sur le travail n'appréhende pas les possibles variations relatives au lieu de travail du fait de l'évolution des technologies numériques.

Dès lors, la quasi-inexistence de telles règles légales ouvre un champ des possibles dont les partenaires sociaux peuvent et doivent s'emparer. En effet, il leur revient de déterminer avec précision selon quelles modalités les salariés peuvent travailler à leur domicile ou en d'autres lieux, dans quelle mesure le télétravail est volontaire et quels sont les principes applicables en matière de lieu. Les partenaires sociaux pourraient ainsi déterminer si le télétravail peut être imposé au travailleur, comment l'organiser et l'aménager pour s'assurer que le salarié dispose d'un lieu propice à la concentration, comment s'assurer que le salarié dispose d'un bureau ergonomique, éclairé, d'outils informatiques modernes et d'utilisation agréable, ou encore qui les fournit. Les partenaires sociaux régleront également les questions du contrôle des conditions de travail dans ce contexte.

21. *Formation et formation continue* : régler dans les CCT les modalités de la formation et de la formation continue : types de formations offertes ; obligation et droit à la formation et à la formation continue ; prise en charge des coûts ; aménagement du temps de travail pendant la formation.

L'essor des nouvelles technologies entraîne un besoin accru de formation et de formation continue. Dès lors, les réglementations en matière de formation continue et, surtout, de prise en charge de cette dernière financièrement devront être adaptées aux nouvelles exigences du marché du travail. La nouvelle loi fédérale sur la formation continue repose essentiellement sur le principe selon lequel la formation continue relève de la responsabilité individuelle et que les employeurs, tant publics que privés, favorisent la formation continue de leurs collaborateurs.

Dès lors, les partenaires sociaux ont tout le loisir de régler dans les CCT négociées les aspects relatifs à la formation (continue), soit notamment le type de formation complémentaire ou continue souhaitable, l'existence d'un droit du salarié à profiter de formations complémentaires ou continues et dans quelle mesure, ou encore la qualification et la rémunération du temps consacré à la formation continue.

22. *Protection des données et surveillance* : mettre en place des règles et des bonnes pratiques sur la protection des données personnelles ; déterminer quelles données collectées serviront au contrôle des conditions de travail et quelles sont les limites permettant de protéger la santé des salariés.

La digitalisation de l'économie et l'utilisation croissante de la technologie dans les rapports de travail entraîne un risque accru de surveillance et d'utilisation des données du travailleur. À ce jour, les réglementations légales en la matière n'appréhendent pas ces problématiques et leurs évolutions spécifiques, même si la jurisprudence a commencé à se pencher sur ces questions.

L'absence de réglementation légale ouvre un champ d'action propice à la réglementation collective. Les CCT pourront trouver et mettre en œuvre des solutions de branche ou au niveau de l'entreprise qui assureront un équilibre entre les intérêts de l'employeur et ceux des travailleurs. Les partenaires sociaux peuvent notamment réglementer l'obligation de l'employeur d'informer et/ou de consulter les travailleurs lors de l'introduction d'une nouvelle technologie pour l'exécution du travail, ou encore l'étendue de la protection de la sphère privée du travailleur (y compris du télétravailleur), notamment cas d'utilisation d'appareils électroniques personnels pour l'accomplissement du travail.

23. *Contrôle des conditions de travail : détailler les modalités du contrôle des conditions de travail ; mettre en place les outils modernes et adaptés au monde du travail digitalisé.*

Le contrôle du respect de la réglementation en matière conditions de travail est effectué par les autorités en ce qui concerne le droit public du travail. Les CCT peuvent prévoir un contrôle en commun, par les partenaires sociaux, du respect des conditions de travail conventionnelles. La plupart du temps, les contrôles sont envisagés sous l'angle classique du travail et en particulier de son exécution dans les locaux de l'employeur, même si la production de documents est souvent requise. Les réglementations actuelles ne prennent pas véritablement en compte la métamorphose de l'exécution du travail et ne proposent pas de modes de contrôles spécifiques des conditions de travail notamment dans le cas du télétravail.

Les modalités de contrôle des conditions de travail ont parfaitement vocation à être détaillées dans les CCT. En effet, les partenaires sociaux ont l'opportunité de négocier quels outils peuvent être mis en place pour permettre un contrôle efficace au moyen des technologies actuelles. L'usage de ces dernières pouvant entraîner des questions particulières de protection de la personnalité et des données personnelles des salariés, les partenaires sociaux ont la possibilité et la tâche d'en définir les contours et les limites. Il importerait de prévoir notamment, dans les CCT, quels devraient être les équipements et les ressources des inspecteurs et quel sera leur niveau d'instruction et de formation continue, afin qu'ils maîtrisent les outils technologiques nécessaires au contrôle.

* * *

II. Introduction

1. Mandat et questions posées

A. Contexte et attribution du mandat

Les soussigné-e-s ont répondu à l'appel d'offres publié par le SECO en décembre 2016 et se sont vu confier le mandat visant à réaliser une étude sur le futur du partenariat social et du tripartisme en Suisse dans le contexte de la digitalisation de l'économie.

Les partenaires sociaux et le SECO ont demandé la réalisation de cette étude dans le cadre de l'Initiative sur l'avenir du travail, lancée par le Directeur général de l'Organisation internationale du travail à l'occasion du centenaire de l'Organisation, initiative à laquelle la Suisse participe activement.

Le mandat a été décrit de la manière suivante :

« L'OIT est une organisation spécialisée de l'ONU et elle fonctionne sur une base tripartite outre les gouvernements, les travailleurs et les employeurs participent de plein droit aux décisions. »

Compte tenu de l'internationalisation des relations industrielles et de travail dans la thématique de la numérisation/« avenir du travail », il existe une dimension importante : le partenariat social en Suisse et dans le monde. Par partenariat social, on entend partenariat entre employeurs et syndicats.

Les progrès technologiques ont changé le monde de l'entreprise et du travail. En particulier : le développement de la numérisation et des technologies de l'information et de la communication ont un impact significatif sur le partenariat social.

*L'étude doit **examiner les défis** qui attendent le partenariat social et le tripartisme en Suisse, en tenant compte de la numérisation de l'économie et de la transformation écologique et tertiaire de l'économie. L'étude doit **proposer des pistes de réflexion** pour l'avenir ».*

Lors d'une première réunion, qui a eu lieu à Berne le 17 février 2017, les représentants du SECO (soit M. Jean-Jacques Elmiger, Mme Valérie Berset Bircher et M. Andri Meier de la Direction des affaires internationales du travail – DAIN – et Mme Ursina Jud du DPAS (analyse du marché du travail et politique sociale) et des partenaires sociaux (soit, pour l'Union syndicale suisse, M. Luca Cirigliano, et pour l'Union patronale suisse, M. Marco Taddei) ont entendu un premier projet de travail de la partie économique de l'étude, sur laquelle ils ont émis des observations dans un rapport de séance du 23 février 2017, auquel les auteur-e-s ont ajouté leurs propres observations.

Les auteur-e-s ont soumis aux mandants un projet du plan de leur étude à la fin mars 2017, au sujet duquel le SECO et les partenaires sociaux ont émis des observations.

Les auteur-e-s ont enfin pris part à la séance de la Commission tripartite pour les affaires de l'OIT le 7 avril 2017 à Berne. À cette occasion, ils ont présenté leur nouveau projet de plan de travail, prenant en compte les observations et les résultats intermédiaires de leurs recherches. Ce plan a été approuvé. La date pour remettre la version finale de l'étude, fixée au 19 mai 2017, a été confirmée. Les conclusions principales du rapport devaient en effet être intégrées au document de synthèse du dialogue national de la Suisse sur la préparation et la mise en œuvre de l'initiative de l'OIT sur le futur du travail, en vue du centenaire de

l'OIT. Si les auteur-e-s souhaitent compléter leur étude au moyen de références par la suite, ils restaient libres de le faire ; il a également été convenu que l'éventuelle rédaction d'une revue de littérature juridique comparée sur le sujet de la digitalisation de l'économie pourrait être effectuée pour une date ultérieure. Il a également été précisé, à l'occasion de cette séance, que l'étude devrait comporter un bref chapitre sur le tripartisme et un autre sur l'avenir des normes internationales du travail dans le contexte de la digitalisation. Enfin, les auteur-e-s ont rappelé qu'en raison des délais très courts imposés par le calendrier, ils s'étaient répartis la rédaction des différents chapitres de l'étude, raison pour laquelle certains chapitres ont été rédigés à l'origine en langue allemande et d'autres en français.

B. Questions posées

Dans le contexte rappelé ci-dessus, l'étude devait répondre aux questions suivantes (rédigées en allemand par la mandante) :

- Quels sont les défis posés par la digitalisation de l'économie aux partenaires sociaux et au tripartisme?
- Comment le partenariat social peut-il influencer positivement l'introduction de la digitalisation ?
- Quel est le futur du partenariat social et du tripartisme au regard de la tertiarisation de l'économie?
- Comment le partenariat social peut-il se renouveler à l'avenir ?
- Dans le futur, comment se développeront les conventions collectives de travail en Suisse, au regard du nombre croissant de travailleurs indépendants (recul du travail dépendant)?
- Quel est le futur des normes internationales du travail élaborées par l'OIT ?

2. Introduction générale et définitions

A. Problématique

La présente étude a pour but de dresser, d'abord, un état des lieux juridique relatif à la digitalisation de l'économie, ceci afin de pouvoir ensuite déterminer quel rôle ont actuellement – et seront appelés à jouer – les partenaires sociaux et le tripartisme.

La mise en contexte et la définition du cadre dans lequel s'inscrivent les problématiques juridiques actuelles s'impose comme préalable à toute analyse. Nous exposerons dès lors quels sont les aspects liés à la digitalisation de l'économie ayant un impact sur le droit du travail, en quoi ils consistent et de quelle manière il conviendra de les appréhender. On se penchera également sur les notions d'économie digitalisée et d'économie du partage ; cette dernière étant souvent présentée comme un nouveau mode de conception du travail, on étudiera les liens qu'elle entretient avec le droit et en particulier le droit du travail (B). Les évolutions en matière d'exécution du travail à distance grâce aux outils numériques telles, par exemple, que le télétravail, seront également définies et mises en rapport avec le droit du travail (C).

Il apparaîtra ainsi que la problématique juridique posée par la digitalisation de l'économie en matière de droit du travail doit être appréhendée en deux étapes :

10

1. En premier lieu, il convient de définir (ou de redéfinir ?) la notion de travailleur en prenant en compte les évolutions technologiques et leur influence sur le travail ;
2. Ce n'est que lorsqu'on est en présence d'un rapport de travail que l'on peut procéder, en second lieu, à l'analyse des rapports contractuels et de leur évolution sous l'angle du droit du travail.

Cette analyse en deux temps est cruciale pour les partenaires sociaux. En effet, comme on le verra ci-dessous¹, le champ d'action des partenaires sociaux est limité, juridiquement, à celui de l'application (et de l'applicabilité) des conventions collectives de travail, même si leur influence politique et économique est évidemment beaucoup plus large, comme on le verra au fil de la présente étude. Or, les CCT peuvent uniquement lier une ou plusieurs association(s) de travailleurs à un ou plusieurs employeur(s) ou association(s) d'employeur(s). Aucune application des CCT en dehors de ce cercle n'est possible, ni directement, ni par analogie². Le champ d'action des partenaires sociaux pourrait donc, en fonction non seulement des évolutions technologiques, sociologiques, mais également juridiques, se voir drastiquement réduit à l'avenir.

11

Or, dans le contexte du travail, la multitude de situations concrètes influencées et modifiées par la digitalisation de l'économie appellent nécessairement des solutions adaptées aux besoins spécifiques de chaque branche et de chaque profession. La multiplicité des situations, due à la présence sur le marché de nombreuses nouvelles technologies et de leurs adaptations, de leur intégration à des *business models* et à des pratiques relatives à l'exécution du travail seront présentées ci-après³.

12

La nécessité de trouver des solutions adaptées à chaque branche et à chaque profession appelle typiquement, en Suisse, une réaction des partenaires sociaux. De par leur droit à l'autonomie de tarif⁴, ils peuvent définir en commun les conditions de travail de leur branche ou de leur profession. Le modèle suisse de droit du travail, loué pour son adaptabilité et sa flexibilité, repose en très grande partie sur le droit collectif du travail (en complémentarité avec un système social qui doit offrir un niveau élevé de protection), comme on le verra ci-après⁵. Dès lors, la perpétuation de ce modèle passe par la préservation et le développement des zones d'action des partenaires sociaux, y compris dans les secteurs « digitalisés » de l'économie et les secteurs émergents⁶.

13

B. Règles applicables en droit suisse du travail

De manière nécessairement schématique, on peut présenter le droit suisse du travail comme étant composé de trois « couches »⁷, lesquelles interagissent à différents niveaux : ce « droit

14

¹ Cf. ci-dessous, ch. 44 ss.

² Sur le mécanisme d'extension des CCT, cf. ci-dessous, ch. 68 ss. Par ailleurs, les CCT peuvent instituer des standards minimaux par branche et par région, qui peuvent se traduire ensuite dans les usages (sur cette notion, voir notamment Meier/Seiler, pp. 245 ss).

³ Cf. ci-dessous, ch. 24 ss.

⁴ Cf. ci-dessous, ch. 49 s.

⁵ Cf. ci-dessous, ch. 14 ss.

⁶ Cf. ci-dessous, ch. 121.

⁷ Ou « *sous-ensembles* », cf. Mahon, p. 15.

du travail au sens étroit »⁸ comprend « le droit, privé, du contrat de travail, le droit, public, de protection des travailleurs et le droit collectif du travail »⁹. Selon la définition proposée par Mahon (reprise de Schweingruber), « le droit du travail est l'ensemble des normes juridiques qui régissent les rapports de travail, c'est-à-dire les relations juridiques entre employeurs et travailleurs ainsi qu'entre leurs groupements »¹⁰.

15 Le droit du travail trouve son fondement constitutionnel à l'art. 110 Constitution fédérale (Cst.)¹¹, selon lequel la Confédération peut légiférer sur la protection des travailleurs (let. a) et sur les rapports entre employeurs et travailleurs, notamment la réglementation en commun des questions intéressant l'entreprise et le domaine professionnel (let. b). Les dispositions sur le contrat individuel de travail (art. 319 ss) du Titre X CO, quant à elles, ont été adoptées au titre de la compétence fédérale en matière de droit privé (art. 122 al. 1 Cst.). Le droit du travail est, enfin, complété par l'art. 28 Cst., lequel consacre la liberté syndicale ; il sera question de cette disposition essentielle à la négociation collective ci-après¹².

16 En tant que « première couche » de réglementation, les normes de droit public du travail (fédérales et cantonales) « transcrivent la volonté de l'Etat de protéger lui-même les travailleurs. Elles sont donc fondées sur une relation verticale entre l'Etat et l'employeur »¹³. Essentiellement, le droit public du travail est contenu dans la Loi sur le travail (LTr)¹⁴ et dans la Loi sur l'assurance accidents (LAA)¹⁵. De par sa nature de droit public, « la législation protectrice des travailleurs est évidemment impérative : les parties à un contrat de travail ne peuvent l'écarter conventionnellement. Toutefois, le but de la loi sur le travail étant d'assurer au travailleur un minimum de protection, la plupart de ses dispositions sont conçues comme des normes limites, soit des minima (par exemple les règles de prévention des accidents), soit des maxima (la durée du travail, notamment). Il est donc loisible aux parties au contrat d'étendre, par un accord individuel, la protection du travailleur. Cette protection accrue résulte le plus souvent des conventions collectives de travail »¹⁶.

17 Quant à lui, le contrat individuel de travail fait l'objet des dispositions du Titre dixième du Code des obligations (art. 319 ss CO¹⁷) ; le contrat de travail lui-même est également une source importante du droit du contrat de travail¹⁸. Le Titre dixième du CO comporte des dispositions impératives (cf. art. 361 CO), qui l'emportent sur toutes les autres sources¹⁹, et des dispositions semi-impératives (cf. art. 362 CO), qui peuvent être modifiées par le contrat individuel de travail, par une convention collective ou par un contrat-type de travail²⁰.

18 Passerelle entre le droit public et le droit privé du travail, l'art. 342 al. 1 let. b CO réserve les dispositions de droit public de la Confédération et des cantons sur le travail et la formation professionnelle : « Sont visées les normes de droit public aussi bien fédérales que cantonales, protégeant les salariés. Les règles de droit public priment les autres règles qui leur

⁸ Mahon, p. 7.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Mahon, p. 15.

¹¹ RS 101.

¹² Cf. ci-dessous, ch. 49 s.

¹³ Aubry Girardin, thèse, ch. 59.

¹⁴ RS 822.11.

¹⁵ Cf. Aubry Girardin, thèse, ch. 243 ; RS 832.20.

¹⁶ Mahon, p. 20.

¹⁷ RS 220.

¹⁸ Principale, selon Mahon, p. 15.

¹⁹ Mahon, p. 23.

²⁰ Mahon, p. 23.

seraient contraires en particulier les dispositions contractuelles, même si celles-ci sont admissibles sous l'angle du droit privé du travail. Par exemple, les dispositions figurant dans la LTr qui régissent les horaires de travail et qui prévoient une majoration de salaire en cas de travail supplémentaire ou de travail de nuit à titre temporaire s'appliquent même si le contrat exclut le versement de tels suppléments »²¹. Si cette réserve en faveur du droit public a un caractère essentiellement déclaratoire, l'al. 2 de l'art. 342 ouvre, par contre, « la possibilité pour les salariés du secteur privé d'agir civilement pour obtenir l'exécution d'une obligation de droit public susceptible d'être l'objet d'un contrat individuel de travail »²².

Le droit collectif, sorte de « supra-droit privé du travail » est défini par Mahon (ici également selon Schweingruber) de la manière suivante : le droit collectif du travail « embrasse toutes les normes juridiques et institutions concernant les relations soit entre des employeurs ou des groupements d'employeurs et, d'autre part, des groupements de travailleurs soit entre des organisations d'employeurs et des organisations de travailleurs »²³. Dans la loi, seules sont réglées les conventions collectives de travail (art. 356 ss CO) et la liberté syndicale (art. 28 Cst.) : « Le poids essentiel du droit collectif du travail réside donc, en Suisse, non pas dans la législation, mais dans la convention collective de travail »²⁴.

Quant à l'effet des clauses d'une CCT, « les clauses normatives d'une CCT priment celles d'un contrat individuel de travail, à moins que ces dernières ne soient plus favorables au travailleur (cf. art. 357 al. 2 CO). Les dispositions légales impératives, de droit public ou de droit privé, l'emportent sur celles de la convention ; les dérogations stipulées en faveur du travailleur restent toutefois valables, pour autant que ce droit impératif ne s'y oppose par expressément (art. 358 CO) »²⁵.

Enfin, toujours selon Mahon, « si l'on veut établir une hiérarchie des sources du droit du travail au sens étroit, on aboutit à l'ordre de priorité suivant : règles légales impératives (de droit public ou de droit privé) ; convention collective ; contrat-type ; contrat individuel ; règles légales dispositives »²⁶.

En plus – et au-delà – de ces trois « couches » normatives constituant le « droit du travail au sens étroit »²⁷, il existe un ensemble de règles formant « ce que l'on peut appeler la politique du travail ou la politique de l'emploi »²⁸ : « Ainsi, les dispositions concernant le placement, la formation et l'orientation professionnelles, la lutte contre le chômage, notamment par la création de possibilités de travail, entrent, avec le droit du travail au sens strict, dans le droit du travail entendu dans son sens large »²⁹. À noter qu'il faut ajouter à ce complexe de règles toutes les autres assurances sociales, ainsi que le droit de la concurrence, dont on explicitera ci-après le lien étroit qu'il entretient avec le droit du travail³⁰.

Le survol qui précède met en évidence le fait que le droit suisse accorde une grande importance aux conventions collectives de travail. Cet instrument permet de mettre en place des

²¹ Aubry Girardin, *Liber Amicorum*, p. 28.

²² *Ibid.*

²³ Mahon, p. 20 et les références.

²⁴ Mahon, p. 21.

²⁵ Mahon, p. 23. Voir ci-dessous, ch. 125.

²⁶ Mahon, p. 23, et les références.

²⁷ Mahon, p. 7.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Cf. ci-dessous, ch. 89 ss et 95 ss.

solutions concertées et efficaces, propres à une branche ou à une profession. En l'absence de CCT, c'est le droit public du travail (en particulier la LTr) et le contrat individuel de travail qui sont seuls pertinents. Selon les derniers chiffres disponibles, tout juste 50 % des salariés sont couverts par une CCT et, parmi ces derniers, 42 % jouissent d'un salaire minimum³¹. Qui plus est, il apparaît que le degré de couverture de salariés par une CCT est le plus faible dans le secteur tertiaire³². Or, c'est ce secteur de l'économie qui est le plus fortement concerné par les mutations digitales. Ainsi, les questions posées par la digitalisation du travail peuvent – et devraient – être abordées par les partenaires sociaux. A nos yeux toutefois, une évaluation de la nécessité d'adapter la loi devrait être menée en parallèle, une moitié des travailleurs en Suisse n'étant pas couverts par une convention collective de travail. De plus, il apparaît nécessaire de cultiver et de développer le partenariat social pour qu'il soit en mesure d'investir des branches et des professions jusqu'à présent non couvertes par des CCT.

C. *L'économie digitalisée et le droit du travail*

24 Préalable indispensable à la meilleure compréhension de cette étude et aux enjeux actuels de l'économie digitalisée, un exposé relatif au contexte dans lequel se place cette réflexion apparaît essentiel. Par « *économie digitalisée* » ou « *économie du partage* », l'on désigne en premier lieu l'évolution des chaînes de production et de distribution par l'automatisation et la robotisation. L'exemple le plus connu est l'entreprise américaine de grande distribution Amazon, qui utilise des robots pour pratiquement chaque étape de distribution, de la commande sur un site internet à la distribution par des drones, en passant par la mise en paquets des produits par des robots. L'intervention humaine est, ici, fortement restreinte et limitée presque exclusivement au contrôle et à la maintenance des robots, d'une part, et au service clients, de l'autre³³.

25 L'économie digitalisée est un terme qui vise également les *business models* qui découlent de l'utilisation, par les entreprises, des nouvelles technologies numériques. On pense ici au *big data*, soit à la collecte de données en grande quantité en vue de leur analyse et de leur exploitation commerciale (utilisé par exemple par des réseaux sociaux comme Facebook), ou au *cloud computing*, à savoir le stockage massif de données numériques accessibles de partout dans le monde³⁴.

³¹ Cf. l'étude de l'Union syndicale suisse (USS) Mindestlöhne: Situation und Handlungsbedarf. Bericht der SGB-Expertengruppe Mindestlohn, Zurich 2011, p. 5 (les chiffres sur le salaire minimum seront à l'avenir modifiés vu l'arrêt du Tribunal fédéral, rendu le 21 juillet 2017, validant l'introduction d'un salaire minimum dans le canton de Neuchâtel : ATF 143 I 403). Il faut noter que, selon le Rapport Bilan des CCT du SECO (mai 2014), le « *taux de couverture net* » (salariés assujettis/salariés susceptibles d'être assujettis) est difficile à déterminer et qu'il n'existe à ce sujet que des approximations : le dernier calcul officiel du taux de couverture net par la Confédération date de 1991 (il était alors de 51%, voire 48% selon la méthode utilisée) (p. 45). Il est passé ensuite à 45% en 1996, puis à 41% en 2001, pour remonter à 48% en 2005 et à 50% en 2007 (cf. le Tableau 5, p. 46).

³² *Idem*, p. 6.

³³ Le Huffington Post rapporte ainsi qu'Amazon utilisait 45'000 robots dans ses entrepôts en 2016, contre 30'000 en 2015 et 15'000 en 2014. 230'000 personnes étaient employées par le groupe en 2015 ; les chiffres de 2016 ne sont pas encore connus (cf. <http://www.huffingtonpost.fr/2017/01/04/amazon-emploi-plus-de-45-000-robots-dans-ses-entrepots/>, consulté en dernier lieu le 15 mai 2018).

³⁴ Sur ces notions, voir le Rapport du Conseil fédéral du 8 novembre 2017, pp. 10 ss ; et, pour une description des nouveaux modèles d'affaires liés aux nouvelles technologies, pp. 40 ss.

On trouve ici des *business models* basés sur le travail de milliers de personnes à travers le monde, désignées par le terme *clickworkers* : ces personnes sont payées pour chaque clic de souris et effectuent des tâches aussi variées que le placement de publicités personnalisées sur les pages internet consultées par l'internaute, les *likes* et autres *ratings* pour des pages internet d'entreprises ou de partis politiques, etc. 26

Sont visées également des plateformes de partage et les entreprises qui utilisent cette technologie, un secteur désigné par le terme « *économie du partage* ». Les plateformes les plus connues du grand public sont les américaines Airbnb (location d'appartements de vacances de particulier à particulier) et Uber (mise en contact de chauffeurs « *privés* » offrant un service de transport de personnes)³⁵. 27

Aux Etats-Unis, ces plateformes se développent bien plus rapidement qu'en Europe et dans des secteurs variés de l'économie : on trouve ainsi non seulement de nombreux concurrents à Uber (Via, Lyft, etc.) ou à Airbnb (Homeaway, par exemple), mais également des « plateformes » comme Taskrabbit ou Handy, qui mettent en contact des personnes prêtes à effectuer toutes sortes de menus travaux (jardinage, entretien de la maison, plomberie, etc.) et des personnes qui ont besoin de ces services. En Suisse, de telles plateformes ne sont pas encore nombreuses. On peut citer par exemple Annanow³⁶, qui semble être le pendant exact d'Uber, à la différence près que ce ne sont pas des personnes qui sont transportées, mais des paquets ; ou encore Mila, qui « *te met en relation avec des personnes qui ont des compétences techniques* »³⁷. 28

Il va de soi que chacune de ces « plateformes » dispose de son propre modèle économique pour générer un chiffre d'affaires, le plus souvent en prélevant une commission sur chaque transaction effectuée par le biais de la plateforme, ou encore par la publicité. 29

L'évolution des technologies offre sans cesse de nouvelles possibilités pour les entreprises, qui les utilisent soit pour créer de nouveaux services (Airbnb par exemple), soit pour offrir des services déjà présents depuis longtemps sur le marché, mais d'une nouvelle manière (Uber par exemple). En matière de droit du travail, certaines de ces nouvelles entreprises peuvent poser des problèmes, car elles font appel à des travailleurs (ou prestataires de services). Ce n'est pas le cas de toutes ces plateformes, car pour certaines, le service rendu n'est pas au centre de la prestation (comme c'est le cas de Airbnb, dont la prestation centrale est la mise à disposition d'un appartement). 30

Le défi posé par le développement de cette économie est dès lors principalement celui de la qualification des prestations fournies d'un point de vue juridique. Les prestataires de services sont-ils des mandataires ou des employés ? Doivent-ils être considérés comme des indépendants ou des personnes dépendantes ? Entrent-ils dans le champ d'application du droit du travail ou non ? Qu'en est-il des assurances sociales ? Et du droit de la concurrence ? 31

C'est peu dire que ces questions nouvelles n'ont pas trouvé de réponse définitive : le débat fait rage, en Suisse, mais également au-delà des frontières nationales, au sein de la doctrine, quand les tribunaux ne se sont pas encore déterminés. Pour certain-e-s, le cadre légal actuel suffit à qualifier ces services et chaque cas doit être appréhendé sous l'angle du droit du 32

³⁵ Cet aspect particulier de l'économie digitalisée est parfois désigné par le terme « *uberisation de l'économie* ». Cf. à ce propos, Witzig, note de bas de page 2.

³⁶<http://annanow.com/#!/home> en dernier lieu le 15 mai 2018

³⁷<https://www.mila.com> en dernier lieu le 15 mai 2018

travail, respectivement des autres contrats de services, afin de déterminer si l'on est en présence d'une personne dépendante ou indépendante selon les critères existant actuellement et qui seront exposés ci-après³⁸. Une autre opinion conçoit l'existence de situations hybrides que le droit actuel ne peut véritablement appréhender faute d'être adapté aux évolutions concrètes du marché³⁹. Au mieux, la protection du pourvoyeur de services pourrait découler d'une application par analogie des règles de droit du travail⁴⁰.

33 Aux yeux des auteur-e-s de la présente étude, cette dernière position doit être abandonnée. En effet, une application par analogie du droit du travail, nécessairement imparfaite et incomplète, est insatisfaisante pour deux raisons. Tout d'abord, le droit du travail actuel permet d'appréhender toutes les formes de prestations de services existantes auxquelles il conviendra d'appliquer les critères juridiques permettant de déterminer si elles sont le fait d'une personne dépendante ou non, liée ou non par un contrat de travail et les règles légales y relatives. Au surplus, l'application par analogie des règles relatives au contrat de travail exclut en principe l'application du droit public, spécifiquement de la LTr, et risque d'exclure également ces personnes du champ d'application des conventions collectives de travail.

34 La question de la qualification des prestations de l'économie digitalisée consiste en une première étape permettant de déterminer quelles règles seront applicables à quelle situation. Ces points seront repris en détail ci-dessous⁴¹.

D. *Nouvelles formes d'exécution du travail*

35 La situation décrite précédemment doit être distinguée des modes d'exécution du travail liés à l'usage des nouvelles technologies. Dans ce cas, l'analyse part du postulat qu'il existe un contrat de travail et que le salarié bénéficie de la protection du droit du travail. La question ne se pose dès lors pas au même niveau, respectivement elle n'intervient qu'une fois le statut de travailleur admis pour une situation donnée.

36 L'une des principales problématiques ayant émergé avec le développement de la technologie est le télétravail (*home-office*), qui concerne entre 4,7-5,8% (travail habituel à domicile) et 12,2-14,2% (travail habituel dans un lieu changeant ou en déplacement)⁴². En incluant les activités indépendantes « en solo » et les autres formes de « travailleurs-entrepreneurs », on atteindrait un chiffre d'environ un « télétravailleur » sur quatre travailleurs en Suisse⁴³. Selon le rapport du Conseil fédéral qui lui est consacré, le télétravail consiste, pour le salarié, à travailler à distance, soit en dehors des locaux de son employeur⁴⁴. De plus, le salarié doit être connecté à distance à son employeur au moyen d'outils de télécommunication assurant la transmission de données. La prestation à distance est ainsi en principe une prestation de type intellectuel⁴⁵. Enfin, en corollaire, il faut retenir que le télétravail n'inclut que les activités qui pourraient également être accomplies au sein de l'entreprise – une activité qui doit

³⁸ Cf. ci-dessous, ch. 118 ss.

³⁹ Cf. par exemple l'article de Witzig précité.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Cf. ci-dessous, ch. 118 ss.

⁴² <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/culture-medias-societe-information-sport/societe-information/indicateurs/teletravail.html>

⁴³ Meissner et al., *Activité indépendante*, p. 6.

⁴⁴ Rapport télétravail, p. 7.

⁴⁵ Rapport télétravail, p. 7 s.

par exemple s'effectuer sur un chantier hors du périmètre de l'entreprise ne peut être considérée comme répondant à ce critère⁴⁶. Il sied encore de préciser que le télétravail peut être régulier ou occasionnel, effectué de manière nomade (nomadisme), en divers types de lieux (à domicile, dans des lieux de *coworking*, dans les transports, etc.), total ou alterné avec du travail au sein de l'entreprise⁴⁷.

Dans la ligne du développement du télétravail, certains employeurs réduisent les espaces de travail, économisant de la sorte les coûts d'emploi de collaborateurs. Ainsi, dans certaines entreprises, les travailleurs ne disposent-ils plus d'espaces de travail attribués, chacun choisissant chaque jour la place qui lui convient, en fonction des tâches accomplies⁴⁸, mais aussi des espaces disponibles à son arrivée. Il arrive même que l'employeur ne mette pas à disposition autant de places qu'il n'a de collaborateurs, obligeant par-là celui qui arrive après ses collègues à repartir chez lui, dans un café ou un espace de *coworking* pour pouvoir travailler (*desk-sharing*)⁴⁹.

Ces nouvelles formes d'organisation du travail illustrent la tendance, qui s'est développée ces dernières années, vers une flexibilisation toujours croissante des heures de travail des salariés. Actuellement, l'on estime que 61% environ des travailleurs suisses jouissent d'horaires flexibles, soit d'horaires souples et variables⁵⁰.

La présente étude portera de fait largement sur les diverses modalités d'exécution flexible du travail, en tant que, comme nous le verrons, le partenariat social et le tripartisme n'ont pas vocation à s'étendre aux personnes non dépendantes qui ne répondent pas à la qualification de travailleur.

Ainsi, on constate sans peine qu'il existe à ce jour (et existera dans un futur proche) une multitude de modèles d'entreprise qui feront usage de certaines technologies à disposition sur le marché, lesquelles auront des impacts différents sur l'exécution du travail ou sur le poste de travail même, ainsi que sur les impératifs de formation et de formation continue des travailleurs. Cette multiplicité des situations et donc des besoins explique pourquoi il est indispensable, à notre avis, de mettre en place rapidement des solutions négociées au niveau de la branche ou de la profession, par la négociation collective.

E. Annonce de plan

Afin de répondre aux questions posées dans le cadre de ce mandat, les auteur-e-s procéderont tout d'abord à une analyse des bases juridiques du partenariat social en Suisse (III). Les recherches effectuées ont mis en évidence la présence d'éléments structurels apportés par la digitalisation dans le monde du travail. Ces nouveaux paradigmes serviront à l'analyse des questions fondamentales découlant de la qualification des rapports contractuels et des aspects transnationaux du « *travail digital* » (IV).

Nous nous intéresserons ensuite aux effets de la digitalisation sur l'exécution du travail (V) en analysant les thèmes suivants : la participation des travailleurs (1), la santé et la sécurité

⁴⁶ Rapport télétravail, p. 9 s.

⁴⁷ Rapport télétravail, p. 10.

⁴⁸ Meissner et. al., *Activité indépendante*, p. 6.

⁴⁹ Il est à noter que ces nouvelles formes d'exécution du travail sont aussi mouvantes que les définitions qui y sont associées. Il est à la fois difficile de trouver des définitions claires et encore plus de dégager une définition unique et claire pour chacun des concepts susévoqués.

⁵⁰ Meissner et. al., *Activité indépendante*, p. 6.

au travail (2), le temps et le lieu de travail (3 et 4), la formation – continue – (5), la protection des données (6) et le contrôle des conditions de travail (7).

43 L'étude se poursuit sur une synthèse portant sur les effets de la digitalisation sur le partenariat social (VI) et sur le tripartisme (VII). Enfin, les auteurs achèvent l'analyse sur de brèves réflexions relatives à l'avenir des normes internationales de travail dans le contexte de la digitalisation (VIII).

III. Bases juridiques du partenariat social en Suisse

1. Bases constitutionnelles et conventionnelles

44 En droit international, la liberté syndicale est très largement reconnue et codifiée depuis l'aube du XXe siècle. Elle figure déjà dans la Constitution de l'Organisation internationale du travail (OIT) de 1919 et dans la déclaration de Philadelphie de 1944⁵¹. Deux des huit conventions fondamentales de l'OIT y sont consacrées, à savoir la Convention n°87 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical (1948)⁵² et la Convention n°98 concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective (1949)⁵³. D'autres conventions de l'OIT y sont consacrées, à savoir notamment la convention n°151 concernant la protection du droit d'organisation et les procédures de détermination des conditions d'emploi dans la fonction publique (1978)⁵⁴ et la convention n°154 concernant la promotion de la négociation collective (1981)⁵⁵.

45 La Déclaration universelle des droits de l'Homme de l'ONU (1948), à son art. 23 al. 4, et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, 1950)⁵⁶, à son art. 11 al. 1, prévoient que toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

46 La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après : Cour EDH) sur la question de la liberté syndicale collective traite essentiellement de syndicats de la fonction publique⁵⁷. La Cour EDH a toutefois précisé que les principes énoncés dans sa jurisprudence sont également applicables en matière de rapports de travail de droit privé, y compris concernant le droit de négocier collectivement. Cette jurisprudence, ainsi que celle du Tribunal fédéral, sera présentée ci-après, au fil des sujets traités dans la présente étude.

47 À ce stade, qu'il suffise de rappeler que les droits consacrés par la CEDH (art. 2 à 14) sont directement applicables en Suisse et invocables par des particuliers devant les instances judiciaires nationales. De jurisprudence constante, le Tribunal fédéral traite la CEDH au

⁵¹ Cf. la version consolidée de ces deux instruments au RS 0.820.1.

⁵² RS 0.822.719.7.

⁵³ RS 0.822.719.9.

⁵⁴ RS 0.822.725.1.

⁵⁵ RS 0.822.725.4. D'autres instruments, comme la convention n°135 concernant les représentants des travailleurs (1971) n'ont pas été ratifiés par la Suisse.

⁵⁶ RS 0.101.

⁵⁷ Voir p.ex. Syndicat national de la police belge contre Belgique du 27 octobre 1975 (n. 4464/70) ; Syndicat suédois des conducteurs de locomotives contre Suède du 6 février 1976 (n. 5614/72) ; Schmidt et Dahlström contre Suède du 6 février 1976 (n. 5589/72) ; Demir et Baykara contre Turquie du 12 novembre 2008 (n. 34503/97).

même rang que la Constitution fédérale⁵⁸ : « *Il faut tenir compte de ses particularités et notamment de son caractère d'instrument évolutif* »⁵⁹. Dès lors, il revient aux Etats de « *protéger des droits concrets et effectifs, et non théoriques et illusoire* » ; les Etats ont une obligation de respecter, de réaliser et de protéger effectivement les droits de l'homme, quelle que soit leur nature⁶⁰. Ainsi, l'Etat ne doit pas violer la liberté syndicale des acteurs privés consacrée à l'art. 11 de la convention, mais il doit également la protéger activement⁶¹ - en tant que la liberté syndicale (ou liberté de coalition) sert également à soutenir la fonction sociale et politique des conventions collectives de travail. Des conditions cadres sont nécessaires afin que des associations professionnelles et syndicales fortes soient en mesure de négocier ces CCT.

En Suisse, les bases juridiques du partenariat social se trouvent essentiellement dans les dispositions concernant la liberté syndicale. Cette dernière comprend en effet le droit de négocier collectivement et celui de conclure des conventions collectives de travail. Le partenariat social transparaît également dans les bases légales concernant l'institution juridique de la convention collective de travail (art. 356 ss CO), de l'extension de cette dernière (Loi sur l'extension des conventions collectives de travail - LECCT⁶²) et du rôle des partenaires sociaux dans le cadre des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes (mesures « *anti-dumping social et salarial* », en particulier la Loi sur les travailleurs détachés - LDét⁶³).

L'art. 28 Cst. consacre la liberté syndicale : 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 non⁶⁴. Comme le rappelle le Tribunal fédéral, « *jurisprudence et doctrine distinguent 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. Elle implique notamment le droit de participer à des négociations collectives et de conclure des conventions collectives* »⁶⁵.

La liberté syndicale (ou liberté de coalition) ne comprend pas seulement le droit de créer des organisations, mais également celui d'assurer leur pérennité et l'effectivité de leurs actions, dont découle le droit de conclure des conventions collectives de travail⁶⁶: « *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. Elle implique notamment*

⁵⁸ Cf. Pärli EMRK, p. 1672. La question du rapport entre la Constitution fédérale et le droit international est complexe ; voir à ce propos l'ATF 139 I 16 (JdT 2013 I p. 167).

⁵⁹ ATF 139 I 16 c. 5.2.2.

⁶⁰ Dunand/Mahon, Représentants, p. 98.

⁶¹ Voir Pärli, Festschrift, p.435 ss.

⁶² RS 221.215.311.

⁶³ RS 823.20.

⁶⁴ Egalement art. 8 Pacte ONU I, convention 98 de l'OIT.

⁶⁵ ATF 140 I 257, c. 5.1 et les références ; cf. également Andermatt, N 10.

⁶⁶ Baumgartner, p. 362.

le droit de participer à des négociations collectives et de conclure des conventions collectives »⁶⁷.

2. Le droit de négocier collectivement et l'instrument de la convention collective de travail

51 Dans son arrêt *Demir et Baykara* contre Turquie du 12 novembre 2008, la Cour EDH a consacré un important changement par rapport à sa jurisprudence antérieure en reconnaissant expressément que le droit de négocier collectivement est compris dans l'art. 11 CEDH : « *La Cour estime, eu égard aux développements du droit du travail tant international que national et de la pratique des Etats contractants en la matière, que le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du « droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts » énoncé à l'article 11 de la Convention, étant entendu que les Etats demeurent libres d'organiser leur système de manière à reconnaître, le cas échéant, un statut spécial aux syndicats représentatifs. Comme les autres travailleurs, les fonctionnaires, mis à part des cas très particuliers, doivent en bénéficier (...)*⁶⁸ ».

52 Cet avis a été confirmé récemment encore par le Tribunal fédéral dans son ATF 140 I 257, dans lequel il a établi le droit d'un syndicat d'invoquer la liberté syndicale pour revendiquer un droit de participer à des négociations collectives ou de conclure une convention collective, pour autant qu'il puisse être reconnu comme partenaire social. Ceci supposait en particulier qu'il soit suffisamment représentatif et qu'il fasse preuve d'un comportement loyal.

53 Le droit d'être reconnu, à certaines conditions, comme partenaire social et donc le droit à la négociation collective sont ainsi reconnus et consacrés par la Constitution fédérale et le droit international.

54 La convention collective est l'instrument juridique par lequel les parties à la négociation collective conviennent ensemble des conditions de travail. Sa définition légale figure à l'art. 356 al. 1 CO : par la convention collective, des employeurs ou associations d'employeurs, d'une part, et des associations de travailleurs, d'autre part, établissent en commun des clauses sur la conclusion, l'objet et la fin des contrats individuels de travail entre employeurs et travailleurs intéressés.

55 Il est généralement admis par la jurisprudence et la doctrine que les clauses des conventions collectives de travail se répartissent en trois catégories. Par les clauses de nature obligationnelle, qui règlent directement les rapports entre les employeurs et les travailleurs, les parties à la CCT s'obligent mutuellement, en tant que parties au contrat (art. 356 al. 3 CO)⁶⁹. Les clauses normatives s'appliquent directement au contrat de travail individuel conclu entre l'employeur signataire ou membre de l'organisation patronale signataire et le travailleur membre du syndicat signataire de la CCT, par l'effet de l'art. 356 al. 1 CO ; ces clauses ont un effet direct et impératif (art. 357 al. 1 CO) et s'interprètent comme des lois⁷⁰. Elles portent sur la conclusion, l'objet et la fin des contrats individuels de travail. Quant aux clauses semi-normatives, elles concernent également les rapports entre employeurs et travailleurs, mais elles ne portent ni sur la conclusion, ni sur l'objet, ni sur la fin des contrats de travail⁷¹.

⁶⁷ ATF 140 I 257 c. 5.1 et les références.

⁶⁸ CrEDH, arrêt *Demir et Baykara*, § 154.

⁶⁹ TF, 4C.76/2003 du 2 juin 2003, c. 3.

⁷⁰ TF, 4C.76/2003 du 2 juin 2003, c. 3.

⁷¹ Wyler, p. 821 s.

Ainsi, par la négociation collective, les partenaires sociaux déterminent de manière autonome les conditions de travail et de salaire dans leur branche ou dans l'entreprise, sous la seule réserve des dispositions impératives du droit fédéral (cf. art. 357 al. 2 CO) ; ils disposent également d'une grande autonomie dans le contrôle du respect de ces conditions de travail et les sanctions infligées lorsqu'elles sont violées.

56

Comme l'indiquent Dunand et Mahon, « *favoriser la négociation est ce en quoi consiste le partenariat social, c'est-à-dire la fixation en commun, entre les employeurs ou leurs associations et les travailleurs regroupés collectivement, des conditions de travail. De cette manière, la liberté contractuelle n'est aucunement supprimée, elle est concrétisée à un niveau collectif* »⁷². Le Tribunal fédéral s'est exprimé à de nombreuses reprises sur le but des CCT : « *Der GAV bezweckt, die schwächere Partei zu schützen, eine einheitliche Behandlung der Arbeitnehmer zu sichern, sozialen Konflikten vorzubeugen und die Anstellungsbedingungen mit relativ flexiblen Normen zu ordnen* »⁷³.

57

3. La qualité de partenaire social

En droit suisse, la loi ne fixe pas les conditions auxquelles un syndicat ou une organisation patronale peuvent se voir reconnaître la qualité de partenaire social. Il n'existe pas non plus de procédure d'annonce ou de reconnaissance de la qualité de partenaire social par l'Etat. Ainsi, la reconnaissance de la qualité de partenaire social doit se faire au cas par cas, selon les critères fixés par la jurisprudence : « *Les conditions de reconnaissance d'un syndicat ont été développées par la jurisprudence rendue en droit privé, selon laquelle un syndicat doit être reconnu comme partenaire social afin de participer à des négociations collectives, de conclure une convention collective ou d'y adhérer, même sans l'accord de l'employeur ou des autres partenaires sociaux, s'il est suffisamment représentatif et qu'il se comporte loyalement, sous peine de violer ses droits de la personnalité. En particulier, un syndicat minoritaire ne peut être écarté s'il est suffisamment représentatif, à moins que l'auteur du refus ne fasse valoir un intérêt digne de protection, un tel intérêt n'existant pas lorsque le syndicat ne peut se voir reprocher une attitude déloyale ou qu'il se déclare prêt à respecter toutes les obligations découlant de la convention collective de travail* »⁷⁴.

58

Récemment, le Tribunal fédéral a précisé ces critères : « *En effet, le droit éventuel du travailleur dissident de ne pas contribuer aux frais de la CCT ne se justifie que si le syndicat dont il est membre dispose du droit de participer à la convention. A cet égard, le Tribunal fédéral a rappelé encore récemment que le droit de participer à des négociations collectives, de conclure des CCT ou d'adhérer à de telles conventions n'était pas ouvert sans restrictions à n'importe quel syndicat, sous peine d'aboutir à une trop grande multiplication des acteurs sociaux propre à nuire à la qualité et à l'efficacité du dialogue social. Seul un syndicat reconnu comme partenaire social peut se prévaloir d'un tel droit, ce qui sera le cas lorsqu'il a la compétence de conclure des conventions collectives ("Tariffähigkeit"), qu'il est compétent à raison du lieu et de la matière, qu'il est suffisamment représentatif et qu'il fait preuve d'un comportement loyal* ».⁷⁵

59

⁷² Dunand/Mahon, Grève, ch. 38.

⁷³ ATF 121 II 171, cité par Metz, p. 161.

⁷⁴ ATF 140 I 257, c. 5.2.1.

⁷⁵ ATF 141 III 418 c. 4.2. Voir aussi TF, 2C_118/2014 du 22.03.2015, c. 4.1 (dans l'affaire Syndicat SAP).

60 Jurisprudence et doctrine s'accordent ainsi sur les quatre conditions qu'un syndicat doit cumulativement remplir pour être reconnu comme partenaire social, à savoir :

- 1) avoir la compétence de conclure des conventions collectives ("*Tariffähigkeit*"),
- 2) avoir la compétence à raison du lieu et de la matière,
- 3) être suffisamment représentatif (condition de la représentativité) et
- 4) faire preuve d'un comportement loyal (condition de la loyauté)⁷⁶.

61 La notion de « *compétence de conclure des conventions collectives de travail* » (*Tariffähigkeit*) vise le droit d'être partie à une convention collective de travail⁷⁷. L'art. 356 CO confère un rôle important aux organisations qui disposent de la *Tariffähigkeit*, en ce qu'elles peuvent être reconnues comme parties aux CCT⁷⁸.

62 Pour satisfaire à cette condition, le syndicat doit être constitué en association au sens de l'art. 60 CC ou en coopérative au sens des art. 552 ss CO et disposer de la personnalité juridique⁷⁹. Les conditions suivantes, qui se basent sur le droit allemand et le droit français, ainsi que sur la Convention de l'OIT n° 154⁸⁰, doivent, au surplus, être remplies par les associations de travailleurs pour qu'elles puissent conclure une CCT⁸¹ :

- L'adhésion libre au syndicat doit être ouverte aux salariés (liberté de coalition négative, *negative Koalitionsfreiheit*). Le processus de création ne doit pas être contraint, l'adhésion et le départ des personnes doivent être garantis ; les syndicats contraignants ne peuvent pas négocier de CCT⁸².
- Le syndicat doit être indépendant des partenaires de négociation. Un syndicat ne peut dès lors être constitué que de salariés (ou de demandeurs d'emploi) et ne peut accueillir ni représentants d'employeurs, ni être dépendant de leur soutien économique, ni ne tolérer aucune intervention du côté des employeurs⁸³. La condition de l'indépendance découle directement de l'art. 28 Cst. : « *Etant donné cette portée de la liberté syndicale, consacrée par la Constitution et basée sur la représentation d'intérêts opposés, seules peuvent invoquer la liberté syndicale collective des organisations indépendantes de la partie adverse* »⁸⁴. Les organisations de travailleurs doivent être réellement représentatives des intérêts de ces derniers en étant non seulement juridiquement, mais effectivement indépendantes des employeurs et disposer du poids nécessaire pour remplir leur fonction⁸⁵.

⁷⁶ ATF 140 I 257 c 5.2.1. Voir également TF, arrêt 2C_118/2014 du 22 mars 2015 c. 4.1 et les références ; Geiser, *Entwicklungen*, p. 364. Voir également, sur ce sujet, le dossier du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du Bureau international du Travail sur la plainte contre le gouvernement de la Suisse présentée par le Syndicat autonome des postiers (SAP) (cas n° 3109), rapport définitif du mois d'octobre 2016 (disponible ici : http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:50002:0::NO::P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3302032, consulté en dernier lieu le 15 mai 2018).

⁷⁷ ZK-Vischer/Albrecht, Art. 356 N 35.

⁷⁸ Metz, p. 164.

⁷⁹ Bruchez, N 32.

⁸⁰ Convention n°154 concernant la promotion de la négociation collective du 19 juin 1981, ratifiée par la Suisse le 19 septembre 1983 (RS 0.822.725.4).

⁸¹ Bruchez, N 25. Voir aussi ZK-Vischer/Albrecht, art. 356 N 34 ss.

⁸² Bruchez, N 25; ZK-Vischer/Albrecht, art. 356 N 51.

⁸³ Bruchez, N 25. Voir aussi ZK-Vischer/Albrecht, art. 356 N 34 ss.

⁸⁴ Andermatt, N 31.

⁸⁵ Bruchez, N 24 (*nous soulignons*).

- En particulier, la création du syndicat ne doit pas émaner de la partie opposée, sa direction ne doit pas être dans les mains des opposants, le syndicat ne doit pas être dépendant d'un soutien économique de l'autre partie. L'exigence de l'indépendance de la partie opposée découle du principe légal du devoir d'action, de la fonction des partenaires sociaux comme opposés et de l'essence de la CCT en général, qui est le résultat d'un libre accord des syndicats obligés de garantir les intérêts de leurs membres⁸⁶. Il découle également de ce principe que les syndicats mixtes ne peuvent pas négocier de CCT⁸⁷.
- Le syndicat doit encore être indépendant de tiers, en particulier de l'Etat, des partis politiques et de l'Eglise⁸⁸.
- Le syndicat doit avoir, en raison du nombre de ses membres, de ses ressources économiques comme de sa reconnaissance et de son expérience, un poids politique suffisant⁸⁹.
- Le syndicat doit être prêt et en mesure de mettre en place des moyens de combat⁹⁰ ;
- Vischer/Albrecht posent encore une autre condition : le syndicat doit poursuivre un but spécifique de défense ou de soutien des conditions économiques ou de travail de ses membres. Les associations qui, par leur composition ou par leurs activités effectives, ne défendent pas certains intérêts de travailleurs ou d'employeurs ne peuvent pas négocier de CCT⁹¹.

Pour disposer de la qualité de partenaire social dans le domaine couvert par une CCT, les parties doivent, de plus, disposer de la compétence à raison du lieu et à raison de la matière⁹².

Les organisations doivent enfin être suffisamment représentatives et ne pas faire preuve d'un comportement déloyal. Il s'agit ici de « *notions juridiquement indéterminées, qui doivent être concrétisées dans chaque cas particulier par usage du pouvoir d'appréciation* »⁹³. La jurisprudence fournit quelques indications à ce propos⁹⁴ : « *En ce qui concerne d'abord la condition de représentativité, le pouvoir d'appréciation est correctement mis en œuvre si des critères adéquats et raisonnables sont utilisés. Ces critères doivent être suffisamment larges pour admettre dans le dialogue social des syndicats minoritaires, de manière à favoriser un certain pluralisme dans l'expression des voix syndicales, sans pour autant conduire à admettre tout syndicat minoritaire comme partenaire social, sous peine de nuire à l'efficacité du dialogue social. Il est ainsi nécessaire que le syndicat soit le porte-parole d'une minorité et non pas constitué de membres isolés. À cet égard, le Tribunal fédéral n'a pas fixé de seuil quantitatif minimal applicable de manière générale pour déterminer si un syndicat minoritaire est représentatif. Il a en revanche retenu, dans un cas d'espèce, qu'un syndicat comprenant 7% des travailleurs de l'entreprise était suffisamment représentatif et que si l'on voulait le nier, ce syndicat devrait tout de même être reconnu de par son importance évidente au plan national. Il ressort de cette jurisprudence que, d'une part, un syndicat n'a pas besoin de représenter une forte minorité pour être représentatif et que, d'autre*

⁸⁶ ZK-Vischer/Albrecht, art. 356 N 46.

⁸⁷ ZK-Vischer/Albrecht, art. 356 N 46. Bruchez, N 25, partage cette opinion.

⁸⁸ Cf. ZK-Vischer/Albrecht, art. 356 N 50.

⁸⁹ Selon Vischer/Albrecht, cette condition (qui vient du droit allemand) n'est pas valable en Suisse (ZK-Vischer/Albrecht, art. 356 N 54).

Contra Portmann/Rudolph, art. 356 N 55.

⁹¹ ZK-Vischer/Albrecht, art. 356 N 53.

⁹² ZK-Vischer/Albrecht, art. 356 N 56 ; Bruchez, N 28 et 29.

⁹³ ATF 140 I 257, c 6.1 (« *critères adéquats et raisonnables* »).

⁹⁴ En particulier : ATF 140 I 257, ATF 125 III 82, ATF 118 II 431 et ATF 113 II 37.

part, un syndicat non représentatif dans l'entreprise concernée, mais qui jouit d'une représentativité suffisante au niveau cantonal ou fédéral doit également être reconnu comme partenaire. La représentativité d'un syndicat doit également être examinée compte tenu de la structure particulière de l'entreprise ou de l'institution publique par laquelle il demande à être reconnu comme partenaire social »⁹⁵.

65 Concernant ensuite la condition de loyauté, *« elle implique que le syndicat concerné se déclare prêt à respecter toutes les obligations découlant de la convention collective de travail et, de manière générale, qu'il soit un partenaire social digne de confiance. Le syndicat doit ainsi se montrer comme un interlocuteur fiable et de bonne foi. 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. La condition de loyauté a trait au comportement du syndicat avec les autres partenaires sociaux ; en particulier, un syndicat ne peut être qualifié de déloyal au seul motif qu'il est en litige avec certains de ses membres ou de ses anciens membres, de tels litiges n'ayant pas de lien avec le comportement du syndicat en tant que partenaire social. Dans la règle, la condition de loyauté, qui est une des modalités de la bonne foi, doit être considérée comme présumée. En conséquence, si un syndicat demandant à être reconnu comme partenaire social se déclare prêt à respecter les obligations découlant de la convention collective de travail ou, plus largement, l'obligation de se comporter comme un partenaire social digne de confiance et qu'il remplit par ailleurs les autres conditions de reconnaissance, l'employeur ne peut alors en principe pas refuser de le reconnaître, sauf s'il apporte la preuve que la condition de loyauté n'est pas réalisée en raison de comportements passés de nature à faire sérieusement craindre qu'il n'agirait pas de manière loyale dans le dialogue social »⁹⁶.*

4. Le contenu des conventions collectives de travail

66 Le droit fédéral ne limite pas, en principe, le contenu des conventions collectives de travail. Il découle de la réglementation dans son ensemble que les partenaires sociaux sont libres d'y inclure le contenu qu'ils souhaitent, pour autant qu'il ait un lien avec les rapports de travail et qu'il soit conforme au droit impératif.

67 Historiquement, c'est souvent, en Suisse, par le travail des partenaires sociaux que les avancées sociales ont pu être concrétisées, s'agissant par exemple de la durée du travail ou des vacances payées⁹⁷, des sujets thématiques dans les conventions collectives de travail avant d'être codifiées dans la loi. Ainsi, *« bien que souvent, les accords ne fassent que reprendre le régime légal, il existe plusieurs conventions qui prévoient des régimes plus étendus et qui précisent l'organisation ainsi que les droits et les devoirs de la représentation des travailleurs »⁹⁸.*

⁹⁵ ATF 140 I 257, c. 6.1. Voir également Rudolph, p. 145, note de bas de page 51 et Geiser, Entwicklungen, p. 364.

⁹⁶ ATF 140 I 257, c. 6.2 ; cf. également Geiser, Entwicklungen, p. 364.

⁹⁷ Dunand/Mahon, Grève, ch. 40 (citation de Jean-François Aubert).

⁹⁸ Dunand/Mahon, Grève, ch. 54.

5. Le mécanisme d'extension des conventions collectives de travail

A. Les conditions ordinaires d'extension des conventions collectives de travail

La convention collective ne lie, en principe, que les travailleurs et les employeurs qui sont membres des organisations signataires. Ce n'est que si la CCT est étendue, c'est-à-dire qu'elle est déclarée de force obligatoire pour toute la branche concernée, qu'elle s'impose aussi aux employeurs non signataires de la CCT et aux salariés non membres des syndicats signataires ; on qualifie ces derniers de *dissidents*. 68

Une convention collective de travail est, du point de vue juridique, un contrat de droit privé conclu entre une ou plusieurs organisations syndicales et une ou plusieurs organisations patronales et/ou entreprises⁹⁹. Cela vaut même lorsqu'elle est étendue. 69

Or, « en tant qu'imposant le respect de normes contractuelles et corporatives à des personnes tierces, une telle procédure nécessite un fondement constitutionnel »¹⁰⁰, fondement que l'on trouve à l'art. 110 al. 1 let. d Cst. Cette disposition sert de base à la LECCT. Le champ d'application d'une convention collective de travail ne peut être étendu que si cette convention tient compte équitablement des intérêts légitimes des minorités et des particularités régionales et qu'elle respecte le principe de l'égalité devant la loi et la liberté syndicale. 70

Les conditions ordinaires d'extension font l'objet des articles 1, 2 et 3 LECCT :

a. Conditions énumérées à l'art. 1 LECCT :

- i. L'extension doit être requise par toutes les parties contractantes.
- ii. Seules les CCT conclues entre des syndicats et des associations d'employeurs peuvent être étendues (ce qui exclut, de manière tout à fait logique, les CCT d'entreprise).

b. Conditions énumérées à l'art. 2 LECCT :

- i. L'extension doit être nécessaire, en ce sens que si elle n'est pas décrétée, les employeurs et travailleurs liés par la convention risquent de subir de graves inconvénients. Le Message du Conseil fédéral révèle que cette « clause du besoin réel » est la principale condition à remplir pour que la décision d'extension puisse être rendue. « Il s'agit d'un besoin non pas subjectif, mais objectif, en ce sens que l'extension doit être tenue pour nécessaire lorsque, si elle n'était pas prononcée, la convention collective serait totalement ou partiellement inexécutable, ou se révélerait économiquement insupportable pour les employeurs et travailleurs qu'elle lie »¹⁰¹.
- ii. L'extension ne doit pas être contraire à l'intérêt général et ne doit pas léser les intérêts légitimes d'autres branches économiques ou d'autre milieux de la population. Elle doit en outre tenir équitablement compte des intérêts des minorités dans les branches économiques ou professions visées par elle, quand ces intérêts résultent de la diversité des conditions régionales et des entreprises.
- iii. La CCT ne doit pas violer l'égalité devant la loi.

⁹⁹ Art. 356 al. 1 CO.

¹⁰⁰ *Ibid.* Cf. également Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, *ad art.* 28 n. 22.

¹⁰¹ FF 1956 I 171.

- iv. Elle ne doit rien contenir de contraire aux dispositions impératives du droit fédéral ou cantonal, sous réserve de l'art. 358 CO (dérogations en faveur des travailleurs, sauf droit absolument impératif).
 - v. La CCT ne doit pas porter atteinte à la liberté d'association, ni en particulier au droit de s'affilier à une association ou de ne pas le faire¹⁰².
 - vi. Les associations d'employeurs et de travailleurs qui ne sont pas liées par la CCT doivent pouvoir y adhérer à égalité de droits et d'obligations avec les associations contractantes lorsqu'elles justifient d'un intérêt légitime et offrent des garanties suffisantes pour son observation.
 - vii. Les employeurs et travailleurs qui ne sont pas liés par la convention doivent pouvoir s'affilier à l'association contractante ou participer à la convention.
 - viii. Quorums : pour que l'extension puisse être prononcée, différents quorums doivent être atteints. Ces quorums ont pour but d'assurer la représentativité du texte pour la branche ou la profession concernée. Ils sont les suivants :
 - Les employeurs et les travailleurs liés par la CCT doivent respectivement former la majorité des employeurs et des travailleurs auxquels le champ d'application de la CCT doit être étendu ;
 - En plus, les employeurs liés par la CCT doivent occuper la majorité de tous les travailleurs ;
 - Lorsque des circonstances particulières le justifient, il peut être exceptionnellement dérogé à la règle exigeant la majorité des travailleurs liés par la CCT.
- c. Conditions énumérées à l'art. 3 LECCT, concernant certains types de clauses des CCT :
- i. Clauses relatives à des caisses de compensation ou à d'autres institutions prévues à l'art. 357b al. 1 let. b CO : l'extension ne peut être prononcée que si l'organisation de ces caisses ou institutions est réglée de façon satisfaisante et une gestion correcte assurée.
 - ii. Clauses sur les contrôles, les dépôts de cautions et les amendes conventionnelles : l'extension ne peut être prononcée que :
 - Si le contrôle et l'exécution sont réglées de façon satisfaisante et si une application correcte est assurée ;
 - Si les contributions aux frais de contrôle exigées des employeurs et des travailleurs non liés par la CCT ne dépassent pas les montants qu'on obtient en répartissant les frais effectifs de manière égale entre tous les employeurs, d'une part, et tous les travailleurs, d'autre part ;
 - Si le produit des amendes conventionnelles sert à couvrir les frais de contrôle et si l'excédent est employé de manière appropriée, avant tout à des fins générales intéressant la branche économique ou la profession.

⁷² L'extension est prononcée par le Conseil fédéral lorsqu'elle vise le territoire de plusieurs cantons (art. 7 al. 1 LECCT). Lorsque l'extension se limite à tout ou partie du territoire d'un seul canton, la décision ressortit à l'autorité désignée par ce canton (art. 7 al. 2 LECCT). L'autorité compétente doit publier la demande d'extension et les clauses qui en sont l'objet en fixant un délai d'opposition de 14 à 30 jours (art. 9 al. 1 LECCT). Quiconque justifie d'un intérêt peut faire opposition à la demande d'extension (art. 10 al. 1 LECCT). L'autorité

¹⁰² Cf. ci-dessus, ch. 62.

compétente, éventuellement après avoir consulté des experts indépendants (art. 11 LECCT), vérifie si les conditions de l'extension sont réunies et statue sur la demande d'extension. Lorsqu'elle prononce l'extension, elle doit en fixer le champ d'application quant au territoire, à la profession et aux entreprises, ainsi que la date d'entrée en vigueur et la durée de validité de sa décision (art. 12 al. 1 et 2 LECCT). Les décisions cantonales d'extension ne sont valables qu'après l'approbation par la Confédération (art. 13 al. 1 LECCT).

B. Les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes et l'extension facilitée des CCT

a. Propos généraux sur les mesures d'accompagnement

Dans le cadre de l'adoption des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, la possibilité d'une extension facilitée a été introduite dans la loi, lorsqu'il existe un cas de sous-enchère abusive et répétée dans une branche économique ou une profession (cf. art. 1a LECCT). 73

Les mesures d'accompagnement ont été mises en place en Suisse dès 2004, afin d'accompagner l'entrée en vigueur de l'Accord sur la libre circulation des personnes - ALCP¹⁰³ -, conclu avec l'Union européenne (ci-après l'UE). Ces mesures visent, plus particulièrement, à compenser le contrôle systématique préalable du marché du travail, abandonné avec l'entrée en vigueur de l'ALCP le 1er juin 2002 et à protéger les travailleurs indigènes et étrangers contre la sous-enchère salariale abusive. Les mêmes conditions de travail doivent donc être garanties aux travailleurs et les mêmes conditions de concurrence aux employeurs. 74

Les prestataires de services établis dans les Etats membres de l'UE bénéficient, au sens de l'ALCP, du droit de fournir des services en Suisse à des conditions analogues à celles qui existent au sein de l'UE, lorsque les prestations ne dépassent pas 90 jours de travail effectif par année civile (cf. art. 5 par. 1 ALCP en relation avec les art. 17 ss annexe I ALCP). Une simple obligation d'annonce remplace les demandes de permis. Les prestataires de services disposent également du droit, en principe, d'employer des travailleurs détachés et ce, indépendamment de la nationalité de ces derniers (sous réserve d'un éventuel visa pour les ressortissants d'Etats tiers), à condition que lesdits travailleurs soient intégrés dans le marché régulier du travail des parties contractantes à l'Accord (cf. art. 17 let. b ch. ii annexe I ALCP en relation avec l'art. 18 annexe I ALCP). 75

L'art. 22 par. 2 annexe I ALCP (qui fait référence à la directive 96/71, du 16 décembre 1996, relative au détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services) réserve, toutefois, aux parties contractantes le droit d'édicter « *des dispositions législatives, réglementaires et administratives prévoyant l'application de conditions de travail et d'emploi aux travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de services* ». Selon le Tribunal fédéral, « *cette possibilité vise à parer au risque de dumping social et salarial pouvant résulter du détachement de travailleurs en Suisse par des prestataires de services de l'UE. C'est sur la base de cette réserve que la Suisse a adopté, au titre des mesures d'accompagnement à l'Accord sur la libre circulation des personnes, la loi sur les travailleurs détachés* ». 76

¹⁰³ RS 0.142.112.681.

77 Les mesures d'accompagnement à la libre circulation ont été introduites en Suisse en plusieurs vagues successives. La première vague comprend, pour l'essentiel, les éléments suivants :

- Loi sur les travailleurs détachés (LDét) du 8 octobre 1999, qui oblige les employeurs étrangers à respecter les conditions minimales de travail et de salaire qui sont prescrites par les lois fédérales, les conventions collectives de travail étendues et les contrats-types de travail au sens de l'art. 360a CO vis-à-vis des travailleurs détachés en Suisse dans le cadre de la réalisation d'une prestation de services transfrontalière.
- En cas de sous-enchère salariale abusive et répétée, les dispositions d'une CCT sur les salaires minimaux, la durée du travail correspondante et l'exécution paritaire peuvent faire l'objet d'une extension facilitée au sens de l'art. 1a de la Loi fédérale du 29 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT). Cette mesure s'applique tant aux entreprises indigènes qu'aux entreprises détachant des travailleurs.
- Dans les branches dans lesquelles il n'existe pas de convention collective, des contrats-types de travail au sens de l'art. 360a CO contenant des salaires minimaux impératifs peuvent être édictés en cas de sous-enchère salariale abusive et répétée. Cette mesure s'applique à toutes les entreprises de la branche concernée.
- L'art. 330b CO a également été introduit dans le Titre X du Code des obligations sur le contrat individuel de travail. En vertu de cette disposition, lorsque le rapport de travail a été convenu pour une durée indéterminée ou pour plus d'un mois, l'employeur a désormais l'obligation d'informer le travailleur par écrit, au plus tard un mois après le début du rapport de travail, sur les points suivants : le nom des parties ; la date du début du rapport de travail ; la fonction du travailleur ; le salaire et les éventuels suppléments salariaux ; la durée hebdomadaire du travail. Les modifications portant sur ces éléments doivent également être communiquées par écrit au travailleur, au plus tard un mois après qu'elles ont pris effet.

78 En 2006 et 2010, les mesures d'accompagnement ont été renforcées afin d'accompagner l'extension de la libre circulation aux nouveaux Etats membres de l'UE. Il s'agissait notamment d'introduire l'obligation pour les cantons de disposer d'un nombre suffisant d'inspecteurs du marché du travail, des sanctions renforcées, ainsi que l'obligation pour les prestataires de services indépendants de prouver leur statut.

79 Une nouvelle vague de renforcement des mesures d'accompagnement est entrée en vigueur le 1er janvier 2013. Le but de ces mesures est, en substance, celui de lutter, de manière plus efficace, contre l'indépendance fictive de prestataires de services étrangers en prévoyant l'obligation de fournir des documents et en introduisant de nouvelles possibilités de sanction. Le 15 juillet 2013, la responsabilité solidaire renforcée pour les secteurs de la construction, du génie civil et du second œuvre est entrée en vigueur.

80 Enfin, les sanctions administratives ont été renforcées par une modification de l'art. 9 LDét entrée en vigueur le 1^{er} avril 2017. L'amende en cas d'infraction à l'art. 2 LDét a été portée à un maximum de CHF 30'000.-. La même sanction est prévue en cas d'infraction aux dispositions relatives au salaire minimal fixées dans un contrat-type de travail. Par ailleurs, un article 9 al. 2 let. c a été ajouté, prévoyant la possibilité d'un cumul des sanctions : en cas d'infraction d'une gravité particulière à l'article 2, on peut prononcer cumulativement les sanctions administratives prévues par la lettre b, à savoir l'amende, et l'interdiction d'offrir ses services en Suisse pour une durée d'un à cinq ans.

b. La loi sur les travailleurs détachés

La LDét régit les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés¹⁰⁴ pendant une période limitée en Suisse par un employeur ayant son domicile ou son siège à l'étranger, dans le but de fournir une prestation de travail pour le compte et sous la direction de cet employeur, dans le cadre d'un contrat conclu avec le destinataire de la prestation, ou travailleur dans une filiale ou une entreprise appartenant au groupe de l'employeur (art. 1 al. 1 LDét).

81

La LDét régit aussi le contrôle des employeurs qui engagent des travailleurs en Suisse et les sanctions qui leur sont applicables en cas de non-respect des dispositions relatives aux salaires minimaux prévues par les contrats-types de travail au sens de l'art. 360a CO.

82

La loi régit encore la responsabilité solidaire de l'entrepreneur contractant pour le non-respect des conditions minimales de travail et de salaire par les sous-traitants (art. 1 al. 2 et 5 LDét ; art. 8a à 8c ODét). L'on notera, enfin, que la location, en Suisse, de services de personnel recruté à l'étranger n'est pas autorisée (art. 12 al. 2 LSE).

83

En ce qui concerne les prestations de service effectuées par un indépendant, ou par un travailleur détaché en Suisse par son employeur étranger inférieures à 90 jours par année civile, la LDét met en place une procédure d'annonce (cf. art. 6, 1a et 1b LDét ; art. 6 et 7 ODét). Au sens de cette disposition, il suffit d'annoncer l'identité et le salaire des personnes détachées en Suisse, l'activité qui y est déployée et le lieu où les travaux sont exécutés. Le travail ne peut débuter que 8 jours après l'annonce de la mission.

84

Les sanctions administratives sont prévues à l'art. 9 et les dispositions pénales à l'art. 12 LDét. Les sanctions pénales ne feront pas l'objet de l'analyse menée ci-après. L'on notera que l'art. 11 LDét prévoit un droit d'action pour les organisations qui ont pour tâche, en vertu de leurs statuts, de défendre les intérêts sociaux et économiques des travailleurs ou des employeurs. Elles ont qualité pour agir en constatation d'une infraction à la LDét.

85

c. Conditions et procédure pour l'extension facilitée des CCT au sens de l'art. 1a LECCT

En vertu de l'art. 1a LECCT, lorsque la Commission tripartite visée à l'art. 360b CO constate que, dans une branche économique ou une profession, les salaires et la durée du travail usuels dans la localité, la branche ou la profession font l'objet d'une sous-enchère abusive et répétée, elle peut demander, avec l'accord des parties signataires, l'extension de la CCT applicable à cette branche.

86

Dans ce cas, la décision d'extension peut porter sur les éléments suivants :

87

- La rémunération minimale et la durée du travail correspondante ;
- Les contributions aux frais d'exécution ;
- Les contrôles paritaires ;
- Les sanctions à l'encontre des employeurs et des travailleurs fautifs, en particulier les peines conventionnelles et les frais de contrôle.

Comparées aux conditions ordinaires d'extension d'une CCT¹⁰⁵, on constate que l'extension est effectivement très largement facilitée pour les cas où une branche est confrontée à une sous-enchère abusive et répétée portant sur les salaires ou la durée du travail.

88

¹⁰⁴ Cf. art. 2 à 4 LDét et 1 à 5 ODét.

¹⁰⁵ Cf. ci-dessus, ch. 71.

6. L'effet régulateur de concurrence des conventions collectives de travail

89 Le but de la convention collective « *est de régler les conditions de travail de façon obligatoire pour les employeurs et les travailleurs intéressés* »¹⁰⁶. C'est la fonction de l'effet direct et impératif conféré aux clauses de la CCT qui portent sur la conclusion, l'objet et la fin des contrats individuels de travail (art. 356 al. 1 CO et 357 al. 1 CO¹⁰⁷) : les parties au contrat individuel de travail ne peuvent s'écarter des clauses de la CCT, sauf si la dérogation est favorable au travailleur¹⁰⁸.

90 Ainsi, malgré sa nature essentiellement consensuelle, la convention collective se rapproche d'une loi en ce sens qu'elle impose des obligations à des tiers, non-signataires de la convention, à savoir, les employeurs et travailleurs concernés. L'effet contraignant d'une convention collective est d'autant accentué lorsque celle-ci est déclarée de force obligatoire.

91 Lorsqu'elle est étendue, elle a pour effet de réguler fortement les conditions de concurrence au sein d'une branche de l'économie¹⁰⁹, dès lors qu'elle empêche, notamment, les employeurs dissidents (c'est-à-dire, ceux qui ne sont pas liés par la CCT au sens de l'art. 356 CO) de verser des salaires inférieurs à ceux prescrits par la CCT. Cela leur permettrait, en effet, d'offrir les mêmes produits à des prix inférieurs et pénaliserait les employeurs liés par la CCT¹¹⁰.

92 Pour autant, une CCT ne viole pas la liberté économique, puisque les partenaires sociaux disposent de l'autonomie de tarif, c'est-à-dire du droit de définir les conditions de travail au sein de leur branche, en vertu de l'art. 28 Cst¹¹¹. Qui plus est, l'effet très marqué sur la concurrence explique pourquoi le Tribunal fédéral a rappelé à plusieurs reprises que, pour être conforme à la Constitution (art. 27 et 94 al. 4 Cst.), la CCT ne peut être étendue que si elle restreint la liberté économique de concurrents directs dans la même mesure¹¹². Ces derniers doivent disposer, en matière de concurrence, d'une égalité des armes¹¹³.

93 Ainsi, une convention collective de travail peut avoir des « *effets cartellaires* » (*Kartellwirkung*), en ce sens que des accords de branche sur les salaires et les conditions de travail peuvent avoir les mêmes effets que des accords sur les prix ou d'autres conditions¹¹⁴. Ces restrictions à la libre concurrence en matière de conditions de travail sont voulues par le législateur en réaction à la supériorité économique de l'employeur face au travailleur¹¹⁵.

94 La convention collective de travail prescrit des conditions minimales de travail et de salaire. Une dérogation en faveur du travailleur est donc toujours possible (art. 357 al. 2 CO)¹¹⁶ : par l'application de ce principe, une concurrence saine entre les entreprises de la branche est donc possible, en ce qu'elles peuvent offrir une rémunération plus élevée et de meilleures conditions de travail¹¹⁷. Comme l'exprime très justement Keller, il semble extrêmement

¹⁰⁶ Aubert/Mahon, *ad* art.110 n. 20.

¹⁰⁷ RS 220.

¹⁰⁸ Aubert/Mahon, *op. cit.*, *ad* art.110 n. 20.

¹⁰⁹ Voir à ce propos Däubler, *Liber Amicorum*, p. 95.

¹¹⁰ Cf., sur ce point, en particulier Rieger, N 67 et Bruchez N 98-99. Il s'agit d'un « *rôle de police sociale* » selon Bruchez, N 18.

¹¹¹ Cf. ci-dessus, ch. 49.

¹¹² Sur les conditions d'extension, cf. ci-dessus, ch. 71.

¹¹³ ATF 134 III 11, c. 2.2 et TF, arrêt 4C.45/2002 du 11 juillet 2002, c. 2.2.1.

¹¹⁴ Keller, p. 214 s.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Günstigkeitsprinzip*, principe de la clause la plus favorable.

¹¹⁷ Cf. Däubler, p. 95.

important de souligner qu'en pratique, cet « *effet cartellaire* » des CCT est régulièrement l'argument déterminant pour les employeurs pour conclure de telles CCT : les CCT sont en effet un outil efficace de lutte contre le dumping social ; l'inhibition de cette « *concurrency sale* » (*Schmutzkonkurrenz*) vise la préservation de la paix du travail¹¹⁸.

7. Convention collective et droit de la concurrence

Les effets des conventions collectives de travail ne se limitent pas au seul droit du travail. Ces dernières ont en effet une importante fonction économique, laquelle est particulièrement visible lorsqu'on les analyse sous l'angle du droit de la concurrence. A notre avis, pour saisir au mieux le rôle des partenaires sociaux, on doit s'intéresser à cet aspect de l'analyse juridique et économique de la fonction des CCT. Cette analyse prendra tout son sens à la lecture du chapitre IV/1 ci-dessous : les incertitudes liées à l'identité de l'employeur et de l'employé ont un impact direct sur la concurrence et sur les partenaires sociaux.

95

En droit de la concurrence, « *les travailleurs ne sont pas des entreprises* »¹¹⁹. En effet, selon la définition de l'art. 2 al. 1 bis de la Loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence - LCart¹²⁰, un acteur économique n'est une entreprise que si l'on est en présence d'une entité qui exerce une activité économique, c'est-à-dire si, sans égard à son statut juridique et à son mode de financement, celle-ci offre de manière autonome des biens ou des services sur un marché donné. Quant à eux, les syndicats sont également exclus du champ d'application de la Loi sur les cartels (cf. art. 4 al. 1 LCart et 3 al. 1 let. a LCart).

96

Comme on le verra ci-dessous¹²¹, au sens du droit privé du travail (art. 319 ss CO), le travailleur est celui qui met son temps à disposition de son employeur pour effectuer une activité contre rémunération ; il se trouve de plus dans un rapport de subordination : il doit obéir aux instructions de l'employeur quant à la manière, au lieu et au moment où il exécute le travail.

97

Au sens des assurances sociales, est réputé salarié celui qui fournit un travail dépendant et qui reçoit pour ce travail un salaire déterminant au sens des lois spéciales (art. 10 de la Loi sur la partie générale du droit des assurance sociales - LPGA¹²²). Est réputé employeur celui qui emploie des salariés (art. 11 LPGA). Est considéré comme exerçant une activité lucrative indépendante celui dont le revenu ne provient pas de l'exercice d'une activité en tant que salarié ; une personne exerçant une activité lucrative indépendante peut simultanément avoir la qualité de salarié si elle reçoit un salaire correspondant (art. 12 LPGA). Est réputé revenu provenant d'une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 9 al. 1 de la Loi sur l'assurance-vieillesse et survivants - LAVS¹²³ tout revenu acquis dans une situation indépendante provenant de l'exploitation d'une entreprise commerciale, (...) de l'exercice d'une profession libérale ou de toute autre activité (...) (art. 17 Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants - RAVS)¹²⁴.

98

¹¹⁸ Keller, p. 217.

¹¹⁹ Bovet, p. 42 ; Keller, p. 215 ss et les références.

¹²⁰ RS 251.

¹²¹ Cf. ci-dessous, ch. 122 ss.

¹²² RS 830.1.

¹²³ RS 830.10.

¹²⁴ RS 831.101. Voir ci-dessous, ch. 132 ss.

99 Dans l'AVS, doit en principe être considéré comme exerçant une activité dépendante, celui qui ne supporte pas de risque économique analogue à celui qui est encouru par l'entrepreneur et dépend de son employeur du point de vue économique ou dans l'organisation de son travail (cf. art. 5 al. 2 LAVS). Le rapport social de dépendance économique ou organisationnelle du salarié se manifeste notamment par l'existence d'un droit de l'employeur de donner des instructions au salarié, d'un rapport de subordination, de l'obligation de remplir la tâche personnellement, d'une prohibition de faire concurrence, d'un devoir de présence. Est réputé salarié, d'une manière générale, celui qui dépend d'un employeur quant à l'organisation du travail et du point de vue de l'économie de l'entreprise, et ne supporte pas le risque économique encouru par l'entrepreneur.

100 Le risque économique encouru par l'entrepreneur peut être défini comme étant celui que court la personne qui doit compter, en raison d'évaluations ou de comportements professionnels inadéquats, avec des pertes de la substance économique de l'entreprise. Constituent notamment des indices révélant l'existence d'un risque économique d'entrepreneur le fait que l'assuré opère des investissements importants, subit les pertes, supporte le risque d'encassement, supporte les frais généraux, agit en son propre nom et pour son propre compte, se procure lui-même les mandats, occupe du personnel, utilise ses propres locaux commerciaux¹²⁵.

101 Ces aspects relatifs à la qualification du rapport contractuel seront analysés en détail ci-après, dans le premier chapitre de l'étude¹²⁶. À ce stade, il nous paraît important de mettre en évidence le rapport étroit entre le droit collectif du travail et le droit de la concurrence. On l'a dit ci-dessus, une convention collective de travail peut avoir des « *effets cartellaires* » (*Kartellwirkung*) : en restreignant la libre concurrence concernant les conditions de travail, le législateur pallie le déséquilibre entre les parties au contrat de travail¹²⁷.

102 Il est particulièrement frappant de relever que l'aspect « *dual* » de la prestation de travail – dépendante ou indépendante – se retrouve en droit de la concurrence, où l'on est soit un travailleur (exclu du champ d'application de la Loi sur les cartels), soit une entreprise (soumise à la Loi sur les cartels).

103 Dans un arrêt C-413/13¹²⁸, la Cour de justice de l'Union européenne a justement souligné cet aspect dual, commun au droit du travail et au droit de la concurrence. S'il est vrai que cette jurisprudence de la CJUE n'a pas d'effet pour la Suisse, l'analyse menée ici est particulièrement pertinente et il est à prévoir qu'elle est proche de celle qui serait effectuée en droit suisse si le cas se présentait. Dans le cas jugé, le droit néerlandais prévoyait le droit pour les prestataires indépendants de s'affilier à une association syndicale et de conclure des conventions collectives de travail, ce qu'avaient fait les musiciens d'orchestre qui n'étaient pas employés régulièrement (les « *supplémentaires* »). La CCT imposait notamment des tarifs minimaux pour l'engagement de ces personnes. Il s'agissait de savoir si cet accord tombait dans le champ d'application de l'art. 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE), donc s'il s'agissait d'un accord cartellaire interdit¹²⁹.

¹²⁵ Cf. ci-dessous, ch. 134.

¹²⁶ Cf. ci-dessous, ch. 119 ss.

¹²⁷ Cf. ci-dessus, ch. 93.

¹²⁸ Arrêt FNV Kunsten Informatie en Media contre Staat der Nederlanden du 4 décembre 2014.

¹²⁹ Arrêt précité, § 21.

La Cour a rappelé que, selon une jurisprudence constante, bien que certains effets restrictifs de la concurrence soient inhérents aux accords collectifs conclus entre des organisations représentatives des employeurs et des travailleurs, les objectifs de politique sociale poursuivis par de tels accords seraient sérieusement compromis si les partenaires sociaux étaient soumis à l'article 101 § 1 TFUE dans la recherche en commun de mesures destinées à améliorer les conditions d'emploi et de travail¹³⁰. La Cour a indiqué que ces personnes devraient en principe être considérées comme des entreprises, dès lors qu'elles offrent leurs services contre rémunération sur un marché donné et exercent leur activité en tant qu'opérateurs économiques indépendants par rapport à leurs commettants. Le syndicat aurait donc agi comme association d'entreprises¹³¹. Le droit européen ne prévoyant aucune disposition permettant la négociation collective des prestataires indépendants dans le but d'améliorer leurs conditions d'emploi et de travail, il convenait de considérer que cet accord tombait dans le champ d'application de l'art. 101 du Traité¹³².

104

Il s'agissait peut-être, toutefois, selon la Cour, de considérer ces personnes comme de faux indépendants, à savoir des prestataires se trouvant dans une situation analogue à celle des travailleurs. En droit européen, un prestataire de services est susceptible de perdre sa qualité d'opérateur économique indépendant, et donc d'entreprise, lorsqu'il ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais dépend entièrement de son commettant, du fait qu'il ne supporte aucun des risques financiers et commerciaux résultant de l'activité de ce dernier et opère comme auxiliaire intégré à l'entreprise dudit commettant¹³³.

105

Quant à la définition de travailleur dans le droit de l'Union, la caractéristique essentielle de cette relation, selon la CJUE, est la circonstance qu'une personne accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre personne et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle perçoit une rémunération¹³⁴. Il fallait donc déterminer en l'espèce si les prestataires de services étaient ou non des faux indépendants, pour juger s'ils entraient dans le champ d'application du droit européen de la concurrence¹³⁵.

106

Le 20 décembre 2017, la CJUE a rendu un arrêt C-434/15 dans la cause *Asociacion Profesional Elite Taxi contre Uber Systems Spain SL*. De plus, le 10 avril 2018, dans l'affaire C-320/16, la CJUE a jugé la cause *Uber France SAS*. Si ces affaires n'ont pas d'influence directe sur le droit suisse, elles sont pertinentes ici au vu de l'analyse de la structure économique et opérationnelle de l'entreprise Uber. Les deux causes concernaient uniquement le service UberPop, à savoir le transport de personnes par des chauffeurs non professionnels. Dans la cause espagnole, la procédure judiciaire avait été introduite par une organisation professionnelle regroupant des chauffeurs de taxis à Barcelone ; elle considérait que les activités d'Uber violent la réglementation en vigueur et sont des pratiques trompeuses qui constituent des actes de concurrence déloyale¹³⁶. Quant à la cause française, elle portait sur une procédure pénale ouverte contre Uber France pour des faits d'organisation illégale d'un système de mise en relation de chauffeurs non professionnels utilisant leur propre véhicule avec des personnes souhaitant effectuer des déplacements urbains.

107

¹³⁰ Arrêt précité, § 22.

¹³¹ Arrêt précité, § 28.

¹³² Arrêt précité, § 30.

¹³³ Arrêt précité, § 33.

¹³⁴ Arrêt précité, § 34 ss.

¹³⁵ Arrêt précité, § 37. Pour des questions de répartition des compétences, la question devait être réglée selon le droit interne néerlandais et la cause a donc été renvoyée à cette fin aux juges nationaux.

¹³⁶ Conclusions de l'Avocat général, § 16.

108 Dans les deux cas, il s'agissait de savoir si UberPop était un service de la société d'information ou un service dans le domaine des transports. Dans la cause espagnole (à laquelle la cause française renvoie intégralement¹³⁷), la CJUE a retenu que « le service d'intermédiation d'Uber repose sur la sélection de chauffeurs non professionnels utilisant leur propre véhicule auxquels cette société fournit une application sans laquelle, d'une part, ces chauffeurs ne seraient pas amenés à fournir des services de transport et, d'autre part, les personnes désireuses d'effectuer un déplacement urbain n'auraient pas recours aux services desdits chauffeurs. De surcroît, Uber exerce une influence décisive sur les conditions de la prestation de tels chauffeurs. Sur ce dernier point, il apparaît notamment qu'Uber établit, au moyen de l'application éponyme, à tout le moins le prix maximum de la course, que cette société collecte ce prix auprès du client avant d'en reverser une partie au chauffeur non professionnel du véhicule, et qu'elle exerce un certain contrôle sur la qualité des véhicules et de leurs chauffeurs ainsi que sur le comportement de ces derniers, pouvant entraîner, le cas échéant, leur exclusion »¹³⁸.

109 Ainsi, selon la CJUE, « ce service d'intermédiation doit donc être considéré comme faisant partie intégrante d'un service global dont l'élément principal est un service de transport et, partant, comme répondant à la qualification non pas de « service de la société de l'information » (...), mais de « service dans le domaine des transports » (...) »¹³⁹.

110 Les réflexions de l'Avocat général proposaient l'analyse suivante des activités d'Uber : « Dans ses observations écrites, Uber prétend se limiter uniquement à lier l'offre (de transport urbain) à la demande. Je pense cependant que c'est une vision réductrice de son rôle. En fait, Uber fait beaucoup plus que lier l'offre à la demande : il a lui-même créé cette offre. Il en régleme également les caractéristiques essentielles et en organise le fonctionnement »¹⁴⁰. « Uber permet aux personnes souhaitant entreprendre l'activité de transport urbain de passagers de se connecter à son application et de réaliser cette activité selon les conditions imposées par Uber et qui lient les chauffeurs par le biais du contrat d'utilisation de l'application. Ces conditions sont multiples (...) »¹⁴¹ Ainsi, sans exercer une contrainte formelle sur les chauffeurs, Uber est capable d'adapter son offre à la fluctuation de la demande¹⁴² (...) Uber exerce donc un contrôle, bien qu'indirect, sur la qualité des prestations des chauffeurs¹⁴³ (...) Enfin, c'est Uber qui détermine le prix du service presté¹⁴⁴ (...). Ainsi, Uber exerce un contrôle sur tous les aspects pertinents d'un service de transport urbain : le prix, bien évidemment, mais également les conditions minimales de sécurité par des exigences préalables concernant les chauffeurs et les véhicules, sur l'accessibilité de l'offre de transport par l'incitation des chauffeurs à exercer aux moments et aux endroits de grande demande, sur le comportement des chauffeurs au moyen du système d'évaluation et, enfin, sur la possibilité d'éviction de la plateforme. (...) Uber contrôle donc les facteurs économiquement pertinents du service de transport offert dans le cadre de sa plateforme¹⁴⁵.

¹³⁷ Arrêt C-320/16 du 10 avril 2018, Uber France SAS, §. 18 ss.

¹³⁸ Arrêt C-434/15, Asociación Profesional Elite Taxi contre Uber Systems Spain SL du 20 décembre 2017, § 39.

¹³⁹ Arrêt précité, § 40.

¹⁴⁰ Conclusions de l'Avocat général, § 43.

¹⁴¹ Conclusions de l'Avocat général, § 44.

¹⁴² Conclusions de l'Avocat général, § 47 *in fine*.

¹⁴³ Conclusions de l'Avocat général, § 48 (contrôle exercé par l'intermédiaire de la fonctionnalité d'évaluation des chauffeurs par les utilisateurs et des conséquences liées à de mauvaises évaluations).

¹⁴⁴ Conclusions de l'Avocat général, § 49.

¹⁴⁵ Conclusions de l'Avocat général, § 51.

Si ce contrôle ne s'exerce pas selon une subordination hiérarchique de facture classique, il ne faut pourtant pas se laisser abuser par les apparences. Un contrôle indirect tel que celui exercé par Uber, basé sur des incitations financières et une évaluation décentralisée par les passagers, avec l'effet d'échelle, permet une gestion tout aussi efficace, sinon plus, que celui basé sur des ordres formels donnés par un employeur à ses employés et le contrôle direct de leur exécution¹⁴⁶ Cela m'amène au constat que l'activité d'Uber consiste en une seule prestation de transport à bord d'un véhicule trouvé et commandé à l'aide de l'application pour smartphone et que ce service est presté, d'un point de vue économique, par Uber ou en son nom¹⁴⁷ ». Ainsi, selon l'Avocat général, « (...) Uber n'est donc pas un simple intermédiaire entre des chauffeurs prêts à proposer occasionnellement un service de transport et des passagers à la recherche d'un tel service. Tout au contraire, Uber est un véritable organisateur et opérateur de services de transport urbain dans les villes dans lesquelles il est présent. S'il est vrai, comme l'affirme Uber dans ses observations dans la présente affaire, que son concept est innovant, cette innovation relève cependant du domaine du transport urbain¹⁴⁸ ». dernière phrase supprimée

À juste titre, car elle relève du droit national de chaque Etat membre de l'UE, l'Avocat général ne s'est pas prononcé sur la nature du rapport contractuel qui lie Uber à ses chauffeurs : « *Ce constat ne signifie pas pour autant que les chauffeurs d'Uber doivent être nécessairement considérés comme ses employés. Cette société peut très bien réaliser ses prestations en ayant recours à des entrepreneurs indépendants, qui agissent en qualité de sous-traitants. La polémique concernant le statut des chauffeurs vis-à-vis d'Uber, qui a abouti déjà à des décisions juridictionnelles dans certains Etats membres, est tout à fait étrangère aux questions de droit qui nous préoccupent dans la présente affaire¹⁴⁹. (...) Je dois également relever que considérer Uber comme une plateforme regroupant des prestataires de services indépendants pourrait susciter des interrogations du point de vue du droit de la concurrence* »¹⁵⁰.

Les conclusions de l'Avocat général et, dans une moindre mesure, l'arrêt de la CJUE, mettent en évidence le lien direct entre le droit du travail et le droit de la concurrence : d'une part, si Uber est l'entité qui met le service de transport sur le marché en contrôlant les facteurs économiquement pertinents du service de transport offert dans le cadre de sa plateforme (le prix et la qualité des prestations fournies), elle est une entreprise au sens du droit de la concurrence. D'autre part, l'existence même de ce contrôle s'apparente à un lien de subordination et « *permet une gestion tout aussi efficace, sinon plus, que celui basé sur des ordres formels donnés par un employeur à ses employés et le contrôle direct de leur exécution* » ; si les chauffeurs devaient être considérés comme des indépendants, cela poserait d'ailleurs des problèmes au niveau du droit de la concurrence – le lien direct peut être fait avec l'arrêt C-413/13 commenté ci-dessus, selon lequel « *un prestataire de services est susceptible de perdre sa qualité d'opérateur économique indépendant, et donc d'entreprise, lorsqu'il ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais dépend entièrement de son commettant, du fait qu'il ne supporte aucun des risques financiers et commerciaux résultant de l'activité de ce dernier et opère comme auxiliaire intégré à l'entreprise dudit commettant* ».

¹⁴⁶ Conclusions de l'Avocat général, § 52.

¹⁴⁷ Conclusions de l'Avocat général, § 53.

¹⁴⁸ Conclusions de l'Avocat général, § 61.

¹⁴⁹ Conclusions de l'Avocat général, § 54.

¹⁵⁰ Conclusions de l'Avocat général, § 62.

113 Ainsi, l'on constate l'interdépendance et la compatibilité de deux domaines du droit qu'on pourrait penser séparés ; en réalité, le droit du travail et le droit de la concurrence sont intimement connectés – et cohérents entre eux¹⁵¹.

8. L'obligation de paix du travail et le caractère subsidiaire des mesures de combat

114 Le droit de l'OIT ne reconnaît pas expressément le droit de grève. Selon Dunand/Mahon, « dans le cadre de l'OIT, ni la Convention n° 87, ni la Convention n° 98 ne mentionnent explicitement le droit de grève. Néanmoins, le Comité de la liberté syndicale considère depuis longtemps qu'un droit de grève découle de la Convention n° 87. Il a reconnu ce droit, ainsi que le souligne la doctrine, « comme un aspect essentiel de la liberté d'activité des syndicats et comme un instrument légitime de protection des intérêts économiques et sociaux des travailleurs », estimant que la Convention n° 87 « exige qu'au minimum, le droit de grève soit garanti au titre de droit collectif des syndicats »¹⁵².

115 En Suisse, il apparaît que le système voulu par le constituant et par le législateur vise à préserver la paix du travail en proclamant que les moyens de combat collectifs sont justifiés en l'absence de CCT ou en cas d'échec des négociations, lorsque les conflits ne peuvent être réglés par un moyen non conflictuel. Les conventions collectives de travail ont, dès lors, un « effet pacificateur »¹⁵³ : « Même si la renonciation à la grève (de la part des travailleurs) a pour corollaire l'interdiction du lock-out (à la charge des employeurs), les termes de l'échange qui fonde l'obligation de paix sont autres. La prestation de l'employeur, en vue de la paix, réside dans les avantages qu'il concède s'agissant des conditions de travail »¹⁵⁴.

116 Selon la Constitution fédérale, les conflits sont, autant que possible, réglés par la négociation ou la médiation (art. 28 al. 2 Cst). La grève et le *lock-out* sont licites quand ils se rapportent aux relations de travail et sont conformes aux obligations de préserver la paix du travail ou de recourir à une conciliation (art. 28 al. 3 Cst). La garantie constitutionnelle contenue à l'art. 28 Cst. déploie un effet horizontal indirect (*indirekte Drittwirkung*) sur les relations de travail dans le secteur privé¹⁵⁵.

117 Ces principes sont complétés et repris dans le Code des obligations : « Les parties veillent à l'observation de la convention ; à cette fin, les associations interviennent auprès de leurs membres en usant, au besoin, des moyens que leur confèrent les statuts et la loi » (art. 357a al. 1 CO). « Chaque partie maintient la paix du travail et, en particulier, s'abstient de tout moyen de combat quant aux matières réglées dans la convention ; l'obligation de maintenir la paix n'est illimitée que si les parties en sont convenues expressément » (art. 357a al. 2 CO).

¹⁵¹ Meier, Concurrence, pp. 109 ss ; Pärli, Qualifikation, N°35.

¹⁵² Dunand/Mahon, Grève, ch. 13, et les références. Sur le droit de grève et les autres droits syndicaux dans le cadre de l'art. 11 CEDH et la jurisprudence de la Cour EDH à cet égard, voir le *Factsheet* de la Cour EDH (état le plus récent au mois de mai 2016), disponible ici : http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Trade_union_ENG.pdf.

¹⁵³ Aubert, thèse, p. 1.

¹⁵⁴ Aubert, thèse, p. 157-158.

¹⁵⁵ ATF 132 III 122, c. 4.4.1 et les références citées.

IV. Digitalisation : de nouveaux paradigmes pour des questions fondamentales

1. Qui est l'employé-e et qui l'employeur/euse ?

A. Énoncé du problème

La question de la délimitation entre contrats de travail et autres contrats relatifs à une prestation de travail, d'une part, et celle de la qualification des revenus du travail indépendant ou salarié en droit des assurances, de l'autre, font, depuis des années, l'objet de controverses dans la doctrine juridique et la pratique des tribunaux. Pour qualifier un contrat de travail ou un revenu du travail indépendant ou salarié, il existe des critères établis qui, comme on le montrera, conviennent également pour répondre aux questions soulevées par la digitalisation. 118

S'il existe un contrat de travail au sens de l'art. 319 ss CO, l'employé fait face à un employeur. La question de savoir qui, en fin de compte, est l'employeur a longtemps pu être négligée, du moins en ce qui concerne la qualification contractuelle d'un rapport de travail. Les changements dans l'organisation du travail induits notamment par la digitalisation conduisent toutefois aussi à la difficile question de savoir à quelle organisation incombe le rôle d'employeur dans les structures complexes et, par conséquent, la responsabilité en matière de droit du travail et des assurances sociales. Déjà avant l'ère de la digitalisation, ces questions se posaient au sein d'un groupe¹⁵⁶, dans le cadre des bureaux de placement¹⁵⁷ et des rapports de travail transfrontaliers¹⁵⁸. Une question (plus) récente se pose pour savoir à qui il faut attribuer la qualité d'employeur lorsque le travail est organisé par l'intermédiaire de plateformes Internet¹⁵⁹. 119

La digitalisation permet et accélère des formes d'organisation transfrontalière du travail. La qualification juridique du rapport contractuel (contrat de travail ou non, détermination de l'employeur) et les compétences de droit public (dispositions de protection des travailleurs, contributions sociales) ont donc aussi une dimension transnationale. La question de savoir qui est l'employeur et qui l'employé dépasse donc largement le droit national. Sont aussi en cause les règles du droit international privé, les normes internationales du travail, ainsi que les règles correspondantes de l'UE sur le territoire de l'Union Européenne. 120

La présente étude ne permet pas d'explorer exhaustivement les innombrables questions et problèmes du concept d'employé et d'employeur dans le contexte national et international. Les considérations suivantes visent à préparer le terrain pour la principale question qui nous intéresse, à savoir le rôle des partenaires sociaux dans le processus de transformation du monde du travail par la digitalisation. Les employés et leurs organisations d'une part et les employeurs et leurs associations de l'autre forment la base sur laquelle repose le partenariat social¹⁶⁰. Lorsque les limites entre le contrat de travail et les autres formes de contrats, entre revenus d'une activité indépendante ou salariée s'effacent et quand les fonctions de l'em- 121

¹⁵⁶ Geiser/Uhlig, p. 1 ss

¹⁵⁷ RS 823.11, Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LES) du 6 octobre 1989).

¹⁵⁸ Cf. à ce sujet le jugement de la Cour de justice de l'Union européenne C-384/10, Jan Voogsgeerd contre Navimer SA.

¹⁵⁹ Pärli, Neue Formen, p. 243 ss; Riemer-Kafka/Studer, p. 354 ss

¹⁶⁰ Cf. ci-dessus, ch. 51 ss et 58 ss

ployeur classique ne sont plus exercées généralement par un seul, mais par plusieurs employeurs, cet état de fait n'est pas sans influence sur le partenariat social. Nous traiterons ces sujets plus loin dans l'étude (VI-VII). Ci-après, nous commencerons par présenter, à titre d'état des lieux, les différents critères déterminants pour les termes d'« employeur » et d'« employé » dans le droit du travail et le droit des assurances sociales. Dans ce contexte, nous examinerons toujours, mais en aucun cas de façon exhaustive, dans quelle mesure la réglementation actuelle permet d'appréhender les nouvelles formes de travail, en particulier l'organisation du travail par l'intermédiaire de plateformes. Le chapitre se terminera par une brève conclusion.

B. Définition des termes d'« employé » et d'« employeur » dans le droit du travail¹⁶¹

a. Contenu et signification du terme d'employé

122 Une prestation de travail peut notamment être fournie dans le cadre d'un contrat de travail selon l'art. 319 ss CO, d'un contrat d'entreprise selon l'art. 363 ss CO, d'un mandat selon l'art. 394 ss CO ou sur la base d'un contrat *sui generis*¹⁶². Le contrat de travail est réglementé aux art. 319 à 362 CO et présuppose par définition un employeur et un employé. En vertu de l'art. 319 CO, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche). Les quatre caractéristiques suivantes ressortent de cette définition légale du contrat de travail :

- fourniture d'une prestation de travail (le résultat n'est pas dû) ;
- indemnisation ;
- rapport juridique se déroulant dans la durée ;
- subordination.

123 Pour cette dernière caractéristique, la condition à remplir selon la doctrine et la jurisprudence est l'existence d'une subordination légale sur les plans *personnel, opérationnel et économique*¹⁶³. Dans le cas d'espèce, l'ensemble des circonstances est décisif à cet égard¹⁶⁴. Selon la jurisprudence, la subordination s'exprime en particulier aussi par la mesure dans laquelle l'employé est tenu de se conformer aux instructions¹⁶⁵. La mesure dans laquelle les critères utilisés par le Tribunal fédéral sont encore appropriés aujourd'hui est partiellement mise en question. Il est notamment proposé de mettre moins l'accent sur la subordination que sur l'intégration d'une personne dans l'entreprise ou une organisation de travail¹⁶⁶. En effet, compte tenu de la compétence d'organisation personnelle exigée de plus en plus souvent, précisément pour les travaux qualifiés, le critère de « subordination » n'est pas toujours approprié. Davantage d'autonomie dans les rapports de travail ne signifie toutefois pas qu'une personne n'ait pas besoin de la protection du droit du travail. Une (plus) grande liberté de gestion du temps et la liberté de travailler chez soi ou en déplacement ne signifie

¹⁶¹ Les considérations se limitent aux rapports de travail de droit privé, c'est-à-dire que les dispositions du droit du personnel de la Confédération et des lois cantonales et communales du personnel restent exclues.

¹⁶² Autres contrats : contrat d'agence, art. 418a ss CO, commission, art. 425 ss CO. Voir notamment les ATF 115 II 108; 112 II 41, 110 II 380; 109 II 462. A ce sujet, cf. Meier, thèse, N 15 et 627 ss.

¹⁶³ TF 4A_55/2008, c. 4; jugement du Tribunal fédéral 4.460/1995 du 24 février 1997 c. 2a, publié dans JAR 1998, p. 104; cf. en outre Rehbinder, N. 42 ss conc. l'art. 319 CO; Streiff/von Kaenel/Rudolph, N. 6 ss *ad* art. 319 CO.

¹⁶⁴ TF 4A_553/2008 du 9 février 2009, c. 4.1; ATF 4C.346/1999 du 4 février 2000 c. 2a; ATF 112 II 41, c. 1.

¹⁶⁵ TF 4C.276/2006 du 25 janvier 2007 c. 4.3.1

¹⁶⁶ Meier, Intégration, p. 99 ss.

pas nécessairement qu'une personne n'est pas intégrée dans l'entreprise. Selon les circonstances, un smartphone et/ou un ordinateur portable suffisent pour l'intégration dans une entreprise.

Dans l'économie de plateforme, p. ex. le service de taxis « Uber »¹⁶⁷ ou la plateforme « Mila »¹⁶⁸, des personnes travaillent dans la gestion et l'administration. Ces employés ont incontestablement des contrats de travail. La situation juridique des personnes qui travaillent pour la plateforme ou fournissent des services par l'intermédiaire de la plateforme est toutefois moins claire. Les chauffeurs d'Uber ou les personnes qui fournissent des prestations aux clients via la plateforme Mila ne sont toutefois pas considérés comme des employés par les opérateurs de plateformes. Les plateformes se considèrent plutôt comme de purs intermédiaires pour des mandats de prestations de services. Cette perception d'eux-mêmes n'est pas forcément pertinente. Suivant les circonstances concrètes, c'est plutôt la plateforme (p. ex. Uber) elle-même qui conclut un contrat de prestations de services (chez Uber : « *contrat de transport de personnes* ») avec le client (p. ex. le passager d'Uber)¹⁶⁹. La plateforme fait ensuite exécuter la commande par des auxiliaires au sens de l'art. 101 CO. Ces auxiliaires peuvent être des travailleurs au sens des art. 319 ss CO ou des mandataires selon les art. 394 ss CO. À ce jour, il n'existe aucune décision judiciaire suisse au sujet des conditions d'emploi de plateformes. Un regard sur les décisions judiciaires étrangères¹⁷⁰ permet toutefois de supposer que, dans les rapports entre Uber et les chauffeurs d'Uber par exemple, il existe un contrat de travail¹⁷¹. Il n'est toutefois pas possible de se prononcer sur la mesure dans laquelle cette supposition s'applique à d'autres conditions d'emploi de plateformes. La délimitation doit se faire au cas par cas. Les changements entraînés par la digitalisation dans l'organisation du travail rendent cette tâche encore plus difficile.

124

Compte tenu du rang occupé par la convention collective de travail dans la hiérarchie de normes du droit du travail, il est défendu aux partenaires sociaux d'inscrire dans une CCT une définition du terme de travailleur qui s'écarterait de celle de l'art. 319 CO. Il est intéressant de constater que le droit néerlandais permet de soumettre également les personnes indépendantes à une CCT¹⁷². Le droit suisse, au contraire, continue de faire une distinction claire entre les personnes salariées et indépendantes. Il faudrait éclaircir la question de savoir si, en Suisse, une CCT peut aussi inclure (sur une base volontaire) des personnes indépendantes travaillant sur la base d'un mandat ou d'un contrat d'entreprise ou s'il faut

125

¹⁶⁷ <https://www.uber.com/de-CH/legal/terms/ch/> (consulté en dernier lieu le 15 mai 2018).

¹⁶⁸ https://www.mila.com/public/pdf/partner/swisscom/swisscom_friends_agb_de.pdf (consulté en dernier lieu le 15 mai 2018).

¹⁶⁹ Par ex. selon Riemer-Kafka-Studer, p. 376.

¹⁷⁰ Par ex. Employment Tribunals case Nos: 22025502015 & others, between Aslam and Farrar & others and Uber BV, Uber London Ltd, Uber Britannia Ltd, 28 octobre 2016, <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-v-uber-reasons-20161028.pdf> (consulté en dernier lieu le 15 mai 2018).

¹⁷¹ Pour l'ensemble Cirigliano, ch. 30 ; Pärli, Neue Formen, p. 243 ss ; Riemer-Kafka/Studer, p. 354 ss ; Witzig, p. 457 ss.

¹⁷² Cf. art. 1 Wet op de Collectieve Arbeidsovereenkomst (loi sur la convention collective de travail) : « (1) Par convention collective, on entend l'accord, conclu par un ou plusieurs employeurs, ou par une ou plusieurs associations d'employeurs ayant pleine capacité juridique avec une ou plusieurs associations de travailleurs ayant pleine capacité juridique, qui règle principalement ou exclusivement les conditions de travail à respecter dans les contrats de travail. (2) Elle peut également avoir pour objet (...) la fourniture de prestations de services. Dans ce cas, les dispositions de la présente loi concernant les contrats de travail, les employeurs et les travailleurs s'appliquent de façon correspondante. » (cité par : Junker, p. 196).

d'abord changer la loi. Dans un tel cas (lorsque des personnes indépendantes sont incluses dans une CCT), des questions de compatibilité avec le droit de la concurrence se posent se posent toujours.

126

La doctrine et la jurisprudence ont développé le dispositif juridique de la *personne assimilée ou analogue à un travailleur* (« *arbeitnehmerähnliche Person* »). Une telle configuration est présente lorsque les éléments constitutifs du contrat de travail ne sont pas tous réunis, mais qu'il existe une obligation de fournir une prestation de travail personnelle et une dépendance économique. Il s'agit ici de situations où des personnes juridiquement indépendantes concluent des conventions du type contrat de vente exclusive, contrat de *franchising* ou contrat de bail de stations-service conçues de façon que ces personnes se privent de leur liberté de disposition commerciale. Dans de tels cas, l'application par analogie de règles de protection tirées du droit du travail, par exemple la protection en matière de licenciement, s'impose¹⁷³. En droit du travail, la doctrine accepte largement le dispositif juridique de la personne assimilée à un travailleur¹⁷⁴. Il faut faire la distinction entre la personne analogue à un travailleur et des cas d'indépendance fictive. Dans ce dernier cas, les parties ne concluent pas de contrat de travail, malgré l'existence des conditions d'un contrat de travail, notamment la subordination et la dépendance économique. Alors que dans le cas d'une personne analogue à un travailleur, seules certaines normes de protection du droit du contrat de travail s'appliquent, l'indépendance fictive a pour conséquence que les dispositions du CO s'appliquent intégralement¹⁷⁵. Dans le « *monde du travail digital* », l'importance de telles formes d'activité augmente. Les partenaires des CCT sont libres de soumettre des personnes analogues aux travailleurs à la protection d'une CCT. Les restrictions issues du droit de la concurrence sont sans importance dans ce cas, car les personnes analogues aux travailleurs ont justement besoin de la protection collective et ne contournent pas, par-là, l'ordre de l'économie de marché.

127

Alors que la personne analogue à un travailleur n'est soumise que ponctuellement aux dispositions de protection du droit du travail, le législateur a soumis les travailleurs à domicile, qui dépendent, certes, de l'employeur sur le plan économique, mais non organisationnel, au droit du travail¹⁷⁶. Selon la doctrine, le travailleur à domicile est une personne qui effectue, seule ou avec des membres de sa famille, des travaux salariés dans un espace de travail choisi par elle-même. Les dispositions sur le travail à domicile peuvent s'appliquer par analogie à certaines formes de télétravail et aussi, le cas échéant, à des activités liées à une plateforme. Dans de nombreuses branches, des travailleurs à domicile sont expressément mentionnés dans le champ d'application des contrats collectifs¹⁷⁷. À « *l'ère digitale* », il

¹⁷³ ATF 118 II 157 c. 2c et c. 4, cf. également TF 4A_553/2008 du 9 février 2009 c. 5 et ATF 143 V 313, c. 4.3 (cas de droit des assurances sociales, assujettissement à l'assurance-accidents obligatoire). Pour un tableau complet cf. notamment Meier, thèse, ch. 486 ss.

¹⁷⁴ Witzig, p. 39 ss ; cf. aussi Meier, thèse, ch. 495 ss et Meier, Intégration, p. 99 ss ; Streiff/von Kaenel/Rudolph, N. 2 *ad* art. 319 CO ; Steiner critique la notion, p. 64 ss. Toutefois, cet auteur plaide lui aussi en faveur de l'application, par analogie, des normes de protection du droit du travail aux contrats où un besoin de sécurité correspondant existe.

¹⁷⁵ Cf. à ce sujet Pärli, *Neue Formen*, p. 250 (n.b.p. 63) ; Vögeli, p. 755. Souvent, on ne fait pas la distinction entre l'« *indépendance fictive* » et la « *personne analogue à un travailleur* », cf. à titre d'exemple pour un grand nombre : Brühwiler, N. 13 *ad* art. 319 CO.

¹⁷⁶ Le contrat de travail à domicile est une forme du contrat de travail individuel, cf. art. 351 ss CO.

¹⁷⁷ Par ex. dans la CCT de la branche horlogère, art. 1.1, cf. http://www.cpih.ch/fichiers/files/politique-patrolale/115182_CCT_Unia_dt.pdf (consulté en dernier lieu le 15 mai 2018).

faut observer qu'une dépendance organisationnelle peut également exister quand le travail peut s'effectuer de façon autonome quant au lieu et au temps.

b. *La notion d'employeur et la notion d'entreprise*

Dans la perspective du contrat de travail, la notion de travailleur doit être comprise comme étant corrélée à la notion d'employeur. L'employeur est la partie contractante qui peut exiger de l'autre, donc du travailleur, la prestation garantie par le contrat de travail. La position d'employeur ne dépend pas du fait qu'il soit entrepreneur ou qu'il exploite une entreprise gérée selon des critères commerciaux. Il se peut aussi qu'une seule et même personne soit à la fois employeur et travailleur, par exemple lorsqu'une personne accepte, en dehors de son activité comme employé, des mandats ou des contrats d'entreprise pour d'autres organisations et les fait exécuter par ses propres employés. Enfin, un travailleur peut également exécuter, en dehors de son activité dans le cadre d'un rapport de travail, par exemple comme « *clickworker* », des commandes pour des tiers par l'intermédiaire d'une plateforme internet sur la base d'un mandat ou d'un contrat d'entreprise¹⁷⁸. La question décisive n'est donc pas de savoir si une personne est employeuse ou employée mais, au contraire, si une prestation de travail déterminée est fournie dans le cadre d'un contrat de travail ou d'un autre type de contrat.

128

Le droit du contrat de travail considère l'employeur non seulement comme partenaire contractuel du travailleur, mais aussi comme détenteur de la souveraineté en matière d'organisation de l'entreprise. Il faut en tenir compte lorsque le droit de contracter est séparé du droit de donner des instructions, comme cela se produit dans le cadre d'une location de services ou dans les structures d'un groupe¹⁷⁹. Dans le cas d'une location de services, la relation contractuelle existe avec l'entreprise de location de services, tandis que le droit de donner des instructions est (au moins partiellement) transféré à l'entreprise locataire de services. De nos jours, les groupes sont souvent organisés selon des structures matricielles. Il en résulte que, outre la structure d'organisation hiérarchique, l'entreprise est structurée selon les domaines de fonction et de production englobant l'ensemble du groupe. Dans de tels groupes, le travailleur est soumis à un dispositif de directives pluridimensionnel, où l'employeur contractuel délègue à des responsables de domaines *englobant l'ensemble du groupe* le droit de donner des instructions professionnelles ou techniques. Dans le monde digital, il s'ensuit souvent qu'un travailleur est, certes, employé, sur le plan juridique, par une seule unité organisationnelle, mais qu'il reçoit des instructions de la part de différentes autres unités entrepreneuriales domiciliées de surcroît dans différents États. En pratique, il se produit, dans l'entreprise de location de services comme dans le groupe, une scission entre *l'employeur juridique et l'employeur économique*.

129

Il faut donc distinguer la notion d'*employeur* de celle d'*entreprise*, telle qu'elle est définie à l'art. 333 CO concernant le transfert d'entreprises et à l'art. 335d ss CO sur le licenciement collectif. Le Tribunal fédéral considère comme entreprise, au sens de l'art. 333 CO, « *une unité organisationnelle fermée sur elle-même qui participe de façon autonome à la vie économique* »¹⁸⁰, tandis qu'une partie d'entreprise est une unité de fourniture de prestations à

130

¹⁷⁸ Pour savoir si, dans le cas du « *clickwork* », on a affaire à un mandat, un contrat d'entreprise ou d'un contrat de travail, il faut examiner chaque cas d'espèce. Cf. à ce sujet Pärli (Neue Formen), p. 243 ss et Däubler (Herausforderungen), p. 325 ss ; Portmann/Nedi, p. 532 ss.

¹⁷⁹ Au sujet de cet ensemble de problèmes, voir notamment : Uffmann, p. 980.

¹⁸⁰ TF 4C.193/2004, v.30.7.2004, JAR 2005, p. 244, ATF 129 III 335, c.2.1.

laquelle l'autonomie économique fait défaut¹⁸¹. Dans le champ d'application de l'art. 333 CO, le transfert d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise, tout en maintenant l'identité de celle-ci, entraîne le passage de tous les contrats de travail en vigueur jusqu'alors à l'acquéreur et au nouvel employeur. Les dispositions relatives au licenciement collectif selon l'art. 335d CO sont applicables lorsqu'un employeur licencie un nombre minimum de travailleurs dans un délai de 30 jours. Dans l'ATF 137 III 27, le Tribunal fédéral a jugé que, lorsque plusieurs établissements appartiennent à la même entreprise, l'existence d'un licenciement collectif est établie séparément pour chaque établissement. Le Tribunal fédéral a laissé en suspens la question de savoir s'il fallait décider de la même façon dans le cas d'une structure de groupe. Dans le contexte d'un transfert d'entreprise comme aussi dans celui d'un licenciement collectif, les travailleurs et, par extension, leurs représentants, disposent du droit d'être informés et consultés¹⁸².

131 Ce *partenariat social au sein de l'entreprise* représente une partie constitutive importante des droits de participation accordés aux travailleurs dans le droit suisse du travail. Si la digitalisation du monde du travail aboutit à dissoudre, au moins partiellement, des formes d'organisation traditionnelles du travail (migration vers des contrats avec des indépendants et des personnes analogues aux travailleurs) et à éroder l'entreprise classique (*crowdwork*), elle affecte directement la participation des travailleurs. La mesure dans laquelle on pourrait par exemple tenir compte également, dans la fixation des quorums, de personnes analogues aux travailleurs, éventuellement aussi dans le cadre d'une CCT, mérite considération. En outre, un transfert d'activités d'une entreprise à une plateforme (par exemple les services à la clientèle de Swisscom vers la plateforme Swisscomfriends) pourrait être considéré comme un transfert (partiel) d'entreprise¹⁸³ (aussi susceptible d'être inclus dans une CCT le cas échéant).

C. Les notions d'« employeur » et de « salarié » en droit des assurances sociales

132 En droit des assurances sociales, l'art. 10 LPGA définit la notion de salarié comme suit : « Est réputé salarié celui qui fournit un travail dépendant et qui reçoit pour ce travail un salaire déterminant au sens des lois spéciales ». L'art. 11 LPGA stipule : « Est réputé employeur celui qui emploie des salariés » et l'art. 12 al. 1 LPGA définit la notion d'indépendant comme suit : « Est considéré comme exerçant une activité lucrative indépendante celui dont le revenu ne provient pas de l'exercice d'une activité en tant que salarié ». L'art. 12 al. 2 LPGA précise qu'une personne exerçant une activité lucrative indépendante peut simultanément avoir la qualité de salarié si elle reçoit un salaire correspondant.

133 Pour qualifier le revenu d'une activité professionnelle en droit des assurances sociales, il est déterminant de savoir si un travail est fourni en qualité de non-indépendant. Si tel est le cas, il faut prélever sur la base du salaire déterminant des cotisations aux assurances sociales respectives. En pareil cas, le débiteur des cotisations est l'employeur. Il est tenu de verser à la caisse de compensation compétente ses propres cotisations et celles du salarié. Les assurances sociales concernées sont l'assurance-vieillesse et survivants (AVS)¹⁸⁴, l'assurance-

¹⁸¹ Streiff/von Kaenel/Rudolph, N 4 ad art. 333CO.

¹⁸² Art. 333a CO et art. 335f CO.

¹⁸³ Concernant la qualification juridique des rapports de travail dans le cadre de la plateforme « Swisscomfriends », cf. Pärli, Neue Formen, p. 243 ss.

¹⁸⁴ RS 831.10.

invalidité (AI)¹⁸⁵, les allocations pour perte de gain (APG)¹⁸⁶, les allocations familiales (AF)¹⁸⁷ et l'assurance-chômage (AC)¹⁸⁸. Même l'assurance-accidents (AA) en vertu de la Loi sur l'assurance-accidents (LAA) se réfère à la notion de salarié selon l'art. 10 LPGA. En vertu de l'art. 1a al. 2 LAA, même des personnes en situation contractuelle analogue à celle de salariés peuvent être assujetties par ordonnance à l'assurance-accidents obligatoire. La Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle (LPP)¹⁸⁹ se réfère également à la qualification de l'AVS.

Le droit des assurances sociales qualifie la notion d'« employé » de façon autonome, c'est-à-dire sans tenir compte de la qualification contractuelle¹⁹⁰. Les accords entre les parties au contrat sur leur statut juridique vis-à-vis de l'AVS (indépendant ou salarié), sur l'appréciation d'une rémunération selon l'AVS ou sur d'autres obligations en matière d'assurances sociales ne sont pas pertinentes¹⁹¹. Selon une jurisprudence constante, les conditions économiques sont au contraire déterminantes¹⁹². Le Tribunal fédéral estime également de jurisprudence constante qu'est considéré comme exerçant une activité professionnelle salariée celui qui dépend d'un employeur au sens économique, c'est-à-dire en matière d'organisation du travail et sans supporter de risque d'entrepreneur¹⁹³.

La réglementation dans la LAA contient quelques particularités. Selon l'art. 1a LAA, les salariés travaillant en Suisse, y compris les travailleurs à domicile, apprentis, stagiaires, volontaires et personnes travaillant dans des écoles de métiers et des ateliers protégés sont tenues de s'affilier à l'assurance-accidents. L'art. 1 de l'ordonnance sur l'assurance-accidents (OLAA) définit la notion de travailleur. Est réputé travailleur au sens de l'assurance-accidents quiconque exerce une activité lucrative dépendante au sens de la législation fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (AVS). L'art. 1a OLAA règle l'assurance obligatoire dans des cas spéciaux ; notamment les personnes exerçant une activité chez un employeur aux fins de se préparer au choix d'une profession sont également assurées à titre obligatoire. En règle générale, toutefois, chaque fois qu'il existe un rapport de travail contractuel, il existe aussi une qualité de travailleur au sens de l'art. 1a LAA. Toutefois, l'existence d'un contrat de travail n'est pas une condition à remplir pour être soumis à l'assurance obligatoire au sens de l'art. 1a LAA.¹⁹⁴ La LAA considère précisément aussi comme travailleurs des personnes qui ne touchent pas de salaire pour leur travail, comme les volontaires ou les apprentis à l'essai.

Dans la logique de la LAA et de l'AVS, il est parfaitement possible pour la même personne d'être en principe chauffeur de taxi indépendant reconnu par la LAA et l'AVS tout en travaillant pour Uber. Les autorités examineront toutefois ici comment qualifier cette activité. C'est-à-dire qu'un chauffeur de taxi indépendant, avec des clients « traditionnels », travaillant aussi de temps en temps comme chauffeur Uber-X devra déclarer le revenu tiré de cette

¹⁸⁵ RS 831.20.

¹⁸⁶ RS 834.1.

¹⁸⁷ RS 836.2.

¹⁸⁸ RS 837.0.

¹⁸⁹ RS 831.40.

¹⁹⁰ Locher/Gächter, § 22, N 16 ; ATF 122 V 175 c. 6a/aa.

Directives sur le salaire déterminant (DSD), ch. 1024, source : <https://www.bsvlive.admin.ch/vollzug/documents/view/361/lang:fre/category:22> (consulté en dernier lieu le 15 mai 2018).

¹⁹² ATF 111 V 267 ; 119 V 162 ; 123 V 163.

¹⁹³ ATF 123 V 162 c.1 ; 122 V 1691 c.3.

¹⁹⁴ ATF 141 V 313, c. 2.1.

134

135

136

activité comme revenu d'une activité dépendante. Cette affirmation ne vise pas spécifiquement Uber et ne se limite pas non plus aux « *formes d'emploi digitales* ». Les autorités des assurances sociales examinent chaque revenu en ce sens pour savoir s'il provient d'une activité lucrative indépendante ou dépendante¹⁹⁵.

137 Dans de nombreux cas où des personnes offrent leurs services ou leur force de travail sur une plateforme de *crowdwork* ou d'intermédiation, l'existence d'un risque d'entrepreneur fera défaut. Dans cet exemple, il existe au moins partiellement une dépendance sur le plan économique ou d'organisation du travail. Les autorités compétentes doivent donc qualifier le revenu de nombreuses personnes travaillant par l'intermédiaire de plateformes comme revenu d'une activité dépendante et les soumettre à l'assurance-accidents obligatoire¹⁹⁶.

138 La qualification correcte des accords de travail liés à une plateforme a, pour les parties concernées, des effets sur la couverture par les assurances sociales. Lorsque par exemple la rémunération qu'Uber verse aux chauffeurs constitue un salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS, Uber est tenue, en tant qu'employeur, de verser à l'AVS/AI/APG, à l'assurance-chômage et aux caisses d'allocations familiales les contributions légales du travailleur et de l'employeur afférentes à ce salaire. À cela s'ajoutent, si les limites sont atteintes, les contributions à la prévoyance professionnelle. En revanche, les chauffeurs Uber concernés verront leurs revenus bruts diminués de la part employeur des contributions sociales. En échange de ces charges, les chauffeurs bénéficieront d'une nette amélioration de leur couverture d'assurance. Il convient aussi de mettre en évidence la couverture par l'assurance-chômage : comme chacun sait, les indépendants n'y ont pas accès. De même, la prévoyance professionnelle et l'assurance-accidents ne sont pas obligatoires pour les indépendants (ils peuvent toutefois s'assurer à titre volontaire). Seule l'AVS/AI/APG est obligatoire et couvre tant les salariés que les indépendants. Le domaine des allocations familiales ne fait pas non plus de différence entre salariés et indépendants. En résumé, aux personnes exerçant une activité lucrative dépendante par l'intermédiaire d'une plateforme, l'assujettissement au régime obligatoire apporte dans l'ensemble une meilleure protection contre les risques sociaux.

139 L'obligation de cotiser à l'AVS est assortie d'*exceptions* et d'*allègements*. Ainsi, les salariés dont le revenu ne dépasse pas 2300 francs par an peuvent être exemptés des cotisations¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Jugement du TFA du 6 avril 2001, H 214/99, AHI-Praxis 2001, p. 182 ss (Les cours donnés à une école professionnelle spécialisée en journalisme par un journaliste actif dans le domaine des conseils médiatiques et informatiques ont été qualifiés d'activité professionnelle dépendante).

¹⁹⁶ Pour le cas « Uber », voir la décision sur opposition de la SUVA. Pour la SUVA, dans ce cas d'espèce, les chauffeurs de taxi Uber sont tenus de s'assurer contre les accidents (décision sur opposition de la SUVA du 29.12.2016) et par extension, pour l'AVS, le revenu généré est considéré comme provenant d'une activité professionnelle dépendante. Le même raisonnement s'applique aux chauffeurs affiliés à une centrale de taxis (cf. l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_571/2017 du 9 novembre 2017). Pour l'ensemble, cf. Directives sur le salaire déterminant (DSD), ch. 4120 ; voir aussi l'arrêt du Tribunal fédéral du 17.06.2014, 8C_357/2014. Pour l'instant, le Tribunal fédéral n'a pas encore clarifié la situation concernant les chauffeurs d'Uber. De même pour les « *auxiliaires privés* » de la plateforme « Mila », la question devrait se poser de savoir s'il s'agit là d'un revenu d'une activité non-indépendante. Contrairement à ce qui se passe chez Uber, toutefois, chez Mila, le client verse la rémunération directement au prestataire, ce qui plaide pour un risque entrepreneurial (risque à l'encaissement).

¹⁹⁷ Art. 14 al. 5 LAVS en association avec l'art. 34 RAVS. Pour les personnes employées dans des ménages privés, les cotisations sont dues dans tous les cas, sauf si le salaire n'excède pas 750 francs par an et par employeur (art. 34d al. 2 let. a ch. 1 et 2 RAVS). Elles sont également dues dans tous les cas pour les personnes travaillant dans le domaine artistique, cf. art. 34d al. 2 let. b RAVS.

La même franchise s'applique au revenu accessoire tiré d'une activité indépendante¹⁹⁸. En outre, la Loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN¹⁹⁹) prévoit que les employeurs peuvent effectuer le décompte des salaires des travailleurs occupés dans leur entreprise conformément à la procédure simplifiée si le salaire annuel de chaque salarié n'excède pas 21'150 francs²⁰⁰. Dans le cadre de cette procédure, la caisse AVS prélève non seulement les cotisations AVS (salariales et patronales), mais aussi les impôts pour le travailleur (à un taux réduit)²⁰¹. Au total, une entreprise peut décompter une masse salariale de 56'400 francs au maximum selon la procédure simplifiée.

Les dispositions légales en matière d'assurances sociales concernant la qualification du revenu d'activité lucrative dépendante ou indépendante font partie du droit impératif. Une CCT ne peut donc pas prévoir de dispositions contraires. Il existe tout au plus une certaine liberté dans le domaine des prestations non obligatoires ou supplémentaires des assurances sociales (par exemple la couverture, par l'assurance d'indemnités journalières, de personnes analogues aux travailleurs ou l'assurance-accidents pour indépendants ; des régimes particuliers en matière de prévoyance professionnelle sont également possibles²⁰²). En outre, les partenaires sociaux peuvent influencer leurs associations pour éviter que des activités accomplies jusqu'à présent dans l'entreprise ne soient externalisées sur des plateformes ou de ne les autoriser que si cette plateforme respecte les lois en vigueur en Suisse.

140

D. Digression : le portage salarial

Ces dernières années, un nouveau modèle d'organisation s'est développé en France, connu sous le nom de « *portage salarial* »²⁰³. Comme dans la location de services classique, il y a trois parties au contrat : un indépendant du point de vue matériel, l'un de ses clients (souvent une entreprise) et une société intermédiaire autonome qui procède, contre rémunération, à l'encaissement des honoraires pour l'indépendant et lui verse un « *salaire* » après déduction des cotisations aux assurances sociales. De ce fait, la relation entre les parties d'un portage salarial se rapproche de la location de services. Toutefois, des différences majeures existent quant aux formes des rapports juridiques²⁰⁴. Dans la location de services, l'entreprise de location conclut d'une part un contrat de travail avec le travailleur et d'autre part un contrat de location avec le client. Dans le cadre du « *portage salarial* », l'existence d'un contrat de travail entre l'organisation porteuse et le salarié est incertaine²⁰⁵ et doit être appréciée dans chaque cas particulier sur la base de la teneur du contrat qui les lie. Il est possible que les autorités des assurances sociales qualifient un modèle de « *portage salarial* » comme « *faux non-indépendant* », car si les personnes considérées supportent un risque entrepreneurial et ne sont, en outre, pas intégrées dans l'entreprise de l'organisation porteuse, elles n'exercent justement pas une activité salariée²⁰⁶. Il faut observer que dans le cas du portage salarial, la société de portage ne joue pas dans chaque cas (uniquement) le rôle de bureau d'encaissement pour indépendants. C'est pourquoi, en Suisse, les entreprises qui affirment pratiquer

141

¹⁹⁸ Art. 19 RAVS.

¹⁹⁹ Loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (Loi sur le travail au noir, LTN) du 17 juin 2005, RS 822.422.

²⁰⁰ Art. 3 LTN.

²⁰¹ Au sujet de la procédure concrète, cf. memento de l'AVS : <https://www.ahv-iv.ch/p/2.07.d>.

²⁰² Voir Schneider, pp. 285 ss.

²⁰³ <http://www.leportagesalarial.fr/2014/11/27/essor-du-portage-salarial/>.

²⁰⁴ Portmann/Nedi, p. 535 s.

²⁰⁵ Portmann/Nedi, p. 538 s.

²⁰⁶ Fuld/Michel, ch. 128 ss.

le portage salarial, mais mettent à la disposition du client (l'entreprise locataire de services) des personnes soumises au droit de donner des instructions de celui-ci, relèvent de la Loi sur la location de services (LSE) et doivent demander une autorisation²⁰⁷.

E. Conclusion

142 La digitalisation et les changements dans l'organisation du travail qui en découlent représentent un défi considérable pour le droit du travail et celui des assurances sociales. Les considérations qui précèdent concernant les notions de travailleur/employé/salarié et d'employeur mettent en évidence la grande importance de l'existence ou de la non-existence d'un rapport de travail ou d'un revenu d'une activité professionnelle dépendante ou indépendante. La qualification d'une activité professionnelle comme indépendante ou salariée a des conséquences tant pour la personne concernée que pour le financement des assurances sociales. Un champ d'action pour des réglementations dans les CCT s'ouvre ici tout au plus à titre subsidiaire. Les questions fondamentales de l'assujettissement aux assurances sociales doivent être résolues au niveau législatif²⁰⁸. Il faut toutefois examiner, en particulier si le nombre d'indépendants (et de pseudo-indépendants) devait augmenter en raison de la digitalisation, si et sous quelle forme les CCT pourraient et devraient contenir des dispositions sur les prétentions contractuelles de personnes analogues à des salariés voire même exerçant une activité indépendante. Ces questions prêtent également à discussion au sein du tripartisme, car les thèmes ont une importance qui dépasse le partenariat social et présentent également une dimension touchant à l'économie et à la société toute entière.

2. Aspects transnationaux

A. Problématique(s)

143 D'aucuns désignent la digitalisation de l'économie, qui est en cours actuellement, et la robotisation (dont nous commençons à voir les premiers effets) comme une « *révolution industrielle* »²⁰⁹. La « *révolution* » provoquée par la digitalisation risque d'entraîner une profonde transformation des marchés locaux du travail, due principalement à la robotisation, d'une part, et à la digitalisation, de l'autre ; cette dernière aura notamment pour effet d'estomper la frontière entre le travail et la vie privée. Ces différents aspects de la digitalisation de l'économie sont traités dans divers chapitres au cours de la présente étude²¹⁰. Le présent chapitre, quant à lui, se penche sur un autre des effets de la digitalisation : celui de la délocalisation, non plus d'entreprises entières, mais plutôt de certaines tâches. Les avancées

²⁰⁷ Cf. par ex, le modèle de l'entreprise « *Helvetic Payroll* », <https://www.helvetic-payroll.ch/fr/portage-salarial/> (consulté en dernier lieu le 15 mai 2018).

²⁰⁸ En octobre 2017, l'Union syndicale suisse (USS) a publié une étude portant le titre « *La numérisation doit servir aux salarié(e)s : analyse et mesures à prendre* ». L'USS exige de lutter contre le « *travail au noir dans le domaine de la numérisation* » (étude de l'USS, p. 21). Presque en même temps, Avenir Suisse a publié une étude sous le titre « *Quand les robots arrivent* ». Les auteurs de ce dernier rapport proposent notamment, en réponse aux relations de travail sur plateforme, de créer un statut de « *travailleur indépendant* » (Avenir Suisse, p. 58). Sources : Étude de l'USS : http://www.uss.ch/fileadmin/user_upload/125F_DL-LC_Numerisation-internet.pdf Étude d'Avenir Suisse : <https://www.avenir-suisse.ch/fr/publication/quand-les-robots-arrivent/>, consulté en dernier lieu le 15 mai 2018.

²⁰⁹ Parfois désignée par le terme « *Industrie 4.0* ».

²¹⁰ Voir, ci-dessous, ch. 174 ss.

technologiques permettront en effet aux entreprises de déléguer (ou d'*outsourcer*) certaines tâches ponctuelles et particulières à des personnes qui ne sont pas basées dans l'entreprise.

Dans le but de faire diminuer les coûts pour l'entreprise, ces personnes se trouveront le plus souvent en-dehors de la Suisse et de l'Union européenne. A l'instar de *call centers* et de *help lines* telles qu'elles existent aujourd'hui, où les personnes qui répondent aux appels de consommateurs suisses se trouvent au Maroc ou en Inde, où elles disposent d'une ligne téléphonique et d'un ordinateur, il est possible que d'autres services suivent le même chemin dans les décennies à venir. 144

Les tâches sont déléguées, dans certains cas, à une « *foule de travailleurs* » par le procédé du *crowdsourcing* ou *crowdworking*, par lequel des tâches définies sont délocalisées au moyen d'un « *appel d'offres* » adressé à un nombre indéfini de personnes se trouvant physiquement dans le monde entier²¹¹. Parmi les exemples cités par Portmann et Nedi, on trouve notamment la plateforme Atizo (www.atizo.com), dont le slogan est « *la Communauté améliore les produits* » et dont les clients sont, par exemple, Migros, le WWF, les CFF, Postfinance ou Nestlé²¹². 145

Pour l'employeur, l'avantage du recours au *crowdsourcing* est la possibilité de mobiliser (directement ou par l'intermédiaire d'une plateforme) des forces de travail externes à l'entreprise, par le biais d'internet, de manière économique, flexible et rapide et à l'échelle mondiale pour la réalisation de certaines tâches et la gestion de certains projets²¹³. Comme le soulignent à juste titre Portmann et Nedi, étant donné que le processus de travail engendré par le *crowdsourcing* est souvent transnational et digital, les *crowdworkers* n'ont souvent pas de contact les uns avec les autres, ce qui rend la négociation collective particulièrement compliquée pour cette catégorie de travailleurs²¹⁴ ; nous développerons cet aspect ci-après²¹⁵. 146

Si cet aspect de la digitalisation risque fortement de toucher de plein fouet le marché du travail suisse, c'est notamment parce qu'il est notoire que les salaires sont nettement plus élevés dans notre pays que dans l'Union européenne et, à plus forte raison, dans le reste du monde. Pour rester compétitives, les entreprises utiliseront naturellement les technologies à leur disposition et tenteront de faire diminuer le coût de revient de leur produit ou de leur service en faisant appel au bassin mondial de travailleurs qui se tiendront à disposition. 147

Non seulement ces nouvelles possibilités technologiques peuvent conduire à un risque de sous-enchère sociale et salariale, mais elles présentent également des risques non négligeables pour les entreprises suisses en matière de concurrence. 148

Dès lors, d'un point de vue économique, cette problématique peut être comparée à celle qui a occupé (et occupe encore) notre législateur en matière de dumping salarial et social dans le cadre de la libre circulation des personnes avec l'Union européenne. 149

B. *Applicabilité du droit suisse aux situations transnationales ?*

Juridiquement, la problématique est toutefois différente. En effet, les règles de droit public ont une portée limitée au territoire helvétique. C'est le cas de la LTr, dont la protection ne 150

²¹¹ Voir la définition de Portmann/Nedi, p. 527, et les références.

²¹² Site consulté en dernier lieu le 15 mai 2018.

²¹³ Portmann/Nedi, p. 527 s.

²¹⁴ Portmann/Nedi, p. 529 s.

²¹⁵ Ci-dessous, ch. 354.

peut être étendue aux salariés occupés à l'étranger, même pour le compte d'une entreprise suisse et soumis à un contrat de droit suisse²¹⁶. Par ailleurs, les mesures d'accompagnement ont un effet sur le territoire suisse et visent à contraindre les entreprises étrangères (européennes) qui viennent fournir des services sur notre territoire à se conformer à des standards minimaux en matière de conditions de travail et en particulier à celles prévues par les conventions collectives de travail étendues²¹⁷.

151 En revanche, l'externalisation d'une partie du travail (ou la « *délocalisation digitale* ») a pour particularité qu'une entreprise dont le siège est en Suisse fait exécuter du travail à l'étranger. Un autre cas de figure est celui d'une entreprise basée à l'étranger, sans établissement fixe désigné comme employeur en Suisse, qui fait exécuter du travail à des personnes en Suisse, sans détacher des travailleurs depuis l'Etat dans lequel elle a son siège.

C. CCT et situations transnationales

Plusieurs questions surgissent dès lors suite aux constats opérés :

- 152
- Quel est l'effet des CCT conclues en Suisse lorsque l'employeur est à l'étranger, mais que le salarié exécute sa prestation de travail en Suisse ?
 - Quel est l'effet des CCT conclues en Suisse lorsque le travail est physiquement effectué à l'étranger, mais que l'employeur est suisse ?
 - Y a-t-il une applicabilité des CCT lorsque ni l'employeur, ni le salarié ne sont situés en Suisse, mais que la prestation a un rapport étroit avec celle-ci ?

153 De manière générale, le champ d'application des conventions collectives de travail est en principe déterminé par leur texte même. S'il s'agit d'une convention d'entreprise, elle ne s'applique qu'à l'entreprise signataire – se pose alors la question de ses filiales ou sociétés sœurs dans les groupes de sociétés²¹⁸.

154 Lorsqu'il s'agit d'une CCT de branche, le texte de la CCT distingue en principe son champ d'application *territorial*, son champ d'application *du point de vue du genre d'entreprise* et son champ d'application *du point de vue personnel (travailleurs concernés)*. Du point de vue territorial, la CCT s'applique à une région, un canton, plusieurs cantons ou tout le territoire suisse, dans la branche concernée. En principe, les CCT suisses se limitent au maximum au territoire national²¹⁹.

a. Effet des CCT conclues en Suisse lorsque le travail est effectué à l'étranger pour un employeur sis en Suisse ?

155 Une convention collective de travail conclue en Suisse peut-elle déployer ses effets lorsque le travail est effectué à l'étranger ? L'on se trouverait dans l'hypothèse où une entreprise, dont le siège ou l'établissement est en Suisse, fait effectuer certaines tâches par des travailleurs à l'étranger. Comme dans le cas de figure précédent toutefois, il n'y a pas de détachement de travailleurs (de la Suisse vers l'étranger), puisque les tâches sont déléguées, effectuées et contrôlées entièrement par voie numérique : personne, ni l'employeur, ni le travailleur, ne se déplace.

²¹⁶ ATF 139 III 411, c. 2 ; Aubry Girardin, *Liber amicorum*, p. 29.

²¹⁷ Cf. ci-dessus, ch. 73 ss.

²¹⁸ À ce sujet voir Geiser/Uhlig, GAV im Konzern, p. 1 ss.

²¹⁹ Geiser/Uhlig, GAV im Konzern, p. 44 s.

La question de la validité transnationale d'une CCT est en général traitée via l'application du droit international privé. Il convient de retenir qu'en principe, l'application des dispositions normatives d'une CCT suivra celle du contrat individuel de travail²²⁰. Néanmoins, les CCT conclues en Suisse n'ont en principe pas vocation, en tant que telles, à s'appliquer *de facto* en dehors du territoire suisse, sauf sur une base volontaire ; en effet, les employeurs et les travailleurs au service d'un employeur lié par une CCT peuvent se soumettre individuellement et volontairement à cette dernière, qui devient dès lors contraignante (art. 356b al. 1 CO).

156

Pour mémoire, à défaut d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits, soit l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou, si le contrat est conclu dans l'exercice d'une activité professionnelle ou commerciale, son établissement (art. 117 al. 1 et 2 Loi sur le droit international privé – LDIP²²¹). En matière de contrat de travail, celui-ci est régi par le droit de l'Etat dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail (art. 121 al. 1 LDIP). Si le travailleur accomplit habituellement son travail dans plusieurs Etats, le contrat de travail est régi par le droit de l'Etat de l'établissement ou, à défaut d'établissement, du domicile ou de la résidence habituelle de l'employeur (art. 121 al. 2 LDIP). Les parties peuvent soumettre le contrat de travail au droit de l'Etat dans lequel le travailleur a sa résidence habituelle ou dans lequel l'employeur a son établissement, son domicile ou sa résidence habituelle (art. 121 al. 3 LDIP).

157

De manière générale, une CCT conclue en Suisse et dont la validité est limitée au territoire helvétique n'aura pas d'effet contraignant *ipso facto* sur le contrat de travail de l'employé situé à l'étranger.

158

L'on peut toutefois se demander si celui-ci ne pourrait pas réclamer, au titre de l'égalité de traitement, des prétentions basées sur la CCT, auxquelles ont droit les salariés situés en Suisse dont les contrats de travail sont identiques. Une éventuelle extension de la CCT aurait-elle un impact sur les droits du salarié ?

159

Ces questions délicates et sensibles toucheront à n'en pas douter les entreprises et certains secteurs de l'économie, même si cela s'exprimera probablement de manière très diverse et à des degrés différents. La complexité juridique, économique et sociale de ces questions amènera sans doute les partenaires sociaux à entamer des discussions sur le contenu futur des CCT. Il apparaît qu'un échange avec l'Etat, au titre du tripartisme, sera également nécessaire au vu de la nature de ces problématiques.

160

c. Effet des CCT conclues en Suisse lorsque l'employeur est à l'étranger

Il convient de distinguer le cas de figure dans lequel *l'employeur est à l'étranger et le travailleur durablement employé en Suisse* de celui dans lequel *l'employeur est à l'étranger et détache un travailleur pour un temps limité*.

161

Lorsque l'employeur est à l'étranger et qu'il fait effectuer du travail en Suisse à des personnes qui se trouvent déjà en Suisse ou qui sont appelées à y rester durablement, la LDét ne s'applique pas. En effet, en vertu de son art. 1, cette loi ne s'applique qu'aux travailleurs détachés pendant une période limitée en Suisse par un employeur ayant son domicile ou son siège à l'étranger dans le but de :

162

²²⁰ Geiser/Uhlig, GAV im Konzern, p. 45.

²²¹ RS 291.

- a. fournir une prestation de travail *pour le compte et sous la direction de cet employeur*, dans le cadre d'un contrat conclu avec le destinataire de la prestation ;
- b. travailler *dans une filiale ou une entreprise appartenant au groupe de l'employeur*.

163 Si l'employeur n'est pas soumis à une CCT, notamment du fait qu'il n'est pas actif en Suisse, le salarié ne pourra ni y être soumis par l'effet de la loi, ni s'y soumettre volontairement au sens de l'art. 356b al. 1 CO. En revanche, il apparaîtrait logique qu'il soit soumis à toute CCT étendue qui s'applique à son activité, bien que ces situations appellent une réflexion plus approfondie en la matière.

164 En revanche, la situation a été clarifiée dans le cadre de l'envoi temporaire de salariés en Suisse par un employeur situé à l'étranger. En effet, on le sait, l'art. 2 LDét impose les dispositions d'une CCT étendue aux entreprises étrangères qui détachent des travailleurs en Suisse²²².

d. *Effet des CCT conclues en Suisse lorsque le travail est effectué à l'étranger pour un employeur sis à l'étranger, mais pour une prestation étroitement liée à la Suisse ?*

165 Enfin, un dernier cas de figure mérite d'être mentionné. Il s'agit de l'employeur basé à l'étranger qui n'aurait pas besoin de détacher physiquement des travailleurs en Suisse, ni d'avoir un établissement sur le territoire suisse, puisqu'il *délèguerait le travail de manière numérique, donnant ses instructions et contrôlant l'exécution du travail par ce biais, sans que le salarié ne soit lui non plus en Suisse*. Les travaux effectués, peuvent aller de services hautement spécialisés (analyses scientifiques, rapports, travaux juridiques, etc.) à des services ne nécessitant aucune qualification particulière (travail « *au clic* », tri de données brutes, etc.).

166 Dans ce cas de figure, rien ne permettrait de relier physiquement le travail effectué avec la Suisse, bien que le travail ne puisse être réalisé hors de Suisse qu'en raison des possibilités offertes par la technologie. À considérer qu'elle soit juridiquement pertinente, cette situation pose de manière accrue la question de la présence physique du salarié sur le territoire au sein duquel sa prestation de travail est directement reçue. En particulier, il est possible de *s'interroger sur le critère de présence physique du salarié en Suisse qui sous-tend la LDét*. L'idée de cette dernière loi est, on l'a vu, de prévenir le dumping, mais en n'appréhendant que les situations dans lesquelles le salarié détaché de l'étranger est présent physiquement en Suisse.

167 Il est dès lors permis de s'interroger sur l'opportunité d'un assouplissement de ce critère et sur l'élargissement des conditions d'application de la LDét lorsque des salariés situés hors de Suisse exercent, grâce aux outils numériques, un travail qui devrait être en principe effectué en Suisse et qui est destiné au marché suisse.

D. *Synthèse*

168 Les questions posées par la chute progressive des frontières physiques entraînée par le développement numérique et par le risque de délocalisation des tâches vont être centrales ces prochaines années. À ce jour, le droit public et les CCT sont fortement ancrés dans le principe de territorialité. Peut-être les évolutions dues à la technologie imposeront-elles aux partenaires sociaux de repenser l'applicabilité et le champ d'action des normes permettant

²²² Cf. ci-dessus, ch. 81 ss.

d'appréhender les risques d'externalisation. Ces questions pourraient faire l'objet d'une réflexion entre Etats et partenaires sociaux dans le cadre offert par l'OIT, sa structure et ses instruments.

Cette thématique peut d'ailleurs également être appréhendée sous l'angle de l'image et de la responsabilité des entreprises, qui pourraient s'engager à ne pas délocaliser certaines tâches ou davantage qu'une certaine proportion de leurs activités.

Il est aussi à noter que la question de l'externalisation numérique risque à terme d'être appréhendée sous l'angle des marchés publics qui impose le respect des conditions de travail et/ou des usages. L'on pourrait en effet imaginer que ces conditions s'étendent à l'emploi d'une main d'œuvre locale, au moins dans une certaine mesure (art. 8 al. 2 Loi fédérale sur les marchés publics, LMP²²³).

Ces éléments mériteraient une analyse propre et appellent des recherches complémentaires. L'on peut à tout le moins affirmer aujourd'hui qu'il s'agit là d'un des sujets de discussion à venir les plus probables.

E. Digression : la juridiction d'arbitrage

Des relations juridiques transfrontalières se créent régulièrement lors de rapports de travail sur plateforme. Des questions de droit international privé se posent alors quant à la juridiction compétente et au droit applicable que les opérateurs fixent souvent dans leurs conditions générales de vente (CGV). Celui qui, par exemple, propose ses services comme « *clickworker* » à l'entreprise « *Mechanical Turk* » aux États-Unis, doit se soumettre, selon les CGV, au droit des États-Unis et à la juridiction des tribunaux américains²²⁴. L'entreprise suisse « *Mila* » prévoit dans ses CGV que pour les contrats d'utilisateurs domiciliés en Allemagne, seul le droit allemand est applicable, avec Berlin comme for juridique déterminant. Tous les autres contrats sont exclusivement régis par le droit suisse, avec Berne comme seul tribunal compétent. Sous le titre « *Droit applicable et juridiction compétente* », le contrat de licence entre Rasier, filiale d'Uber, et le chauffeur Uber prévoit qu'à l'exception des conflits de lois, le contrat est régi exclusivement par les lois des Pays-Bas et interprété conformément au droit néerlandais. De plus, le contrat prévoit qu'après une procédure de médiation obligatoire, un litige doit être résolu exclusivement et définitivement par une procédure arbitrale selon les règles de la juridiction d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce, ICC Arbitration rules). Le lieu de la procédure d'arbitrage est Amsterdam (Pays-Bas) et la langue de la procédure est l'anglais²²⁵. La validité d'une telle clause est toutefois incertaine.

Le Tribunal fédéral a fixé des limites à l'*arbitrage national* concernant les prétentions de droit du travail : le travailleur n'est pas lié par des conventions d'arbitrage relatives à des prétentions auxquelles il ne peut pas renoncer selon l'art. 341 al. 1 CO²²⁶. Dans les *relations internationales*, ces limites selon la LDIP suisse ne sont pas valables. Au contraire, selon l'art. 177 al. 1 LDIP, un cas peut être réglé par arbitrage dans la mesure où il s'agit d'une « *prétention pécuniaire* »²²⁷, ce qui inclut également les prétentions relatives au droit du

²²³ RS 172.056.1 ; voir aussi par exemple les règles en vigueur à Genève et qui imposent le respect des conditions de travail locales, art. 20 Règlement sur la passation des marchés publics, RMP, L 6 05.01.

²²⁴ Däubler, Internet et le droit du travail, p. 309 ss.

²²⁵ Cf. Pärli, avis de droit Uber, ch. 94.

²²⁶ ATF 136 III 467.

²²⁷ Schnyder/Liatowitsch, p. 174.

travail²²⁸. Toutefois, la question se pose en doctrine de savoir si des juridictions impératives comme en prévoit le droit du travail ne devraient pas être soustraites aux conventions d'arbitrage²²⁹. Les règles de la LDIP ne s'appliquent toutefois que si les parties à une relation internationale ont convenu d'un tribunal arbitral ayant son siège en Suisse. Si les parties ont convenu d'un tribunal arbitral ayant son siège à l'étranger, une cour suisse doit examiner sa compétence, sur la base de la « *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* » (Convention de New York)²³⁰. Selon les circonstances concrètes, une clause arbitrale pourrait être invalidée au vu de l'art. 27 CC. Les clauses d'arbitrage dans le cadre de contrats liés à des prestations de travail sont problématiques. Si, dans la foulée de l'économie des plateformes, des prestataires actifs sur le plan international devaient faire un usage plus fréquent de telles clauses arbitrales, le *législateur* serait appelé à intervenir, car le pouvoir d'action des partenaires sociaux est limité dans ce cas.

V. Effets de la digitalisation sur l'exécution du travail

1. Participation des salariées

A. *L'inscription de la participation dans la loi*

174 Sur le plan du droit international du travail, la « *Convention 135 de l'OIT concernant la protection des représentants des travailleurs dans l'entreprise et les facilités à leur accorder* » de 1971²³¹ prévoit des obligations pour les États de prendre des mesures pour mettre en place la participation des travailleurs. Il appartient aux États-membres de définir le ou les types de représentants des travailleurs qui ont droit à la protection et aux facilités prévues dans cette convention²³². Pour la plupart, les droits prévus dans la convention ne sont pas directement applicables. Le destinataire des obligations est l'État ratifiant la convention. La Suisse n'a pas ratifié cette convention. En plus de cette convention, l'OIT a encore publié deux autres recommandations. Il s'agit de la « *Recommandation n° 94 de 1952 concernant la consultation et la collaboration entre employeurs et travailleurs sur le plan de l'entreprise* » et de la « *Recommandation n° 129 de 1967 concernant les communications entre la direction et les travailleurs dans l'entreprise* »²³³. La teneur générale des documents de l'OIT sur la participation fait valoir que le personnel a un droit fondamental à être informé et consulté si et dans la mesure où il est affecté par des décisions entrepreneuriales.

175 En Suisse, l'ordonnancement de base des droits de participation figure dans la Loi sur la participation (LParticipation)²³⁴. L'art. 3 de la LParticipation accorde aux travailleurs un droit de représentation dans des entreprises occupant au moins cinquante travailleuses et

²²⁸ Cf. aussi ATF 136 III 467 c. 4.2.

²²⁹ Girsberger/Voser en doutent toutefois: «*Again, however, the question arises whether arbitrability may be affected by mandatory provisions outside of Chapter 12 SPILA*»; Girsberger/Voser, p. 107.

²³⁰ Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 30 août 1965, RS 0277.12. Buhr/Schramm p. 129-142 ; cf aussi Streiff/von Kaenel/Rudolph, n. 68 ad 319 CO.

²³¹ http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_c135_de.htm (consulté en dernier lieu le 15 mai 2018).

²³² Cf. art. 4 du Traité.

²³³ http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R094 (consulté en dernier lieu le 15 mai 2018).

²³⁴ RS 822.14.

travailleurs. Toutefois, la nomination d'une représentation des travailleurs n'est pas obligatoire. Elle n'a lieu que si les travailleurs en font la demande selon l'art. 5 de la loi précitée²³⁵. Selon l'art. 9 de la même loi, la représentation des travailleurs dispose d'un droit général d'être informée sur les répercussions du cours des affaires sur l'emploi et les employés et d'un droit d'être informée en temps opportun et de manière complète sur toutes les affaires pour lesquelles elle dispose de droits de participation. L'article 10 de la loi sur la participation mentionne comme domaines spéciaux de participation la « *sécurité et la santé* », le « *transfert d'entreprise* », le « *licenciement de masse* » et la « *prévoyance professionnelle* ». Tant les droits de participation généraux que spéciaux n'appartiennent en principe qu'à la représentation des travailleurs ou, lorsqu'il n'y en a pas, aux travailleuses et aux travailleurs de l'entreprise, à l'exclusion des syndicats. La quatrième section de la LParticipation règle la collaboration entre l'employeur et la représentation des travailleurs. D'une part, l'art. 11 de cette loi exige que le comportement des deux parties repose sur le principe de la bonne foi et oblige d'autre part l'employeur à soutenir la représentation des travailleurs, notamment en mettant à sa disposition les locaux, les moyens matériels et les services administratifs nécessaires.

B. *Défis et opportunités de la digitalisation*

Aujourd'hui, les droits de participation des travailleurs sont plutôt modestes en comparaison internationale²³⁶. La digitalisation exige toutefois, selon les points de vue exposés dans les théories plus récentes de direction du personnel et de management, une démocratisation du monde du travail²³⁷. Les nouvelles formes de travail font appel à de très grandes compétences d'organisation personnelle et exigent un engagement actif des salariés pour résoudre des problèmes de processus et optimiser des procédures²³⁸. Si, en même temps, les structures de direction et d'organisation procèdent d'une approche descendante et que les salariés n'ont guère de droits de participation, il existe une contradiction évidente²³⁹. La codécision et l'aménagement participatif sont des éléments constitutifs essentiels d'un travail qualifié. Sans une extension des processus démocratiques dans l'entreprise, les opportunités offertes par la digitalisation ne peuvent pas être mises à profit, car les processus digitaux exigent de coopérer par-delà les frontières des spécialités, des domaines et des hiérarchies, ce qui doit nécessairement conduire à la démocratisation des décisions au sein de l'entreprise.

176

Les droits de participation selon la Participation ne constituent qu'un standard minimum. Les partenaires sociaux sont donc libres de renforcer la participation dans l'entreprise dans le cadre des CCT. En particulier, il est également permis de définir de manière détaillée le rôle des syndicats dans la participation au sein des entreprises, y compris la question du droit d'accès des syndicalistes à l'entreprise. L'étude TA-Swiss sur la flexibilisation du travail indique également, dans ses recommandations, qu'une large participation des salariés est dans l'intérêt commun des partenaires sociaux.

177

Depuis quelques années, la digitalisation agit aussi comme catalyseur du débat sur la démocratie dans l'entreprise et l'humanisation du monde du travail, qui s'était assoupi. À l'avant-

178

²³⁵ Fritz/Schuler, p. 30.

²³⁶ Cf. aussi Geiser/Müller, p. 349.

²³⁷ Cf. p. ex. Brandes / Koschek / Schültken (2014). Cf. aussi les références bibliographiques dans les notes de bas de page ci-dessous.

²³⁸ Au sujet de la question de la participation/cogestion à l'ère digitale, voir la discussion en Allemagne, particulièrement Fündling/Sorber, p. 552 ; Karthaus, p. 558 ss.

²³⁹ Pärli, Zutritt, p. 1454 ss.

garde de cette discussion, il y a un certain nombre d'entreprises proches des technologies d'information qui, misant sur une large participation des collaborateurs et sur une démocratie de base, obtiennent d'excellents résultats économiques. Des aspects comme la direction paritaire et le style de travail collaboratif ont notamment été décisifs pour décerner, en 2013, le prix du meilleur employeur de la branche des technologies de l'information à l'entreprise Beck at. Al. services. La presse et la science s'intéressent aussi au phénomène. Le 28 mars 2015, le journal *Süddeutsche Zeitung* a publié un article intitulé « *Demokratie am Arbeitsplatz : Wir sind die Firma* » (La démocratie au poste de travail : l'entreprise, c'est nous). Cet article mentionnait également que les structures démocratiques et la transparence des salaires avaient un impact extrêmement productif. Une grande conférence s'est tenue en 2015 à l'Université technique de Munich sous le titre « *L'entreprise démocratique – vers une nouvelle humanisation du monde du travail* ». Plusieurs contributions ont souligné que la digitalisation et la notion d'entreprise démocratique sont interdépendantes. Une voix critique a toutefois signalé aussi que la prétendue autodétermination pousse le travailleur à s'auto-exploiter et ne débouche donc que sur une « *pseudo-participation* ».

179 Une analyse juridique approfondie de ces nouvelles formes d'autogestion n'a apparemment pas encore été effectuée à ce jour. Il est clair que des structures démocratiques dans l'entreprise et une auto-organisation extensive des salariés remettent en question la conception même du contrat de travail, qui repose sur une nette séparation des rôles entre l'employeur et les salariés et sur la subordination de ceux-ci à l'autorité de l'employeur fondée sur le droit de donner des instructions. La fonction du partenariat social dans une entreprise entièrement autogérée sans rôles clairement définis d'employeur et de travailleurs est incertaine.

2. La sécurité et la santé au poste de travail

A. Nouveaux dangers pour la santé dus à la digitalisation

180 La digitalisation favorise le décloisonnement du travail par le chevauchement croissant entre le lieu de travail et le lieu de vie privé ainsi qu'entre le temps de travail et celui des loisirs, ce qui peut représenter à la fois un gain d'autonomie dans le mode de vie et un risque pour la santé. Le plus grand danger régulièrement mentionné est celui de la joignabilité permanente et celui de la disparition générale des frontières entre le lieu de travail et le lieu de vie et entre le temps de travail et les loisirs. Ces phénomènes augmentent la pression sur les travailleurs et conduisent à un stress nuisible à la santé. La sécurité et la santé sont des sujets étroitement liés à la question de l'organisation et à la limitation du temps de travail et ne concernent pas uniquement la digitalisation. Cela ressort également du fait que les réglementations relatives à la protection de la santé, mais aussi à la durée maximale du temps de travail et aux périodes de repos figurent dans la même loi (Loi sur le travail, LTr). La digitalisation des processus de travail peut également conduire à une surveillance accrue des travailleurs, avec un impact correspondant sur leur santé. Tant les dispositions de la LTr que celles de la Loi sur la protection des données (LPD) fixent certaines conditions pour qu'une surveillance soit licite. La présente étude, toutefois, traite des sujets « *santé* », « *durée du travail* » et « *protection des données* » dans des chapitres séparés. On trouvera ici pour commencer des considérations sur les obligations légales actuelles de l'employeur pour protéger la santé des travailleurs. Ensuite, l'étude examinera sommairement ces obligations sous l'angle de leur capacité à maîtriser les conséquences de la digitalisation, avant de conclure en présentant la marge de manœuvre pour la mise en œuvre de mesures supplémentaires et complémentaires par les partenaires sociaux.

B. *Bases juridiques de la protection de la santé dans le droit contractuel et le droit public*

La protection de la santé des travailleurs est inscrite à l'art. 328 CO comme droit individuel. Elle est corroborée par les dispositions de droit public sur la protection du travail dans la LTr, notamment à l'art. 6 LTr et dans l'ordonnance 3 relative à la Loi sur le travail (OLT 3), ainsi que par l'art. 82 de la Loi sur l'assurance-accidents (LAA). Les employeurs sont tenus de prendre des mesures de prévention efficaces pour que les travailleurs n'encourent pas de dommage dans l'accomplissement de leurs tâches. Selon l'art. 2 de l'OLT 3, « *cette obligation comprend (...) toutes les mesures (...) nécessaires afin d'assurer et d'améliorer la protection de la santé physique et psychique des travailleurs* ». Un manquement aux réglementations sanitaires peut entraîner des sanctions de la part des autorités et, le cas échéant, des demandes d'indemnisation de la part de travailleurs²⁴⁰. Il peut également entraîner des actions récursoires de la part de l'assureur accidents, si l'employé touche des prestations suite à un accident imputable à une faute de l'employeur.

181

Les obligations étendues relatives à la protection de la santé selon la LTr et la LAA, ainsi que les obligations contractuelles de l'employeur basées sur l'art. 328 CO n'ont d'effet qu'à l'égard des travailleurs. Les indépendants ne peuvent pas prétendre aux prestations de l'assurance accidents légale selon la LAA. Ils ne sont pas non plus astreints à de quelconques mesures de prévention. Ce fait remet en évidence la grande importance de la qualification d'une relation de travail comme contrat de travail et, par extension, de l'activité lucrative dépendante en matière de droit des assurances sociales. Sur la base des réglementations légales existantes, il n'existe aucune possibilité d'assujettir les personnes analogues aux travailleurs aux prescriptions de la Loi sur l'assurance-accidents. Ces deux réglementations ne connaissent que l'alternative « *assujetti en tant que travailleur* » ou « *non assujetti* ». Il en va autrement sur le plan contractuel. Dans le cas d'une relation contractuelle qualifiée de « *contrat avec une personne analogue à un travailleur* », un tribunal pourrait parfaitement appliquer par analogie les dispositions selon l'art. 328 CO sur la protection de la personnalité et des données, si et dans la mesure où il existe ici un besoin de protection spécifique.

182

Les dispositions de droit public sur la protection de la santé dans la LTr et la LAA exigent, dans la pratique des entreprises, une collaboration des travailleurs, car la « *protection de la santé* » est l'un des (rares) domaines mentionnés dans lequel le travailleur dispose de droits de participation effectifs. L'employeur doit faire appel à la représentation des travailleurs et aux travailleurs en matière de protection de la santé. Même les partenaires sociaux peuvent (et devraient) participer à la vaste tâche de la protection de la santé. Les dispositions légales sur la protection de la santé constituent des standards minimaux ; les CCT peuvent parfaitement les concrétiser pour les rendre opérationnelles au quotidien dans l'entreprise. En particulier, les domaines qui conduisent à de nouveaux dangers du fait de la digitalisation et ne sont pas encore suffisamment couverts par les réglementations légales (LTr, ordonnances, directives administratives du SECO) ouvrent ici des possibilités. Il faut citer ici par exemple les consignes d'action en matière de prévoyance pour la santé dans le bureau à domicile et pour les travaux en déplacements. La CCT peut également contenir une obligation selon laquelle les travailleurs doivent être informés et instruits sur les risques psychosociaux du travail mobile et des bureaux à domicile.

183

²⁴⁰ Cf. ci-dessous, ch.328.

184

Sur le plan tripartite, il est nécessaire, à l'ère de la digitalisation, d'engager le dialogue sur les questions fondamentales de la protection de la santé. Ce dialogue doit porter sur le champ de tensions « *digitalisation/flexibilisation/santé* ».

3. Temps de travail

185 Le temps de travail et la saisie de ce dernier figurent parmi les sujets les plus souvent évoqués dans le cadre de la discussion sur la digitalisation ; ce sujet occupe notamment le Parlement fédéral.

186 Comme nous le verrons, la loi pose un cadre strict à l'horaire de travail. Au préalable et de manière à définir la marge de manœuvre et le rôle des partenaires sociaux, il est indispensable de clarifier quel est le cadre du droit public impératif auquel les partenaires ne peuvent pas déroger dans une CCT.

187 Le présent chapitre exposera tout d'abord quels sont les buts poursuivis par les règles en matière de temps de travail et en quoi celles-ci consistent. Il conviendra dès lors de définir essentiellement le temps de travail et ses limites (A). Les auteur-e-s exploreront ensuite en quoi les développements numériques ont un impact sur le temps de travail et appellent des modifications des règles en vigueur (B). Enfin, le rôle que les partenaires sociaux et le tripartisme peuvent jouer dans ce cadre permettra de clore ce chapitre sur diverses pistes et recommandations concrètes (C).

A. *Définition juridique du temps de travail : la Loi sur le travail et le Code des obligations*

188 Afin de déterminer en quoi consiste le temps de travail et comment il peut être appréhendé et concrétisé (2 et 3), il sied de rappeler brièvement quelles sont les raisons d'être de ce principe (1).

a. *La LTr : un objectif de protection de la santé des travailleurs*

189 La Loi sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr) a vu le jour suite à une initiative populaire visant à réduire la durée de la semaine de travail²⁴¹. Si l'initiative en question ne concernait que « *la question de la durée normale maximum du travail dans l'industrie, les arts et métiers et le commerce* », le Conseil fédéral a estimé que celui-là ne pouvait être réglementé que dans le cadre d'un corpus législatif plus global sur la durée du travail et du repos²⁴². Les idées phares du nouveau projet de loi étaient « *d'adapter matériellement la réglementation en vigueur aux conditions et besoins de l'époque actuelle* »²⁴³, de même que de « *mettre sur pied, tout en révisant la loi sur les fabriques, un régime légal de protection des travailleurs embrassant l'ensemble de l'industrie, de l'artisanat et du commerce afin de disposer d'une législation formant un tout et clairement ordonnée* »²⁴⁴.

190

²⁴¹ FF 1960 II 885.

²⁴² FF 1960 II 885 s.

²⁴³ FF 1960 II 891.

²⁴⁴ FF 1960 II 892.

La question du temps de travail et de la durée du travail apparaît comme un élément central de toute problématique liée à l'exécution même du travail et aux conditions de vie des salariés, à tel point que le temps de travail fait l'objet de la Convention n° 1 de l'OIT de 1919²⁴⁵.

La réglementation du temps de travail s'inscrit dès lors dans le cadre de l'obligation qui est faite à l'employeur de « protéger la santé des travailleurs » (art. 6 LTr). Ainsi, aux termes de cet article, « l'employeur est tenu de prendre toutes les mesures dont l'expérience a démontré la nécessité, que l'état de la technique permet d'appliquer et qui sont adaptées aux conditions d'exploitation de l'entreprise. Il doit en outre prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger l'intégrité personnelle des travailleurs ». L'ordonnance 3 (OLT 3) relative à la LTr prévoit également, à son art. 2 al. 1 que « l'employeur est tenu de donner toutes les directives et de prendre toutes les mesures nécessaires afin d'assurer et d'améliorer la protection de la santé physique et psychique ». L'employeur doit ainsi veiller à prévenir le surmenage de son employé²⁴⁶.

Ces principes s'inscrivent dans la ligne des politiques publiques, de l'expérience et de l'état du savoir, notamment médical, lesquels admettent qu'il convient de protéger la sécurité et la santé des travailleurs pour éviter que ceux-ci ne soient la proie d'accidents ou de maladies, ce qui engendre un coût pour l'individu, pour l'entreprise et pour la collectivité²⁴⁷. Comme cela sera exposé ci-dessous, la limitation des heures de travail, pour en éviter l'excès, que ce soit en quantité absolue ou à tout moment, est un outil essentiel de la LTr, visant à éviter qu'il ne soit trop nuisible à la santé des salariés.

Afin de permettre une protection étendue des salariés de la manière la plus uniforme sur le marché du travail, la LTr est dotée d'un champ d'application large²⁴⁸. En sont uniquement exclues les entreprises et régies publiques, les entreprises agricoles, ou encore les personnes exerçant des fonctions dirigeantes élevées (art. 1 à 3 LTr). En dehors de ces exceptions, la loi s'applique à l'ensemble des salariés et entreprises sis en Suisse, de même, dans la mesure où les circonstances le permettent, qu'aux travailleurs occupés en Suisse par une entreprise sise à l'étranger (art. 1 LTr)²⁴⁹.

b. Définitions légales et notion de temps de travail

i. Temps de travail et durée de la semaine de travail

Lorsque la LTr a été élaborée, il n'était que peu question que les salariés exercent des métiers de service et la loi visait essentiellement à réglementer le travail dans les secteurs primaire et secondaire.

Ainsi que nous l'avons rappelé, la LTr est essentiellement née de la nécessité de réglementer et de limiter le temps de travail hebdomadaire, d'un point de vue de droit public et dans l'optique de protéger la santé et la sécurité du travailleur.

²⁴⁵ http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312146:NO.

²⁴⁶ Rapport télétravail, p. 36.

²⁴⁷ Voir à ce sujet l'introduction à la matière figurant dans la thèse de Florence Aubry Girardin : Aubry Girardin, thèse, p. 13 ss.

²⁴⁸ Cf. Aubry Girardin, thèse, p. 193 s.

²⁴⁹ À ce sujet, voir Aubry Girardin, thèse, p. 193 s.

Cette approche est rigoureusement différente de celle qui figure dans le Code des obligations, qui dispose de sa propre définition des heures supplémentaires, soit celles qui excèdent la durée de travail prévue par le contrat, l'usage, un contrat-type ou une convention collective de travail (art. 321c CO). En droit privé, ces heures sont compensées par un congé de même durée ou rémunérées, avec une majoration de 25%, à condition que le salarié n'y ait pas renoncé par écrit (art. 321c al. 2 et 3 CO). Il ne s'agit pas prioritairement, dans le Code des obligations, de protéger la santé du salarié et d'énoncer une règle de droit public, mais plutôt d'encadrer les aspects contractuels de la relation de travail.

197 Bien qu'il s'agisse d'un de ses objets essentiels, la LTr ne définit pas ce qu'il faut précisément entendre par « *temps de travail* » ou « *durée du travail* », ni ne détermine de durée hebdomadaire fixe du travail.

198 La durée du travail, au sens de la loi est « *le temps pendant lequel le travailleur doit se tenir à la disposition de l'employeur* » (art. 13 al. 1 ordonnance 1 relative à la LTr - OLT 1²⁵⁰). Von Kaenel explicite cette définition en considérant qu'est constitutive de temps de travail « *toute période de temps que le travailleur passe dans l'intérêt principal de son employeur et par la volonté de celui-ci* »²⁵¹. Ainsi, selon cet auteur, tout temps passé par le salarié à exercer une activité par la volonté et dans l'intérêt de son employeur, même si le salarié se trouve par exemple à domicile, doit être considéré comme du temps de travail²⁵². Enfin, il sied de relever que la notion de temps de travail n'impose pas que le salarié soit actif, puisque le simple fait de mettre son temps à la disposition de l'employeur constitue du temps de travail²⁵³ – notion sur laquelle nous nous étendrons plus longuement. Au surplus, selon Wyler, qui traite cette question essentiellement sous l'angle du devoir de fidélité, « *l'employé doit tout son temps de travail à l'activité pour laquelle il a été engagé par l'employeur* »²⁵⁴.

199 Par ailleurs, le temps que le salarié consacre au trajet pour se rendre sur son lieu de travail et en revenir n'est pas réputé durée du travail (art. 13 al. 1 OLT 1). Ce n'est que lorsque le travailleur doit exercer son activité ailleurs que sur son lieu de travail habituel et que la durée ordinaire du trajet s'en trouve rallongée, que le surplus de temps ainsi occasionné par rapport au trajet ordinaire est réputé temps de travail (art. 13 al. 2 OLT 1).

200 Conformément à la conception en cours dans les années 1960 et aux vœux des initiants à son origine et de ses auteurs, la LTr découpe le temps de travail en unités horaires et appréhende la durée du travail à l'échelle hebdomadaire. Dès lors, le maximum de la semaine de travail est arrêté à 45 heures pour les travailleurs occupés dans les entreprises industrielles, ainsi que pour le personnel de bureau, le personnel technique et les autres employés, y compris le personnel de vente des grandes entreprises de commerce de détail et à 50 heures pour tous les autres travailleurs (art. 9 al. 1 LTr). Quelques rares exceptions sont possibles, moyennant l'accord des autorités, pour certaines professions qui imposent notamment l'exécution d'horaires plus atypiques (art. 9 al. 3 et 4 LTr).

201 Le dépassement de la durée maximum de la semaine de travail ne peut intervenir qu'en cas d'urgence ou de surcroît extraordinaire de travail ou dans certains cas particuliers, uniquement dans une certaine mesure (art. 12 LTr). Dans un tel cas, le travailleur doit bénéficier

²⁵⁰ RS 822.111.

²⁵¹ Von Kaenel, LTr, N 5, p. 157.

²⁵² Von Kaenel, LTr, N 5, p. 157.

²⁵³ Von Kaenel, LTr, N 5, p. 157 s.

²⁵⁴ Wyler, p. 77.

d'une durée de repos quotidien d'au moins onze heures consécutives, qui peut être réduite à huit heures une fois par semaine, pour autant que la moyenne sur deux semaines atteigne onze heures (art. 15a LTr). Lorsque le travail hebdomadaire est réparti sur plus de cinq jours, l'employeur est tenu de donner au travailleur une demi-journée de congé par semaine, sauf dans les semaines comprenant un jour chômé (art. 21 LTr).

Certaines entreprises peuvent bénéficier d'exceptions quant à la durée et à la modulation des horaires de travail (art. 4 ss OLT 2²⁵⁵) ; l'on peut citer les entreprises de radio-télévision, de l'hôtellerie et de la restauration, les hôpitaux, les pharmacies, etc. (art. 15 ss ordonnance 2 relative à la LTr - OLT 2).

Le travail supplémentaire doit être rémunéré par un supplément de salaire d'au moins 25%, qui n'est toutefois dû aux employés de bureau, aux techniciens et aux autres employés, y compris le personnel de vente des grands établissements du commerce de détail, qu'à partir de la soixante et unième heure supplémentaire accomplie dans l'année civile (art. 13 al. 1 LTr), à moins que le travail supplémentaire ne soit compensé par un congé de même durée dans un délai convenable et avec l'accord du travailleur (art. 13 al. 2 LTr).

ii. Temps de travail et temps de repos

La loi régit également les pauses destinées à interrompre le travail ; les pauses comptent comme du temps de travail lorsque l'employé n'est pas autorisé à quitter sa place de travail, soit le lieu où il doit se tenir pour effectuer le travail qui lui est confié, dans l'entreprise ou en dehors (art. 15 LTr, 18 OLT 1)²⁵⁶.

Par ailleurs, les heures durant lesquelles le salarié peut travailler sont précisément définies, puisqu'il y a un travail dit de jour (entre 6 heures et 20 heures) et un travail dit du soir (entre 20 heures et 23 heures), qui ne nécessitent pas d'autorisation des autorités. Le travail du soir doit selon les cas impliquer la représentation des travailleurs (art. 10 al. 1 et 2 LTr). Dans l'optique de protection de la santé du travailleur, il est par principe interdit de travailler la nuit (art. 16 LTr), sauf autorisation spécifique des autorités compétentes, dans certains cas exceptionnels et avec l'accord du travailleur (art. 17 LTr).

Pour les mêmes raisons, mais également afin d'assurer une certaine cohésion sociale, il est de manière générale interdit de travailler le dimanche et les jours fériés, sauf exceptions soumises à autorisation (art. 18, 19 et 20a LTr).

Le travail de nuit, tout comme le travail du dimanche et des jours fériés, doit être rémunéré de manière majorée et compensé par un temps de repos spécifique (art. 17b LTr). Enfin, il est en principe interdit de remplacer le temps de repos par d'autres prestations, soit en particulier de le compenser en argent (art. 22 LTr). L'intention du législateur était non pas de garantir la rémunération des heures exécutées en dehors des horaires usuels, mais bien plutôt de limiter les horaires de travail des salariés afin de garantir à ces derniers le respect de leur santé.

iii. Service de piquet et travail sur appel

En dehors de la situation décrite ci-dessus, soit le fait que le travailleur mette son temps à l'entière disposition de l'employeur pour effectuer sa prestation de travail, la loi définit un service dit « *de piquet* », soit le temps pendant lequel le travailleur se tient, en sus du travail habituel, prêt à intervenir, le cas échéant, pour remédier à des perturbations, porter secours

²⁵⁵ RS 823.112.

²⁵⁶ Cf. à ce sujet notamment l'ATA 978/2014 du 9 décembre 2014.

en cas de situation d'urgence, effectuer des visites de contrôle ou faire face à d'autres situations particulières analogues (art. 14 al. 1 OLT 1).

209 L'intégralité du temps mis à la disposition de l'employeur au cours d'un service de piquet effectué dans l'entreprise compte comme durée du travail (art. 15b al. 1 OLT 1)²⁵⁷. Le temps consacré à un service de piquet effectué en dehors de l'entreprise compte comme durée du travail dans la mesure de l'activité effectivement déployée pour l'employeur. Dans ce cas, le trajet pour se rendre sur le lieu de travail et en revenir compte comme durée du travail (art. 15b al. 2 OLT 1).

210 Le service de piquet doit être limité dans le temps et n'être admis que dans certaines circonstances, car il s'agit d'une prestation du salarié en plus de sa prestation usuelle de travail qui constitue, au surplus, une intrusion importante dans sa vie privée²⁵⁸. Ainsi, la loi prévoit-elle que « *le temps que le travailleur consacre au service de piquet ou aux interventions en résultant n'exède pas sept jours par période de quatre semaines. Le travailleur ne peut être affecté à aucun service de piquet au cours des deux semaines consécutives à son dernier service de piquet* » (art. 14 al. 2 OLT 1). Le service de piquet peut, à titre exceptionnel, s'élever pour un travailleur à un maximum de quatorze jours par intervalle de quatre semaines, pour autant que l'entreprise, eu égard à sa taille et à sa structure, ne dispose pas des ressources suffisantes en personnel pour assurer le service de piquet et que le nombre d'interventions réellement effectuées dans le cadre du service de piquet n'exède pas cinq par mois en moyenne par année civile (art. 14 al. 3 OLT 1).

211 Comme le rappelle le SECO, en raison du « *caractère exceptionnel du service de piquet, les dispositions générales relatives à l'amplitude de travail (art. 10 LTr pour le travail de jour et de soir, art. 17a LTr pour le travail de nuit) ne sont pas applicables dans le cadre d'un service de piquet. En effet, ce dernier représente par définition le temps pendant lequel le travailleur se tient, en sus du travail habituel, prêt à intervenir* » (art. 14 al. 1 OLT 1)²⁵⁹. En revanche, les règles relatives à la durée maximale du travail hebdomadaire (art. 9 LTr) restent valables²⁶⁰.

212 Lorsque le salarié n'est pas tenu d'être dans les locaux de l'employeur, seule l'activité effectivement déployée pour l'employeur est considérée comme du temps de travail. La jurisprudence a toutefois estimé que le temps d'attente devait aussi être rémunéré lorsque le service de piquet a pour conséquence d'entraver le travailleur dans la jouissance de son temps libre, ce qui sera notamment le cas s'il doit se tenir prêt à intervenir à bref délai²⁶¹. De plus, la jurisprudence a estimé que l'indemnité pour le service de piquet peut être inférieure au taux de salaire de base et que le contrat individuel de travail peut prévoir que ladite indemnité est intégrée dans le taux de salaire pour l'activité principale²⁶².

213 Selon le SECO, « *il est essentiel de distinguer le service de piquet des autres types de permanence, tel que le travail sur appel. En effet, ce dernier exige que le travailleur se tienne principalement à la disposition de l'employeur pour faire face aux fluctuations normales du volume de travail. Par contre, le service de piquet répond à un besoin extraordinaire et*

²⁵⁷ ATF 124 III 249, c. 3a.

²⁵⁸ Von Kaenel, LTr, N 9 s., p. 158 s.

²⁵⁹ SECO, Aide-mémoire sur le service de piquet, p. 5.

²⁶⁰ *Idem*.

²⁶¹ TF, 4A_523/2010 du 22.11.2010, c. 5.1. Voir aussi ATF 124 III 249, c. 3b.

²⁶² TF, 4A_523/2010 du 22.11.2010, c. 5.1 et les références citées et aussi ATF 124 III 249, c. 3b.

urgent, aucunement planifiable ni prévisible »²⁶³. Quant à lui, le travail sur appel implique que le salarié appelé exécute véritablement une prestation de travail²⁶⁴.

c. Saisie et contrôle du temps de travail

Afin d'assurer la mise en œuvre des principes valables en matière de temps de travail, la Loi sur le travail impose à l'employeur de tenir à la disposition des autorités d'exécution et de surveillance les registres ou autres pièces contenant les informations nécessaires à l'exécution de la loi et de ses ordonnances (art. 46 LTr). Ce principe est concrétisé dans l'OLT 1 qui, à son article 73, prévoit que ces registres et pièces comprennent toutes les données nécessaires à l'exécution de la loi, soit notamment, pour chaque travailleur :

214

- les durées (quotidienne et hebdomadaire) du travail effectivement fourni, travail compensatoire et travail supplémentaire inclus, ainsi que ses coordonnées temporelles (art. 73 al. 1 let. c) ;
- les jours de repos ou de repos compensatoire hebdomadaire accordés, pour autant qu'ils ne tombent pas régulièrement un dimanche (art. 73 al. 1 let. d) ;
- l'horaire et la durée des pauses d'une durée égale ou supérieure à une demi-heure (art. 73 al. 1 let. e) ;
- le déplacement, que pratique l'entreprise, des limites fixées pour le jour, la nuit et le dimanche aux art. 10, 16 et 18 de la loi (art. 73 al. 1 let. f) ;
- les réglementations sur la compensation en temps prévue à l'art. 17b al. 2 et 3, de la loi (art. 73 al. 1 let. g) ;
- les périodes de repos supplémentaire et suppléments de salaire prescrits par la loi (art. 73 al. 1 let. h).

Les articles 73a et 73b OLT 1, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2016, ont pour but de permettre un assouplissement de l'obligation d'enregistrement du temps de travail, par le biais soit de la renonciation à l'enregistrement (art. 73a), soit de la simplification de ce dernier (art. 73b). C'est toutefois au prix de conditions strictes, et uniquement par le biais de la conclusion d'une CCT qu'il peut être renoncé à l'enregistrement du temps de travail (art. 73a). En revanche, les représentants des travailleurs au sein d'une entreprise ou d'une branche ou, à défaut, la majorité des travailleurs d'une entreprise peuvent convenir avec l'employeur que seule la durée quotidienne du travail fourni doit être enregistrée pour les travailleurs qui peuvent déterminer eux-mêmes une part significative de leurs horaires de travail (art. 73b al. 1). Dans les entreprises qui occupent moins de 50 travailleurs, l'employeur peut conclure par écrit avec le travailleur un accord individuel prévoyant l'enregistrement simplifié de la durée du travail (art. 73b al. 3). À noter que l'accord doit mentionner la catégorie de travailleurs à qui l'enregistrement simplifié s'applique, quelles sont les dispositions particulières prises pour garantir le respect de la durée du travail et du repos et prévoir une procédure paritaire permettant de vérifier le respect de l'accord (art. 73b al. 2).

215

d. Synthèse

Le survol qui précède permet de constater à quel point la détermination de la durée du travail et du temps de travail est précisément définie dans la LTr et ses ordonnances d'application, bien que celles-ci disposent d'une certaine souplesse et permettent également une adaptation spécifique à certains types d'entreprises. Toutefois, la réglementation des heures de travail étant l'un des éléments essentiels en matière de protection de la santé et de sécurité des

216

²⁶³ SECO, Aide-mémoire sur le service de piquet, p. 1.

²⁶⁴ Von Kaenel, LTr, N 12, p. 161.

salariés, dont l'optique est d'empêcher la survenance de maladies et d'accidents, il reste de manière générale rigoureusement interdit de prévoir que le salarié accomplit ses tâches en tout temps et à toute heure.

e. Réglementation du temps de travail dans les CCT

217 La plupart des conventions collectives de travail reprennent les principes légaux ou les prolongent et traitent, plus ou moins largement, de la durée du travail. La durée de la semaine de travail est arrêtée dans la plupart des CCT. L'enregistrement du temps de travail est également organisé dans certaines d'entre elles, comme par exemple la CCT nationale de l'hôtellerie et de la restauration (art. 21) ou la CCT de la Poste²⁶⁵.

218 Les CCT consultées ne présentent toutefois pas de clauses dont la logique serait exorbitante à celle de la Loi sur le travail, ce qui est conforme à la règle selon laquelle les CCT doivent respecter le droit fédéral impératif auquel elles ne peuvent déroger qu'en faveur du travailleur et en l'absence d'opposition expresse du droit impératif (art. 358 CO)²⁶⁶. Les CCT consultées ont, en matière de temps de travail, essentiellement vocation à rappeler, préciser ou dépasser en faveur du travailleur les règles contenues dans la loi, selon les conditions convenues entre les partenaires sociaux.

219 L'on peut toutefois mentionner la nouvelle version de la CCT de l'Horlogerie, qui laisse possible l'instauration d'horaires flexibles et irréguliers, selon les besoins de la production et en réservent les modalités concrètes par le biais réglementaire, moyennant soumission aux secrétaires patronaux et syndicaux compétents²⁶⁷. La CCT de la métallurgie genevoise prévoit, dans les limites de la LTr, un horaire flexible permettant de répartir les heures de travail selon les besoins de l'entreprise²⁶⁸, de même que la CCT du gros œuvre, qui tient compte notamment des contraintes météorologiques²⁶⁹. Ces modalités d'aménagement du temps de travail doivent être mises en œuvres de manière à respecter en tout temps les dispositions de la LTr.

B. Le bouleversement numérique, le droit existant et ses nécessaires ou souhaitables évolutions

220 Le présent chapitre examine quelles sont les nouvelles formes d'exécution du travail dues à la digitalisation du marché du travail (1) et dans quelle mesure celles-ci sont appréhendées par les lois existantes (2). Les auteurs examineront ensuite les modifications légales actuellement pendantes (3) et le rôle que les partenaires sociaux et le tripartisme peuvent être appelés à jouer dans le contexte relatif au temps de travail (4).

a. Nouvelles formes d'exécution du travail dues à la révolution numérique et risques identifiés

221

²⁶⁵ Cf. par exemple les CCT suivantes : Boucherie-charcuterie (art. 20 à 35), Hôtellerie-restauration (art. 15 à 21), Horlogerie UNIA (art. 13 à 16), La Poste (art. 40 à 45), CFF (art. 53 à 88).

²⁶⁶ Cf. ci-dessus, ch. 16 ss.

²⁶⁷ CCT Horlogerie (art. 13.1 à 13.4).

²⁶⁸ CCT des métiers techniques de la métallurgie du bâtiment dans le canton de Genève du 14.10.2014 (art. 10 à 12).

²⁶⁹ Convention nationale du secteur principal de la construction en Suisse (art. 23 ss).

En 1999 déjà, Alain Supiot estimait, lorsqu'il a rendu à la Commission européenne son rapport « *Au-delà de l'emploi* », que la binarité et la complémentarité temps de travail-temps libre était dépassée par les phénomènes de flexibilisation des rapports de travail²⁷⁰.

Le rapport « *Transformation numérique et vie au travail* » rendu par Bruno Mettling en septembre 2015 à la Ministre du Travail de la République française a notamment mis en exergue l'impact de la transformation numérique sur la vie au travail et les défis posés par celle-là au droit du travail. L'un des premiers constats du rapport est relatif à cette mesure temporelle du travail, de la performance et de la charge de travail, qui ne serait plus optimale, voire même suffisante²⁷¹. En effet, force est de constater que l'utilisation de plus en plus intensive et quasi-permanente des outils numériques (ordinateurs portables, *smartphones*, tablettes) entraîne une perméabilité grandissante des limites entre vie professionnelle et vie privée²⁷². Nombreux sont les salariés qui concentrent, dans un seul appareil, plusieurs comptes emails, professionnels comme privés. De même, il arrive fréquemment que le téléphone portable professionnel soit également utilisé par le salarié comme téléphone privé ou vice-versa. À l'inverse, l'accès au numérique au travail ouvre la possibilité pour les salariés d'utiliser les ressources de leur employeur, pendant les heures de bureau, pour régler des affaires privées. Une telle perméabilité permet naturellement au travailleur d'être connecté en dehors des heures de bureau, pendant le temps de repos, la nuit ou durant ses vacances et de pouvoir être aisément joignable en cas de besoin.

Ces constats ont également été faits en Suisse, puisque sociologues comme juristes se penchent sur ces questions²⁷³. Le rapport du Conseil fédéral de janvier 2017 constate d'ailleurs la superposition entre vie privée et vie professionnelle et reconnaît qu'il existe un risque que les employés établissent de plus en plus difficilement une limite entre temps de travail et temps libre²⁷⁴. Ce constat a été fait au préalable par le Conseil fédéral dans son étude sur le télétravail, puisque celui-ci énonce ce qui suit (nous mettons en évidence) : « *Une série de risques concerne par ailleurs la protection de la santé des travailleurs. (...) En outre, les risques liés à la flexibilisation du lieu et des horaires de travail doivent aussi être pris en compte. L'autonomie organisationnelle laissée au télétravailleur peut jouer en sa faveur. Toutefois, la possibilité de se connecter depuis n'importe quel lieu rend possible d'accomplir ses tâches à tout moment. La frontière entre temps de travail et temps libre devient donc de plus en plus floue. Les technologies peuvent ainsi avoir pour effet d'intensifier les sollicitations professionnelles et peuvent générer une pression chez le travailleur pour réagir rapidement et en tout temps. Que des risques sérieux en termes de stress et de repos puissent en découler est aujourd'hui admis même si la recherche et les données empiriques à ce sujet sont considérées comme insuffisantes. Ces risques peuvent résulter de contraintes exagérées de joignabilité, qui peuvent aller jusqu'à une joignabilité en permanence ou à une vérification des courriels sans que des périodes de pauses ne soient définies. Cette activité quasi-incessante peut découler d'une charge de travail qui est trop élevée et de délais qui sont trop serrés. Elle peut toutefois aussi découler d'exigences que le travailleur se pose lui-même, parce qu'il veut être constamment à jour, qu'il veut réagir rapidement ou qu'il se sent sous pression parce que des collègues ou des supérieurs envoient, eux, des courriels le week-end. Une étude a ainsi montré que l'un des soucis des cadres qui doivent gérer une*

²⁷⁰ Supiot, p. 101 et 107 ; Meier, *Liber amicorum*, p. 213.

²⁷¹ Mettling, p. 18.

²⁷² Rapport télétravail, p. 38.

²⁷³ Pärli, ARV, p. 244 et les références citées ; von Kaenel, *ständige Erreichbarkeit*, p. 2s.

²⁷⁴ Rapport du 11 janvier 2017, p. 29, 53.

organisation flexibilisée du travail est de contrôler la charge de travail des collaborateurs concernés. Ces risques sont à prendre au sérieux car ils vont potentiellement annuler les effets positifs de l'organisation autonome et de la flexibilisation et créer des problèmes qui enlèvent son attractivité au télétravail. Cette annulation des effets positifs peut être en particulier relevée du point de vue de la conciliation travail et famille. (...) Une conciliation réussie n'est donc pas donnée d'avance et est liée à l'existence d'un cadre adéquat. Un premier élément qui permet d'organiser la conciliation est la possibilité pour le télétravailleur de déterminer le lieu et les temps de travail de manière autonome, du moins en partie. Des horaires fixés par l'employeur ou une charge de travail objectivement excessive réduisent les possibilités d'aménagement ou les enlèvent entièrement dans des cas extrêmes. Un autre facteur favorable réside dans la possibilité de disposer de temps libre prévisible qui peut être consacré à la famille. Cette possibilité pourra se réaliser si des limites sont posées à la flexibilité »²⁷⁵.

224

Au surplus, le Rapport du SECO de 2010 sur le stress au travail énonce que « *les principaux facteurs de stress liés à la perception du stress sont des indications peu claires, le travail durant le temps libre pour satisfaire aux exigences et une dissonance émotionnelle. Il est intéressant de souligner que le facteur de stress le plus répandu, à savoir des interruptions fréquentes, n'est pas lié, dans la présente étude, à la perception du stress ou à d'autres atteintes au bien-être* »²⁷⁶. Quant au Rapport du Conseil fédéral sur le télétravail, il aboutit aux mêmes constats²⁷⁷. Dans son rapport du 8 novembre 2017, le Conseil fédéral relève encore que « *la flexibilisation du temps de travail exigées côté employeur, soit les horaires de travail caractérisés par la variabilité et l'imprévisibilité, ainsi que par des services de piquet ou des périodes de disponibilité sur appel, a tendanciellement un impact négatif sur la santé (vie plus stressante, symptômes accrus d'épuisement, etc.)* »²⁷⁸.

225

Mentionnons encore l'étude « *Manque d'équilibre entre vie professionnelle et vie privée et troubles affectant le dos* » réalisée en 2008 sur mandat du SECO²⁷⁹. L'étude se base sur une enquête de grande ampleur effectuée dans une grande entreprise. Cette étude rappelle tout d'abord les constats suivants :

- « Il y a aujourd'hui en Suisse un nombre de plus en plus grand de personnes actives qui sont confrontées à la fois à des exigences professionnelles et à des obligations familiales ou privées » ;
- « Ces personnes doivent faire face à une activité professionnelle de plus en plus gourmande en temps » ;
- Les conflits de rôles sont aggravés « par la dérégulation du marché du travail, la flexibilisation et précarisation croissantes des rapports de travail et « l'érosion du travail normal » qui les accompagne, ce qui conduit à des sollicitations supplémentaires par le travail et à un éreintement au travail ainsi qu'à une organisation difficilement planifiable de la vie familiale et du temps libre »²⁸⁰.

226

²⁷⁵ Rapport télétravail, p. 23 s.

²⁷⁶ Grebner & al., p. 13.

²⁷⁷ Rapport télétravail, p. 40.

²⁷⁸ Rapport du Conseil fédéral du 8 novembre 2017, p. 49.

²⁷⁹ Knecht/Hämmig.

²⁸⁰ Etude « Manque d'équilibre », p. 4.

Les enquêtes effectuées démontrent le lien direct entre mauvaise conciliation vie professionnelle-vie privée et problèmes de dos²⁸¹. En effet, « *une mauvaise conciliation des horaires de travail et des engagements privés s'est révélé* » être « *l'un des deux principaux facteurs de risque pour l'apparition de douleurs (...) du dos* »²⁸². Cette mauvaise conciliation est donc « *un stresser majeur* »²⁸³.

Enfin, il y a lieu de mettre en exergue le constat effectué par le SECO et la Haute école d'économie et de psychologie appliquée sur les horaires de travail flexibles en Suisse (sur lequel nous reviendrons). En effet, ce rapport constate que « *contrairement aux travailleurs avec horaires fixes, les travailleurs avec horaires flexibles font généralement beaucoup plus d'heures que ce qui est contractuellement prévu* »²⁸⁴. Ce constat a d'ailleurs été fait à une échelle plus large, puisque l'OIT relève également que les télétravailleurs à horaires flexibles travaillent en moyenne davantage que les travailleurs assignés à un lieu de travail et un horaire fixes²⁸⁵.

227

b. Applicabilité de la loi au travail numérique

i. Le travail numérique est-il du travail ordinaire ?

L'exposé qui précède consacré au temps de travail démontre à quel point la notion de temps de travail et de durée du travail reposent sur la conception de l'emploi selon laquelle le salarié est assigné à une ou des tâches sur un ou éventuellement plusieurs lieux de travail physiques, soit en général les locaux de l'entreprise. Le salarié n'exerce pas son activité en dehors de son ou de ses lieu(x) de travail. La mesure du travail est ainsi faite sous un angle temporel et c'est la durée de l'activité, dans les locaux de l'employeur, qui permet de déterminer et de délimiter l'activité du salarié.

228

Dès lors que le droit suisse considère que le travail s'effectue au lieu de travail, ou du moins en lien avec un lieu spécifique, les règles légales en vigueur en Suisse ne désignent pas précisément les aspects et spécificités numériques du travail. En particulier, il n'est pas répondu dans la loi aux questions soulevées par l'emploi d'outils numériques pour la réalisation du travail, qui entraînent la possibilité matérielle pour le salarié d'exécuter ses tâches à distance, en tout temps et en tout lieu. Dès lors, la loi ne détermine pas formellement si, pour le salarié, le fait de travailler via son email professionnel ou le serveur de son entreprise, compte comme du temps de travail.

229

Ainsi que cela a été exposé préalablement, tout acte, exercé pour le compte et dans l'intérêt de l'employeur²⁸⁶, même s'il est virtuel, doit être considéré comme du temps de travail. Il en découle que l'exercice d'une prestation de travail numérique concrète doit être décompté dans le temps de travail.

230

La révolution numérique génère toutefois des situations plus difficile à appréhender. Tel est par exemple le cas du salarié qui se connecte une minute toutes les demi-heures en soirée.

231

²⁸¹ Etude « Manque d'équilibre », p. 23.

²⁸² Etude « Manque d'équilibre », p. 27.

²⁸³ Etude « Manque d'équilibre », p. 31.

²⁸⁴ SECO et Haute école d'économie et de psychologie appliquée, Rapport sur les horaires de travail flexibles en Suisse, 2012, p. 4.

²⁸⁵ Eurofound and the International Labour Office (2017), *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Geneva, p. 21ss.

²⁸⁶ Von Kaenel, ständige Erreichbarkeit, p. 4.

Une fois sur quatre il répond à un email, ce qui lui prend 5 à 10 minutes. De quelle manière faut-il appréhender cette activité et décompter le temps de travail ?

232 Le Conseil fédéral rappelle dans son rapport sur le télétravail que « *le fait d'être à disposition de l'employeur au sens de l'art. 13, al. 1, OLT 1 n'implique ensuite pas nécessairement qu'un travail est effectivement accompli. Il est suffisant que le travailleur ne dispose pas librement de son temps. Cela comprend, dans un sens strict, le temps pendant lequel le travailleur est soumis au pouvoir d'instruction de l'employeur. Une interprétation plus large défendue dans la doctrine inclut cependant également tout temps pendant lequel le travailleur sert « principalement » les intérêts de l'employeur avec l'accord de celui-ci.* Par conséquent, les périodes pendant lesquelles le travailleur qui s'est engagé à être joignable répond effectivement à un appel ou à un courriel seront considérées comme du temps de travail, de même que les périodes pendant lesquelles le travailleur doit répondre à des sollicitations à un rythme soutenu ne permettant pas d'utiliser les intervalles d'attente librement ou pour récupérer »²⁸⁷.

233 Dès lors, toute activité, même « *semi-active* » du salarié, devrait être décomptée comme temps de travail, dans une optique de protection de sa santé. En effet, dès lors que le temps de repos est vidé de son sens, à force que le salarié soit constamment dérangé, il sied de considérer que le fait que ce dernier puisse être constamment dérangé constitue du temps de travail²⁸⁸.

234 Comme le résume le Conseil fédéral dans son rapport sur le télétravail « *le fait de devoir être joignable en soi, de même que la dissolution des limites entre vie privée et professionnelle peuvent engendrer des tensions physiques et psychiques et porter une atteinte à la santé sans qu'une sollicitation n'ait effectivement lieu. Il se peut donc que, suivant la situation concrète, la qualification de temps de travail soit adoptée même si la fréquence des sollicitations n'est pas si élevée* »²⁸⁹.

235 Précisons enfin qu'il peut arriver que le salarié soit proactif et reste constamment atteignable, non sur ordre de l'employeur, mais spontanément, avec l'accord tacite de ce dernier. Cette situation ne doit cependant pas être différemment traitée par le droit²⁹⁰, en tant qu'il revient à l'employeur, selon le système de la LTr, de veiller au respect des prescriptions de cette dernière.

236 Les considérations qui précèdent ont un impact sur la durée du travail autorisé, mais ont également pour conséquence que le fait de relever ses emails ou d'être atteignable après 23h00 ou le dimanche est tout simplement interdit²⁹¹.

ii. Le travail numérique peut-il être qualifié de service de piquet ou de travail sur appel ?

237 Les éléments examinés au préalable en matière de perméabilité des sphères privée et professionnelle²⁹² permettent de s'interroger sur l'analogie qui peut être faite entre le service de piquet ou le travail sur appel et l'activité d'un salarié qui consulte régulièrement ses

²⁸⁷ Rapport télétravail, p. 41.

²⁸⁸ Von Kaenel, ständige Erreichbarkeit, p. 5. Sur la „disponibilité permanente“, voir également le Rapport du Conseil fédéral du 8 novembre 2017, p. 49.

²⁸⁹ Rapport télétravail, p. 41.

²⁹⁰ Von Kaenel, ständige Erreichbarkeit, p. 5.

²⁹¹ Cf. notamment les art. 10, 15a, 16, 18 LTr et aussi von Kaenel, ständige Erreichbarkeit, p. 6.

²⁹² Cf. ci-dessus, en particulier ch. 223.

emails professionnels ou effectue diverses tâches à distance, notamment le soir, durant les week-ends ou les vacances.

On l'a vu toutefois, ni le service de piquet, ni le travail sur appel ne peuvent être, ni devenir, une réalité quotidienne des salariés. À notre sens, on ne saurait admettre que le fait de simplement effectuer une veille en matière d'emails au quotidien serait constitutif de service de piquet ou de travail sur appel. Le travail numérique à distance, y compris les veilles en matière d'email ou de téléphone, souvent intégrées de fait aux tâches usuelles des salariés, constitue en principe du temps de travail au sens de la LTr²⁹³.

238

c. Outils permettant une flexibilisation du travail dans le respect de la santé du salarié

Le droit suisse, bien que prévu initialement pour des situations d'emploi antérieures à l'ère digitale, ne manque pas d'outils permettant d'appréhender le travail numérique et d'organiser le travail de manière plus flexible que selon l'horaire habituel fixe. En effet, le système juridique connaît déjà des régimes de flexibilité permettant, dans le respect de la durée maximale de la semaine de travail, de tenir compte des nouvelles évolutions du marché du travail, notamment par l'horaire de travail flexible (par exemple annualisé) ou au moyen du compte épargne-temps.

239

Comme le résume le Conseil fédéral, « le droit suisse permet de prévoir une durée de travail variable, par exemple un temps de travail annualisé ou un modèle fondé sur l'horaire de travail flexible »²⁹⁴. Ce constat est notamment corroboré par l'analyse de la jurisprudence. En effet, mentionnons tout d'abord que le Tribunal fédéral admet la possibilité pour les parties au contrat de travail de convenir que le travailleur détermine librement, dans un certain cadre temporel, son temps de travail quotidien, pour autant que le nombre d'heures convenu contractuellement soit au final accompli²⁹⁵. Toutefois, lorsque le Tribunal fédéral admet une flexibilité et une responsabilisation de l'employé, il lui en impose également le poids. En effet, selon la jurisprudence, le travailleur qui bénéficie d'un horaire flexible a également la responsabilité de compenser le travail supplémentaire dans un délai raisonnable. Dès lors, si une telle compensation n'est pas réalisée dans un certain délai et que les heures à compenser s'accumulent, le Tribunal fédéral estime que le salarié court le risque de ne pouvoir les récupérer entièrement²⁹⁶.

240

Dans le même ordre d'idées, sans faire peser sur le salarié le risque de perdre les heures qu'il devrait compenser, plusieurs employeurs et diverses CCT²⁹⁷ ont mis en place des comptes épargne-temps, qui permettent de capitaliser les heures supplémentaires effectuées par les salariés. Ainsi, lorsqu'un salarié effectue des heures supplémentaires ou ne peut prendre ses vacances, il peut placer ces avoirs sur un compte épargne-temps sur lequel ils sont capitalisés. Il en va de même lorsque le salarié est créancier de sommes d'argent qu'il n'a pas reçues (primes ou treizième salaire). Le salarié peut ensuite choisir de toucher son avoir, totalement ou partiellement converti en argent ou converti en temps²⁹⁸. Ainsi, cette institution du compte épargne-temps, encore inconnue du Code des obligations et de la LTr, vise notamment à permettre l'autonomisation du salarié, dans le cadre de rapports de travail

241

²⁹³ Voir aussi les conclusions identiques auxquelles parvient le Conseil fédéral dans son rapport sur le télétravail, p. 41 s. et von Kaenel, ständige Erreichbarkeit, p. 6.

²⁹⁴ Rapport télétravail, p. 38.

²⁹⁵ TF, 4A_611/2012 du 19.02.2013, c. 3.2.

²⁹⁶ ATF 123 III 469, c. 3b), JdT 1999 I 23.

²⁹⁷ Meier, *Liber amicorum*, p. 216.

²⁹⁸ Meier, *Liber amicorum*, p. 214.

de plus en plus flexibles. En soi, si l'usage du numérique n'est pas forcément visé en priorité par le compte épargne-temps, il faut reconnaître qu'une telle institution pourrait être une réponse pragmatique et équilibrée, issue à ce jour directement de la négociation des partenaires sociaux, à la flexibilisation croissante des rapports de travail.

d. Obligation de protection de la santé par l'employeur – droit à ou devoir de déconnexion

242 On l'a mentionné précédemment, il est difficile de mesurer la nécessité ou l'utilité de la connectivité des salariés. Certes, il faut admettre que certains salariés demandent et apprécient une flexibilité et une liberté dans l'organisation et l'accomplissement de leur travail. Il faut toutefois conserver à l'esprit que les règles de droit public en matière de santé et de sécurité au travail ne sont pas à la libre disposition des parties. À ce jour, le système en vigueur estime que la durée maximale du travail et du temps de repos sont des principes valables pour garantir la bonne santé du salarié, que cela arrange ce dernier ou non.

243 L'obligation imposée par la loi à l'employeur de prendre toutes les mesures aptes à protéger la santé de ses salariés (art 6 LTr et 328 CO) englobe également le travail numérique, puisqu'il s'agit d'une forme de travail qui doit être comprise dans la durée hebdomadaire admise par la LTr. Cela implique pour l'employeur de prévenir les risques identifiés, soit principalement le stress au travail, notamment en veillant au respect de la durée maximale hebdomadaire du travail et aux prescriptions en matière de repos.

244 Dès lors se pose la question du droit du salarié à la déconnexion, respectivement de son devoir de déconnexion et de la responsabilité de l'employeur d'en assurer la mise en œuvre. Ce droit à la déconnexion a été, en tant que tel, introduit en droit français en 2016²⁹⁹. En effet, le Code du travail français prévoit désormais que « *la négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail porte sur les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. À défaut d'accord, l'employeur élabore une charte, après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Cette charte définit ces modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et prévoit en outre la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques* » (art. 2242-8 al. 7 Code du travail français)³⁰⁰.

245 Le droit suisse n'a pas introduit explicitement de droit à la déconnexion, proposé dans une motion déposée par la conseillère nationale du Parti écologiste Lisa Mazzone³⁰¹.

²⁹⁹ Article 55 de la Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels ; art. 2242-8 du Code du travail.

³⁰⁰ Pour l'Allemagne, cf. <http://www.wiwo.de/erfolg/beruf/arbeitsmarktreformen-in-frankreich-was-ein-e-mail-verbot-nach-feierabend-bringt/13665808.html>.

³⁰¹ Motion 17.3201 du 16 mars 2017, Déconnexion en-dehors des heures de travail. Préciser le cadre légal pour accompagner l'évolution technologique du travail (non encore traité - <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20173201> ; consulté en dernier lieu le 15 mai 2018).

Toutefois, l'on constate, une fois encore, que les principes du droit en vigueur permettent d'appréhender cette question. Ainsi, comme le relève le Conseil fédéral, « *la sollicitation sans limites du télétravailleur ou du travailleur connecté est aujourd'hui considérée comme contraire aux prescriptions de protection de la santé, faisant d'un cadre temporel à la prestation de travail un élément important dans la réglementation du télétravail ou de toute forme de travail à distance* »³⁰². 246

Comme le relève le rapport Mettling, du fait des intérêts parfois opposés des employeurs et des salariés, il apparaît en soi difficile d'exiger que la perméabilité entre sphère professionnelle et sphère privée soit intégralement gérée par les salariés, dont la position juridique faible, aussi bien que les spécificités personnelles, sont autant d'obstacles. En effet, comment un salarié peut-il réguler sa connectivité ou ses interventions numériques, en-dehors des horaires de bureau classiques, lorsque l'employeur sollicite ou même accepte une telle connectivité ? 247

Concrètement, les difficultés sont nombreuses et si elles ne sont pas uniquement juridiques, l'on ne saurait douter de leur existence économique et sociologique³⁰³. En effet, la LTr est une loi de droit public impérative en matière de protection des salariés, dont les destinataires sont les employeurs³⁰⁴. Ainsi, ce n'est pas tant la réglementation générale de la déconnexion en soi qui manque, mais une réglementation spécifique qui permet de concrètement garantir le respect des prescriptions de la LTr en matière de temps de travail. Dès lors que la connectivité des employés doit être mesurée à l'aune des heures de travail autorisées par la LTr, dans le respect de cette dernière, les entreprises devraient d'ores et déjà mettre en place des systèmes permettant de garantir que les salariés ne sont pas connectés et ne travaillent pas au-delà de ce que la loi permet. 248

Le commentaire des articles relatifs à la saisie du temps de travail démontre qu'une réflexion a déjà été lancée à ce sujet, puisque le SECO précise que tout accord de saisie simplifiée « *doit donc expliquer les mesures prises pour garantir le respect de la durée du travail et du repos (p. ex. blocage du courrier électronique durant la nuit ou le dimanche)* »³⁰⁵. Quant au Conseil fédéral qui a pris position sur la motion précitée et propose son rejet, il estime lui aussi que la LTr pose un cadre général suffisant et que « *ce qui est déterminant dans la pratique, c'est la façon dont est réglementée concrètement la joignabilité dans l'entreprise. Cela peut se faire par des directives internes, par des clauses dans le contrat de travail, ou encore par des accords passés avec la représentation des travailleurs dans l'entreprise ou par des accords collectifs conclus entre les associations de travailleurs et les associations d'employeurs* »³⁰⁶. 249

Ceci ne vaut, bien entendu, que si la loi est respectée, ce qui implique la mise sur pied effective de la saisie du temps de travail, de contrôles des conditions de travail et de sanctions efficaces. 250

³⁰² Rapport télétravail, p. 40.

³⁰³ Cf. Mettling, p. 20 ss.

³⁰⁴ Aubry Girardin, *Liber Amicorum*, p. 29.

³⁰⁵ SECO, Commentaire de l'art. 73b OLT 1.

³⁰⁶ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20173201>.

e. Vers un assouplissement des règles légales en matière de temps de travail ?

- i. Initiatives en vue de l'assouplissement de la limite de la semaine de travail et des périodes de repos

251 Les règles actuelles en matière de temps de travail paraissent à certains inadaptées aux contraintes modernes et à la réalité actuelle du monde du travail. Preuve en est le dépôt de trois initiatives parlementaires entre mars et juin 2016 sur le temps de travail et sa saisie dont il est question ci-après, de même que la discussion sur la pertinence des règles en la matière concernant les chauffeurs de taxi en septembre 2016 au Conseil national³⁰⁷. De plus, Mme Elisabeth Schneider-Schneiter, conseillère nationale PDC, a déposé le 30 novembre 2015, une motion selon laquelle « *le Conseil fédéral est chargé de présenter un projet de modification de la loi visant à adapter l'enregistrement de la durée du travail à la réalité des entreprises et au besoin des travailleurs* »³⁰⁸.

252 Le 17 mars 2016, le conseiller aux Etats PDC Konrad Graber a, par le biais d'une initiative parlementaire, souhaité « *introduire un régime de flexibilité partielle dans la loi sur le travail et maintenir des modèles de temps de travail éprouvés* »³⁰⁹. En effet, le manque de souplesse de la loi au regard du temps de travail ne répondrait pas aux exigences accrues de flexibilité du monde du travail et entraînerait une délocalisation de l'emploi à l'étranger³¹⁰.

253 Pour permettre une telle flexibilité, l'initiative mise sur l'annualisation du temps de travail et sur la réduction du temps de repos ponctuellement, du moment que la moyenne sur deux semaines respecte les prescriptions actuelles de la LTr³¹¹.

254 Le découpage de la journée de travail permettant, par exemple, de sortir tôt l'après-midi, puis de reprendre le travail à 22h00 et de travailler dès 8h30 le lendemain, n'est pas possible aux termes de la loi, puisqu'un salarié qui travaille jusqu'à 17h00, puis de 20h00 à 23h00 ne pourrait reprendre le travail avant 10h00 le lendemain, comme le souligne M. Graber. Ainsi, l'initiative propose de permettre l'interruption du repos quotidien par des interventions effectuées dans le cadre du service de piquet ou par des prestations de travail fournies par le salarié « *selon sa libre appréciation* » en dehors de l'entreprise, moyennant compensation par un temps de repos de 11 heures consécutives suivant la dernière intervention, si le repos quotidien est de moins de 4 heures consécutives³¹².

255

³⁰⁷ <https://www.parlament.ch/en/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=37866>, consulté en dernier lieu le 15 mai 2018.

³⁰⁸ Motion 15.4089 du 30 novembre 2015, <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20154089>, consulté en dernier lieu le 16 mai 2018. Cette motion, dont le Conseil fédéral proposait le rejet, a été classée le 15 décembre 2017 car le conseil n'a pas achevé son examen dans un délai de 2 ans.

³⁰⁹ Initiative parlementaire 16.414 du 17 mars 2016, <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20160414>, consulté en dernier lieu le 15 mai 2018.

³¹⁰ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20160414>, consulté en dernier lieu le 15 mai 2018.

³¹¹ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20160414>, consulté en dernier lieu le 15 mai 2018.

³¹² <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20160414>, consulté en dernier lieu le 15 mai 2018.

Dans ce cas, c'est bien du travail effectué par le salarié grâce aux outils numériques qu'il est question³¹³. Se connecter, être atteignable ou être en mesure d'agir par le biais d'une plateforme numérique constituent à n'en pas douter des activités réalisées pour le compte de l'employeur et qui entravent le salarié dans la jouissance de son temps libre. Toutefois, ainsi que cela a été exposé plus haut, il ne s'agit pas d'une activité qui peut être qualifiée de service de piquet, mais bien d'une prestation de travail, qui entre directement dans la notion de temps de travail et doit être pleinement rémunérée. Cette initiative constitue le début d'une réflexion sur la transformation du monde du travail (notamment induite par la réforme numérique). La Commission du Conseil des Etats a d'ailleurs donné suite à cette initiative, de même qu'à celle de la conseillère aux Etats du Groupe libéral-radical, Mme Keller-Sutter, dont il sera question ci-dessous³¹⁴.

À n'en pas douter, les développements du monde du travail actuel liés à la révolution numérique, entraînent un fort mouvement en vue d'une modification de la LTr et de l'abolition de la limite hebdomadaire des heures de travail. Certains pensent en effet que cette loi – dont le but principal est la protection de la santé des travailleurs – présente des rigidités qui ne sont plus adaptée au monde du travail d'aujourd'hui³¹⁵.

256

Par ailleurs, on l'a mentionné, il n'est pas question à ce jour d'introduire légalement un droit ou un devoir de déconnexion ou de préciser dans la loi les modalités et limites du télétravail ou d'autres nouvelles formes d'emploi en matière de temps de travail.

257

Ces divers éléments se prêtent en revanche parfaitement à faire l'objet de négociations entre partenaires sociaux, comme nous l'exposerons ci-dessous.

258

- ii. Initiatives en vue de l'assouplissement de la saisie des heures de travail dans le contexte numérique

La loi impose à l'employeur de tenir avec précision des registres permettant de déterminer quels ont été les horaires et les heures effectives de travail de ses employés³¹⁶.

259

Le commentaire des articles relatifs à la saisie du temps de travail par le SECO rappelle que « *la nouvelle conception du système de la durée du travail et du repos nécessite, dans l'intérêt de la protection de la santé publique et afin de répondre aux exigences de la convention no 81 de l'Organisation internationale du travail, une meilleure saisie des heures de travail et de repos. (...) Il ressort clairement de la liste des indications à tenir à disposition des autorités compétentes que même certaines nouvelles formes d'aménagement de la durée du travail (horaire libre, mensualisation, voire annualisation, etc.) n'autorisent pas un renoncement à l'enregistrement de la durée du travail individuelle. Ces nouvelles formes doivent*

260

³¹³ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20160414>, consulté en dernier lieu le 15 mai 2018.

³¹⁴ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20160423>, consulté en dernier lieu le 15 mai 2018; cf. ci-dessous, ch. 265 ss. Plus récemment, alors que la révision de la LTr est en pleine discussion, le sujet a été repris dans les médias, à l'occasion de l'interview de M. Dominik Bürky, président d'Expertsuisse (Association suisse des experts en audit, fiscalité et fiduciaire), selon lequel le travail épanouit et qui conteste l'impact négatif sur la santé d'une semaine de 70 heures ; cf. Interview de M. Dominik Bürky, Tages-Anzeiger du 2 mai 2017.

³¹⁵ Voir, entre autres, les propositions d'Avenir suisse (Tibère Alder et Marco Salvi) : « *Quand les robots arrivent. Préparer le marché du travail à la numérisation* » (<https://www.avenir-suisse.ch/fr/publication/quand-les-robots-arrivent/>, consulté en dernier lieu le 09.11.2017) et les récentes propositions de l'USAM : <http://www.sgv-usam.ch/fr/manifestations/conferences-de-presse/supprimer-les-reglementations.html>, consulté en dernier lieu le 15 mai 2018).

³¹⁶ Cf. ci-dessus, ch. 214 s.

s'inscrire dans le cadre de la réglementation sur la durée du travail, laquelle demeure axée sur le travail quotidien et hebdomadaire. Les registres et autres pièces doivent être tenus de manière claire et compréhensible, leur contenu doit être aisé à comprendre et à vérifier, tant pour l'employeur, que pour les travailleurs et pour l'autorité compétente »³¹⁷.

261 De même, en cas de saisie simplifiée du temps de travail, le SECO constate, dans son commentaire de l'art. 73b al. 2 let. b OLT 1, que l'absence d'enregistrement détaillé entraîne une impossibilité de procéder au contrôle du respect de la durée du repos. Selon le SECO, tout accord de saisie simplifiée « *doit donc expliquer les mesures prises pour garantir le respect de la durée du travail et du repos (p. ex. blocage du courrier électronique durant la nuit ou le dimanche, fixation d'une heure d'arrivée au travail plus tardive à la suite de voyages d'affaires, culture de la pause)* »³¹⁸.

262 C'est le lieu de relever qu'une réflexion s'impose sur la traçabilité des actions des salariés qui travaillent à distance de manière connectée. Le SECO relève que la mesure du temps de travail se fera souvent sur la base d'un rapport de confiance, au vu de l'autonomie du travailleur à distance. Cela entraîne le risque « *que le travailleur, qui est facilement joignable voire connecté en permanence, n'accomplisse des tâches sans les enregistrer. Il peut par exemple recevoir un appel alors qu'il est en train de manger, interrompre son repas et discuter d'un problème de travail pendant 15 minutes puis, quelques heures plus tard, répondre à un courriel sur son smartphone alors qu'il est en train de faire des courses* »³¹⁹.

263 Ainsi, le Rapport du SECO et de la Haute école d'économie et de psychologie appliquée sur les horaires de travail flexibles en Suisse énonce que « *contrairement aux travailleurs avec horaires fixes, les travailleurs avec horaires flexibles font généralement beaucoup plus d'heures que ce qui est contractuellement prévu. Cette différence est particulièrement nette chez les collaborateurs dont le temps de travail n'est pas contrôlé* »³²⁰. Ainsi, « *les personnes ayant des horaires flexibles soumis à contrôle sont celles qui travaillent le plus rarement pendant leurs loisirs. D'une manière générale, les subordonnés travaillent certes moins souvent que d'autres pendant leurs loisirs, mais ils le font deux fois plus lorsqu'ils n'ont pas de décompte à effectuer que lorsqu'ils y sont tenus. Les travailleurs en régime flexible sans contrôle du temps de travail travaillent nettement plus souvent pendant leurs loisirs que la quasi-totalité des groupes de comparaison* »³²¹.

264 Si un suivi permanent et actif effectué directement par l'employeur ne peut être souhaité et souhaitable pour d'évidentes raisons de protection de la personnalité et de protection des données, la conservation de données liées au temps de travail à l'intention des autorités et moyennant respect de la personne du travailleur apparaît toutefois réalisable. Plus les travailleurs exercent leur activité à distance et de manière flexible, plus une traçabilité numérique de leurs actions (techniquement facile à mettre en place) de manière à mesurer leur temps de travail est nécessaire. Von Kaenel évoque à ce sujet l'enregistrement des appels

³¹⁷ SECO, Commentaire de l'art. 73 OLT 1.

³¹⁸ SECO, Commentaire de l'art. 73b OLT 1.

³¹⁹ Rapport télétravail, p. 39.

³²⁰ SECO et Haute école d'économie et de psychologie appliquée, Rapport horaires de travail flexibles en Suisse, 2012, p. 4.

³²¹ SECO et Haute école d'économie et de psychologie appliquée, Rapport horaires de travail flexibles en Suisse, 2012, p. 5.

téléphoniques et des emails³²², thématique à laquelle il convient à notre sens que les partenaires sociaux réfléchissent de concert.

Les questions de saisie du temps de travail et de son adaptation aux évolutions incessantes du monde du travail ont fait l'objet de deux initiatives parlementaires déposées entre mars et juin 2016. Le 14 mars 2016, la conseillère aux Etats Karin Keller-Sutter a proposé de libérer le personnel dirigeant et les spécialistes de l'obligation de saisie du temps de travail, estimant que la LTr était obsolète sur les questions de saisie du temps de travail, rendant nécessaire l'adaptation des principes légaux aux horaires flexibles et aux « nouvelles réalités du monde du travail »³²³.

En juin 2016, sur un aspect plus spécifique, le conseiller national du Groupe libéral-radical Marcel Dobler a proposé de libérer les employés de start-ups détenant des participations dans l'entreprise de l'obligation de saisie du temps de travail³²⁴. Cette proposition vise à aller au-delà de celle de Mme Keller-Sutter, puisqu'elle vise à ce que les salariés « importants » bénéficiant de plans d'intéressement au sein de start-ups puissent totalement s'abstenir d'enregistrer leur temps de travail³²⁵.

Aux yeux des auteur-e-s, il n'est pas évident de comprendre en quoi la nécessité de saisir les heures de travail serait en soi incompatible avec les évolutions actuelles du monde du travail et poserait un frein à la flexibilité/flexibilisation des rapports de travail. Au contraire, la saisie des heures de travail paraît être un outil important, voire indispensable pour préserver efficacement la santé des salariés et assurer le respect de la durée maximale de la semaine de travail³²⁶.

Concrètement, les possibilités offertes par la technologie pour la saisie des heures de travail doivent permettre de saisir aisément ces dernières, moyennant le respect de la protection des données et de la protection de la personnalité du travailleur. En effet, les mêmes outils technologiques utilisés par les entreprises, qui facilitent le travail dans d'autres lieux que le bureau et à toute heure, peuvent être utilisés pour permettre et faciliter l'enregistrement du temps de travail, pour autant qu'ils soient programmés pour ce faire, ce qui est techniquement réalisable.

C. Un rôle à jouer pour les partenaires sociaux

L'exposé et les constats qui précèdent démontrent qu'une adaptation du droit public du travail au monde du travail d'aujourd'hui est souhaitée par certains et doit à tout le moins être réfléchie. De nombreuses règles peuvent être mises en place, dans les limites de la loi, par le biais de la négociation entre les partenaires sociaux ou dans le cadre du tripartisme, au vu des enjeux de droit public sous-jacents. De fait, le dialogue social apparaît comme un terrain

³²² Von Kaenel, ständige Erreichbarkeit, p. 7.

³²³ Initiative 16.423 du 14 mars 2016, <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20160423>, consulté en dernier lieu le 16 mai 2018. Cette initiative a été traitée conjointement avec celle, précitée, de M. Graber. A ce jour, deux avant-projets ont été établis et le rapport explicatif est en cours d'élaboration.

³²⁴ Initiative 16.442 du 9 juin 2016, <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20160442>, consulté en dernier lieu le 16 mai 2018. La commission de l'économie et des redevances du Conseil national a donné suite à cette initiative le 20 février 2017.

³²⁵ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20160442>, consulté en dernier lieu le 15 mai 2018.

³²⁶ SECO et Haute école d'économie et de psychologie appliquée, Rapport horaires de travail flexibles en Suisse, 2012, p. 4 s.

privilegié, adapté à chaque entreprise ou branche et permettant de mettre en œuvre de manière nuancée des solutions efficaces pour garantir le respect des droits des travailleurs tout en cherchant des solutions en matière de flexibilité.

270 À ce jour, les CCT ne traitent pour ainsi dire pas des questions récemment surgies en matière de flexibilité et en lien avec la réforme numérique. Signalons que la CCT de l'entreprise Swisscom, récemment renégociée et qui entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2018, prévoit désormais un règlement commun avec droit de participation des partenaires sociaux sur la gestion des formes de travail mobiles comme le bureau à domicile (Home Office) ou le travail en déplacement, par exemple dans le train, ainsi que les attentes à l'égard des collaborateurs en matière de joignabilité hors des heures de travail. Le droit à la non-joignabilité pendant le temps libre est désormais aussi ancré dans la CCT³²⁷.

271 Or, l'instauration d'horaires de travail flexibles et/ou l'annualisation des heures de travail, de même que l'utilisation d'outils tels que le compte épargne-temps ont toute leur place dans la négociation collective et les CCT.

272 Par ailleurs, en matière de connexion et de droit à la déconnexion, la délimitation des connexions d'un salarié, la responsabilité de ce dernier et de l'employeur, ainsi que l'injonction (in)directe qui est faite au salarié de travailler en dehors des horaires usuels (voire à toute heure) et à distance peuvent et devraient être appréhendées par les partenaires sociaux. L'on pourrait imaginer la mise en place de plusieurs systèmes, à l'instar des suggestions faites par Bruno Mettling, tels que l'éducation numérique des différents acteurs, les chartes d'utilisation, les règlements, des modules de déconnexion ou encore la coupure des serveurs ou des accès numériques durant les week-ends ou les vacances³²⁸.

273 Une réflexion peut également être (re)lancée sur la mesure du travail, selon un étalon temporel, mais également en fonction de la charge de travail, que l'employeur s'engage à évaluer à l'avance et à rendre adéquate aux horaires hebdomadaires de travail³²⁹.

274 Quoi qu'il en soit, les partenaires sociaux sont particulièrement bien placés pour négocier la mise en œuvre de la saisie du temps de travail et la mise en place de méthodes modernes et idoines permettant la conservation d'un équilibre entre la réalité du temps de travail, le droit y applicable et les modes concrets de saisie des heures effectivement réalisées.

275 Enfin, la question de la rémunération des heures effectuées de manière précise, également en cas de connexion intermittente dans le cadre du télétravail, et particulièrement en cas de dépassement des horaires de travail, devra être abordée en fonction de chaque branche ou entreprise par les partenaires sociaux. Rappelons que la technologie se prête parfaitement à ce genre de calculs.

³²⁷ Communiqué de presse de Swisscom, 12 janvier 2018: <https://www.swisscom.ch/fr/about/medien/press-releases/2018/01/20180112-mm-erfolgreicher-abschluss-der-verhandlungen-zum-gav-swisscom.html>, consulté en dernier lieu le 16 mai 2018.

³²⁸ Mettling, p. 21 ss.

³²⁹ Voir à cet effet le Règlement sur le télétravail de l'administration du canton de Genève (RS-GE B 5 05.13), qui prévoit que « les objectifs sont imposés ou convenus de sorte que le travail puisse être effectué dans les limites du temps de travail quotidien » (art. 20 al. 3).

4. Lieu de travail

A. Définition juridique du lieu de travail

a. La conception classique de la notion de lieu de travail

La question du lieu de travail semble à première vue peu intéresser le droit suisse. Le Code des obligations traite à peine de cette notion, puisqu'il ne prévoit pas expressément en quoi consiste le lieu de travail, renvoyant ainsi à la règle générale relative au lieu d'exécution des prestations (art. 74 al. 1 CO) qui sera en principe appliquée³³⁰. C'est donc du contrat que ressortira la détermination du lieu de travail³³¹, qui peut être défini comme le lieu géographique dans lequel le travailleur effectue sa prestation de travail³³². Cette question est par ailleurs peu examinée par la doctrine, qui s'intéresse surtout à ce point en lien avec les questions de frais de déplacement³³³ ou de modification du lieu de travail habituel par l'employeur³³⁴. Toutefois, ce n'est pas sous l'angle de la protection de la santé et de la sécurité du salarié que le Code des obligations énonce des règles ; il ne s'intéresse qu'aux questions propres au droit contractuel.

276

Pour sa part, la LTr ne donne que de très rares indications relatives au lieu de travail, qui n'est de loin pas aussi réglementé que le temps de travail. Toutefois, l'OLT 1 évoque la notion de lieu de travail en lien avec la durée du travail, puisque cette dernière se mesure à partir de l'arrivée du salarié sur son lieu de travail.

277

Les principes contenus dans la LTr partent du postulat que le salarié effectue son travail en un lieu précis, défini par l'employeur et dont ce dernier a la responsabilité. Or, la délocalisation du travail, le nomadisme, ou encore le télétravail, soit l'ensemble des nouvelles formes de travail permises par l'essor du numérique questionnent la notion « classique » de lieu de travail contenue dans la loi et son importance au regard de la protection de la santé du salarié. En particulier, se pose la question de l'accord entre les parties sur le télétravail, du transfert de la responsabilité liée aux conditions pratiques et géographiques de travail de l'employeur au salarié, de même que celle liée au risque de l'entreprise et aux assurances. Ces questions ne sont nullement appréhendées par la loi et n'ont que peu occupé le législateur ou la doctrine spécialisée.

278

Néanmoins, à y regarder de plus près, l'on constate que la question du lieu de travail est traitée par l'Ordonnance 3 relative à la LTr (OLT 3), qui porte sur la protection de la santé des salariés. Cette ordonnance se concentre essentiellement sur les conditions de travail matérielles offertes au salarié « dans l'entreprise », sous l'angle de la protection de sa santé.

279

L'OLT 3 prévoit que l'employeur doit en particulier faire en sorte que les conditions de travail soient bonnes en matière d'ergonomie et de protection de la santé (art. 2 al. 1 let. a), que la santé du travailleur ne subisse pas d'atteintes dues à des influences physiques (art. 2 al. 1 let. b) ou que le travail soit organisé d'une façon appropriée (art. 2 al. 1 let. d).

280

³³⁰ Rapport télétravail, p. 31.

³³¹ Rapport télétravail, p. 31. Voir aussi Müller/Hofer/Stengel, p. 565.

³³² Müller/Hofer/Stengel, p. 565.

³³³ Wyler, p. 299 s.

³³⁴ Favre/Munoz/Tobler, n° 1.6 et 1.9 ad art. 321d CO. Voir aussi Müller/Hofer/Stengel, p. 565 ss.

281 Pour préciser ces obligations, l'on retrouve dans l'ordonnance des règles très concrètes relatives aux bâtiments, au volume d'air, aux sols, à l'éclairage, à la ventilation, à l'ensoleillement, etc. (art. 11 ss OLT 3).

282 Par ailleurs, l'art. 23 OLT 3 prévoit que les postes de travail et les équipements doivent être conçus et aménagés conformément aux principes de l'ergonomie. L'employeur et les travailleurs veillent à ce qu'ils soient utilisés de manière appropriée. Les postes de travail doivent notamment être confortables, permettre le travail assis ou debout, ou encore, être dotés d'une vue sur l'extérieur (art. 24 OLT 3).

b. Les nouvelles formes de travail : télétravail, nomadisme et desk-sharing

283 Le télétravail consiste à ce que le salarié effectue à distance un travail intellectuel, en dehors des locaux de son employeur, auquel il est connecté au moyen d'outils de télécommunication³³⁵. Ce travail, effectué à distance, pourrait parfaitement être réalisé au sein des locaux de l'entreprise³³⁶. Le télétravail consiste à assouplir la notion de lieu de travail, telle qu'elle était initialement envisagée dans les lois en vigueur. Toutefois, il ne s'agit pas de remettre en question la qualification elle-même du contrat et les règles du droit du travail dans leur ensemble restent applicables au télétravail, sauf cas exceptionnels³³⁷. Le télétravail peut également être accompli de manière totalement nomade, comme par exemple dans les transports publics ou divers lieux qui ne sont pas forcément le domicile du salarié (nomadisme)³³⁸.

284 Parallèlement au télétravail, en s'appuyant sur l'existence de ce dernier, des entreprises ont adopté une nouvelle pratique : le *desk-sharing*. Le *desk-sharing* consiste à disposer au lieu de travail de moins de places qu'il n'y a de salariés, n'attribuant plus aucune place fixe de travail à ces derniers³³⁹ et leur faisant courir quotidiennement le risque de ne pas avoir de place et de devoir aller, respectivement retourner télétravailler, si à leur arrivée dans les locaux de l'employeur, il n'y a plus de place disponible. En effet, le *desk-sharing* qui ne garantit pas d'espace de travail quotidien au salarié a forcément le télétravail pour corollaire.

B. Risques liés au télétravail et au desk-sharing

285 En matière de lieu de travail, le respect des règles posées par l'OLT 3 et que nous avons mentionnées précédemment est mis en danger par le télétravail. L'aménagement concret de l'environnement de travail ne peut que difficilement être fait par l'employeur (à qui il incombe pourtant) ; de plus, le contrôle de ces conditions de travail ne peut être en pratique mené efficacement ni par l'employeur, ni par les autorités publiques³⁴⁰.

286 Dans son rapport sur le télétravail, le Conseil fédéral relève d'ailleurs cette problématique : « Une série de risques concerne par ailleurs la protection de la santé des travailleurs. Ainsi, l'ergonomie du poste de travail ne sera pas nécessairement garantie au domicile du travailleur ou en tout autre lieu extérieur à l'organisation »³⁴¹. Le Conseil fédéral estime, à ce sujet, que si des « obstacles pratiques » surviennent, « tenant par exemple à l'inadéquation

³³⁵ Rapport télétravail, p. 7 s. ; cf. ci-dessus, ch. 36.

³³⁶ Rapport télétravail, p. 9 s.

³³⁷ Rapport télétravail, p. 26 ss.

³³⁸ Cf. définitions supra ch. 36.

³³⁹ Cf. définitions supra ch. 37. Voir, sur ce point, le Rapport du Conseil fédéral du 8 novembre 2017, p. 39.

³⁴⁰ Rapport télétravail, p. 38.

³⁴¹ Rapport télétravail, p. 23.

du domicile du travailleur », l'employeur devrait « refuser le télétravail pour ne pas risquer de contrevenir aux prescriptions de protection de la santé »³⁴².

Au-delà des frontières helvétiques, le problème semble être le même, puisque l'OIT constate que l'ergonomie des outils de travail est largement négligée dans le cadre du télétravail³⁴³.

Quant au *desk-sharing*, dont l'essor semble désormais certain, il questionne encore plus largement la conception du lieu de travail contenue dans la loi et dont l'idée est de garantir au salarié des conditions de travail propres à la préservation de sa santé. Le fait de disposer d'une place de travail attitrée et personnalisée, de même qu'un endroit propre pour y mettre ses affaires disparaît, empêchant le salarié de disposer d'une forme de sphère personnelle sur son lieu de travail et questionnant les limites des économies réalisées au détriment du droit à la sphère privée au lieu de travail (art. 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH))³⁴⁴. De plus, ce *business model*, plébiscité au nom des économies substantielles faites par l'entreprise, transfère sur l'employé une partie de la responsabilité du risque de l'entreprise.

Sur le plan du droit privé, le télétravail et le *desk-sharing* soulèvent également de potentielles problématiques liées à l'accord entre les parties sur les modalités du travail. En effet, la détermination et l'éventuel déplacement du lieu de travail usuel par l'employeur peuvent avoir un impact sur le temps de travail ou encore le salaire. En l'absence de clause contractuelle, le fait d'imposer du télétravail au salarié peut poser problème, en tant qu'il s'agit d'une modification du contrat de travail qui dépasse, *a priori*, les pouvoirs d'instruction de l'employeur au sens de l'art. 321d al. 2 CO³⁴⁵.

C. Défis et opportunités pour les partenaires sociaux

Ces questions montrent à quel point la révolution numérique remet en question la définition « classique » du lieu de travail au sens du droit suisse. La réalité de la conception des lieux de travail doit être appréhendée, selon les branches et les entreprises, afin de garantir le respect des règles légales.

La quasi-inexistence de règles en matière de télétravail et de *desk-sharing* dans la loi ouvre un champ des possibles dont les partenaires sociaux peuvent et doivent s'emparer. En effet, il leur revient de déterminer avec précision selon quelles modalités (ici en matière de lieu), les salariés peuvent travailler à leur domicile ou en d'autres lieux, dans quelle mesure le télétravail est volontaire et quels sont les principes applicables en matière de lieu.

Les partenaires sociaux tenteront ainsi de répondre aux questions suivantes :

- Le télétravail peut-il être imposé ?
- Comment l'organiser et l'aménager pour s'assurer que le salarié dispose d'un lieu propice à la concentration et à la productivité ?

³⁴² Rapport télétravail, p. 38. Voir également, sur ce point, le Rapport du Conseil fédéral du 8 novembre 2017, p. 39.

³⁴³ Eurofound and the International Labour Office (2017), *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Geneva, p. 34.

³⁴⁴ RS 0.101. Cf. à ce sujet, avec de nombreuses références à la jurisprudence de la CrEDH, Pärli, EuZa, p. 48 ss. Sur la notion de sphère privée au travail, voir également Berset Bircher/Meier, p. 20 ss.

³⁴⁵ Voir à ce sujet Müller/Hofer/Stengel, en particulier p. 568.

- Comment s’assurer que le salarié dispose d’un bureau ergonomique ? éclairé ? d’outils informatiques modernes et d’utilisation agréable ?
- Qui fournit les outils et le mobilier ?

293 L’établissement de ces normes, à mi-chemin entre la régulation privée des conditions de travail et le respect des règles publiques peut parfaitement être réalisé par les partenaires sociaux. Ceux-ci pourront élaborer de manière concertée des règles adaptées à chaque secteur d’activité.

294 Pour aller plus loin et au vu du caractère public des questions relatives aux conditions de travail, l’on pourrait plaider pour que ce sujet soit appréhendé par l’Etat également, de sorte que le tripartisme pourrait s’avérer un outil de choix pour résoudre les questions soulevées par le déplacement et la « *dématérialisation* » du lieu de travail.

5. Formation et formation continue

A. Nécessité croissante de formation complémentaire et continue

295 La problématique de la formation et de la formation continue occupe une place importante en lien avec le marché de l’emploi et est au cœur de nombreuses réflexions des autorités nationales, comme internationales, depuis plusieurs années déjà³⁴⁶. Comme le relevait Thomas Geiser en 2011 déjà, les développements technologiques et la transformation continue de l’économie exigent de chaque travailleur qu’il se forme de manière continue et régulière³⁴⁷.

296 Dans son rapport de janvier 2017, le Conseil fédéral expose que les données actuelles relatives au marché de l’emploi laissent penser que de nombreuses évolutions se profilent. « *L’évolution observée induit une transformation des profils de qualifications recherchés sur le marché de l’emploi. Il sera donc capital que les qualifications nécessaires soient rapidement disponibles sur ce marché. L’une des clés de la maîtrise des défis de demain au chapitre de l’emploi réside donc dans la formation et dans son adaptation aux compétences exigées par le marché dans un avenir plus ou moins proche* »³⁴⁸. Ledit rapport prévoit notamment que des compétences « *en informatique appliquée et en programmation informatique joueront un rôle majeur* »³⁴⁹. De fait, tout type de connaissances techniques, notamment en robotique, apparaissent comme bientôt nécessaires : en effet, la prolifération des machines et robots, dont la complexité va croissant impose de plus en plus que les salariés les utilisant maîtrisent un savoir-faire évolutif et mouvant. À l’inverse, le rapport cite encore les « *aptitudes complémentaires non numérisables* », comme les « *compétences interpersonnelles* »³⁵⁰. Dans son rapport du 8 novembre 2017, le Conseil fédéral confirme cette analyse : « *L’intégration des technologies numériques dans les processus de travail modifie les profils d’activité et, partant, les qualifications demandées aux travailleurs. Les qualifications et compétences doivent donc être ajustées suffisamment tôt aux nouveaux besoins du marché, afin d’éviter qu’une inadéquation ne s’instaure à long terme en la matière. S’il n’est pas nouveau que l’adaptation permanente des profils de compétences aux besoins du*

³⁴⁶ Voir à ce sujet notamment le Rapport du Conseil fédéral concernant la formation continue en droit du travail du 9 avril 2003.

³⁴⁷ Geiser, Weiterbildung, p. 118 ss.

³⁴⁸ Rapport du 11 janvier 2017, p. 85.

³⁴⁹ Rapport du 11 janvier 2017, p. 86.

³⁵⁰ Rapport du 11 janvier 2017, p. 86.

marché constitue un facteur important de la maîtrise du changement structurel, certains indices portent à croire que dans le contexte de la numérisation, ce processus va s'accélérer »³⁵¹.

Dès lors, les employeurs se verront davantage confrontés à la nécessité de disposer de salariés dont les connaissances sont à jour, de sorte que la question de la formation continue occupera très probablement une place essentielle ces prochaines années. Il en découle que les réglementations en matière de formation continue et, surtout, de prise en charge de cette dernière financièrement devront être adaptées aux nouvelles exigences du marché du travail.

297

B. La formation complémentaire et continue dans la loi

Le rapport du Conseil fédéral ne donne cependant aucune clé relative à la réalisation concrète et à la mise en œuvre de la formation continue dans les entreprises. Il sied dès lors d'examiner dans quelle mesure la loi appréhende la question et régleme aussi bien la formation en tant que telle que ses modalités pratiques (fréquence, qualification, rémunération, etc.), afin d'évaluer quelle est la marge de manœuvre et le rôle possible des partenaires sociaux.

298

Au sens de l'art. 30 de la Loi fédérale sur la formation professionnelle (LFPr³⁵²), la formation continue à des fins professionnelles a pour but, dans un cadre structuré, de renouveler, d'approfondir et de compléter les qualifications professionnelles des participants et de leur permettre d'en acquérir de nouvelles ; d'améliorer leur flexibilité professionnelle³⁵³. Avec Geiser, on distinguera la formation continue orientée de manière générale en fonction de la profession de l'intéressé de celle qui est spécifique à la place de travail, cette dernière n'ayant d'utilité concrète que dans le cadre d'une place de travail donnée, alors que la première reste utile au travailleur lorsqu'il change d'emploi ; on ne saurait toutefois dresser une frontière étanche entre ces deux catégories³⁵⁴.

299

Quant à la Loi fédérale sur la formation continue du 20 juin 2014 (LFCo), elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017³⁵⁵. Elle exprime les principes selon lesquels la formation continue relève de la responsabilité individuelle et que les employeurs, tant publics que privés, favorisent la formation continue de leurs collaborateurs (art. 5 al. 1 et 2 LFCo). En complément à la responsabilité individuelle et aux offres privées, la Confédération et les cantons contribuent à ce que la formation continue soit accessible à chacun en fonction de ses capacités (art. 5 al. 3 LFCo). La nouvelle loi ne s'oppose donc nullement à ce que les partenaires sociaux négocient sur la question de la formation continue et réglement cet aspect dans les conventions collectives de travail.

300

C. Un droit à la formation continue ?

En droit du travail, on trouve très peu de règles sur la formation continue³⁵⁶. Aux termes de l'art. 13 al. 4 OLT 1, le temps qu'un travailleur consacre à une formation complémentaire

301

³⁵¹ Rapport du 8 novembre 2017, pp. 29 s. et les références.

³⁵² RS 412.10.

³⁵³ Sur le cadre constitutionnel, et en particulier sur le rapport de la formation continue avec les buts sociaux de la Constitution fédérale, voir Geiser, Weiterbildung, 2.5 ss ; sur le cadre légal, 2.11 ss.

³⁵⁴ Geiser, Weiterbildung, 2.2.

³⁵⁵ RS 419.1.

³⁵⁶ Geiser, Weiterbildung, 2.14.

ou continue, soit sur ordre de l'employeur, soit en vertu de la loi, parce que son activité professionnelle l'exige, est réputé temps de travail.

302 De manière générale, le temps de travail est rémunéré, de sorte que la formation visée ci-dessus l'est également, dans la mesure où elle est effectuée dans l'intérêt prépondérant de l'employeur et sur son injonction. Rappelons toutefois que la rémunération est prioritairement déterminée par le Code des obligations et le contrat de travail³⁵⁷. Il reste néanmoins qu'en principe le temps de formation doit être rémunéré lorsque la formation est imposée par l'exécution du travail³⁵⁸.

303 Au contraire, lorsque la formation continue a pour but d'améliorer les capacités professionnelles du travailleur, Wyler estime que les parties doivent se mettre d'accord et régler la question contractuellement³⁵⁹. De fait, on le verra à l'examen de quelques CCT, la formation continue semble aujourd'hui être très largement conçue comme ayant pour but de servir l'employeur, même si le salarié peut en retirer un bénéfice. La frontière entre formation imposée par et pour l'exécution du travail et amélioration des capacités professionnelles du salarié (utile par ailleurs à l'exécution du travail) est naturellement difficile à placer et doit être déterminée au cas par cas.

304 Pour Geiser, il est indiscutable que, parmi les droits de la personnalité protégés l'art. 328 CO (obligation de l'employeur de protéger la personnalité du travailleur), figure le droit à l'avancement professionnel³⁶⁰. La question du droit du travailleur à la formation continue – et celle de son obligation à s'y soumettre – restent ouvertes³⁶¹. Ouvertes également les questions suivantes : droit à un congé payé ou non payé pour effectuer une formation continue ? Durée de ce congé ? Moment du congé ? Obligation de présence du travailleur à la formation ? Obligation de réussir la formation ? À notre avis, vu l'absence de réponse claire dans la loi sur ces questions³⁶², les partenaires sociaux peuvent décider de ces points dans les conventions collectives de travail

D. *Réglementations en matière de formation complémentaire et continue dans les CCT*

305 La formation continue fait l'objet de nombreuses CCT, qui présentent un terrain privilégié pour la réglementation détaillée en fonction des besoins de chaque entreprise et de chaque branche³⁶³. Certaines disent en effet favoriser la formation continue des salariés et considérer que la responsabilité d'une bonne formation repose autant sur ceux-ci que sur l'entreprise³⁶⁴. La CCT Migros énonce clairement que le bon accomplissement des tâches du salarié et l'adaptation de ses compétences au monde du travail imposent de se soumettre à de la formation continue, de sorte que le sujet doit être régulièrement abordé afin de décider quelle formation sera suivie par chacun³⁶⁵. Les formations nécessaires à l'entreprise sont

³⁵⁷ SECO, Commentaire de l'art. 13 OLT 1 ad al. 1, version de mai 2014.

³⁵⁸ TF, 4D_13/2011, c. 2.1 ; Wyler, p. 308.

³⁵⁹ Wyler, p. 308.

³⁶⁰ Geiser, Weiterbildung, 2.15 et les références.

³⁶¹ Geiser, Weiterbildung, 2.40 ss.

³⁶² Pour une analyse plus approfondie : Geiser, Weiterbildung, 2.16 ss ; nous trouvons particulièrement intéressante la réflexion de l'auteur sur l'application de l'art. 327a CO (obligation de l'employeur de fournir les instruments de travail et d'en assumer les frais) à la problématique de la formation continue.

³⁶³ Voir aussi à ce sujet le Rapport du Conseil fédéral concernant la formation continue en droit du travail du 9 avril 2003, p. 12 ss.

³⁶⁴ CCT de la Poste (art. 2.17.8). Supprimé Swisscom

³⁶⁵ CCT Migros (art. 20).

quant à elles obligatoires³⁶⁶. La CCT LIDL s'exprime de manière moins affirmée et davantage en termes de droits que d'obligations des salariés³⁶⁷. La nouvelle CCT de Swisscom, qui entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2018, paraît accorder une place importante à la formation continue (et donc à l'employabilité) ; tous les collaborateurs auront désormais droit à 5 jours de formation continue par an³⁶⁸.

La CCNT du gros œuvre prévoit que les entreprises soutiennent et encouragent la formation continue, notamment en informant les salariés de l'offre existante, mais également en leur permettant de se rendre aux cours organisés³⁶⁹. De plus, les salariés peuvent disposer de cinq jours de congé sans solde par an pour suivre des cours de formation qu'ils paient de leur poche³⁷⁰. Lorsque c'est l'employeur qui finance la formation (paiement du salaire et/ou des frais de formation), les parties se mettent d'accord au cas par cas sur les modalités concrètes de la formation³⁷¹.

La CCT de l'horlogerie propose une réglementation plus détaillée. Tout d'abord, elle prévoit un engagement des entreprises signataires à favoriser la formation de base et continue des salariés et à en attester régulièrement³⁷². Par ailleurs, « *les travailleurs comptant trois ans de présence ininterrompue dans l'entreprise ou au sein d'un même groupe d'entreprises ont droit à un congé payé de formation continue d'une durée de trois jours par année au maximum. Ce congé payé est octroyé à condition que la formation suivie concerne le domaine professionnel ou les langues utiles à l'exercice de la profession* »³⁷³. L'employeur doit y donner son accord exprès³⁷⁴. Au lieu d'un congé, les travailleurs peuvent demander la prise en charge de tout ou partie des frais de formation si celle-ci a lieu pendant le temps libre³⁷⁵.

Par ailleurs, il est à souligner que la CCT met en place une Commission de formation professionnelle de la Convention patronale au sein de laquelle siègent trois délégués syndicaux et dont le but est d'ouvrir un espace de dialogue sur les programmes de formation jugés nécessaires, les priorités à observer dans la réalisation de ces programmes, les moyens à mettre en œuvre et le financement³⁷⁶.

E. *Quel rôle pour les partenaires sociaux ?*

La formation complémentaire et continue est appelée à jouer un rôle essentiel ces prochaines décennies dans le cadre des rapports de travail. Utile aux salariés, elle sera indispensable aux employeurs. Le manque de précision de la loi en la matière ne permet pas, aujourd'hui,

³⁶⁶ CCT Migros (art. 20).

³⁶⁷ CCT LIDL (art. 3.11).

³⁶⁸ Le texte de la CCT n'étant pas encore public, il n'est pas possible de savoir si ces jours sont rémunérés et comment s'opère le choix de la formation. Voir le communiqué de presse de Swisscom à ce sujet : <https://www.swisscom.ch/fr/about/medien/press-releases/2018/01/20180112-mm-erfolgreicher-abschluss-der-verhandlungen-zum-gav-swisscom.html>, consulté en dernier lieu le 16 mai 2018).

³⁶⁹ CCT Construction (art. 6 al. 1).

³⁷⁰ CCT Construction (art. 6 al. 1).

³⁷¹ CCT Construction (art. 6 al. 2).

³⁷² CCT Horlogerie (art. 26.1 al. 1 et 2).

³⁷³ CCT Horlogerie (art. 26.2 al. 1).

³⁷⁴ CCT Horlogerie (art. 26.2 al. 2).

³⁷⁵ CCT Horlogerie (art. 26.2 al. 5).

³⁷⁶ CCT Horlogerie (art. 26.3).

de véritablement favoriser la formation continue, ni d'inciter les employeurs et les salariés à s'y soumettre.

310 L'on a pu constater, ceci depuis de nombreuses années déjà, à l'instar du Conseil fédéral dans son Rapport de 2003, que différentes CCT prévoient des règles en matière de formation continue³⁷⁷. Les CCT posent ainsi les premiers jalons de la réflexion en la matière dans un monde où la formation continue est nécessaire, mais pas encore indispensable. Le principe d'ouverture à la formation continue est ancré dans les CCT, sans, dans la plupart des cas, que des règles claires ne soient énoncées quant à la qualification du temps de formation et au paiement de cette dernière.

311 Les partenaires sociaux ont les moyens d'appréhender de manière constructive et efficace le croissant besoin en matière de formation continue et de prévoir des règles plus précises afin de favoriser la formation continue des salariés et qui dépassent la simple formule générale de soutien dont se contentent actuellement plusieurs des CCT.

312 Les partenaires sociaux pourraient ainsi répondre, pour chaque branche ou entreprise, aux questions suivantes :

- Quel type de formation complémentaire ou continue est-il souhaitable ?
- Y a-t-il un droit du salarié à profiter de formations complémentaires ou continues ? Si oui, dans quelle mesure (p. ex : combien de jours par année ?) ?
- Comment est qualifié le temps consacré à la formation continue ? Est-il rémunéré ?

6. La protection des données

A. Dangers et défis de la digitalisation pour la protection des données

313 La digitalisation standardise davantage les processus de travail, les rend plus transparents et étend les possibilités de contrôle. Elle permet de collecter et de traiter des informations de plus en plus étendues sur les salariés. Cette évolution se révèle dans l'utilisation croissante des « médias sociaux » pour rechercher des candidats de façon ciblée et pour surveiller les salariés pendant leur travail. Différentes formes de technologie de localisation et des logiciels de surveillance raffinés permettent de saisir sans faille des informations sur l'accès à des immeubles, le travail à l'ordinateur ou sur l'internet ou la sélection des menus à la cantine³⁷⁸. La mise en relation et l'analyse de ces données permet de créer des profils de personnalité étendus des collaborateurs.

314 Les prescriptions légales imposent également d'obtenir et de traiter des données personnelles de plus en plus nombreuses sur les salariés. Elles standardisent le comportement des employés à leur poste de travail à l'intérieur de l'entreprise, voire même en partie à l'extérieur, imposant de ce fait aux employeurs des devoirs de protection correspondants. C'est ce que montre l'évolution du droit des marchés financiers, du droit de la concurrence et du droit de l'environnement³⁷⁹. Suite à la densité croissante des normes et sous l'influence de multiples exigences à l'égard de l'entreprise par les autorités, les clients et l'opinion pu-

³⁷⁷ Rapport du Conseil fédéral concernant la formation continue en droit du travail du 9 avril 2003, p. 12 ss.

³⁷⁸ Pärli, Evaluieren, p. 31.

³⁷⁹ Conséquences des dispositions légales pour les employeurs menant des enquêtes internes, voir Geiser, Interne Untersuchungen, p. 1047 ss.

blique, les entreprises fixent souvent, dans des règlements de *compliance*, les comportements qu'elles attendent de leurs collaborateurs, comportements qu'il faut de nouveau contrôler.

La menace que le progrès technologique fait peser sur la sphère privée n'est pas un phénomène nouveau datant de l'essor de l'internet. En 1890 déjà, dans un article de la Harvard Law Review, on pouvait lire que « *les plus récentes inventions et pratiques commerciales* » telles que les « *instantanés photographiques et les entreprises de la presse se sont infiltrés dans les domaines sacrés de notre vie privée et domestique* » et que par conséquent, il serait urgent de prendre des mesures législatives pour protéger le « *droit à la vie privée* »³⁸⁰. Les progrès technologiques de ces dernières années ont toutefois étendu massivement les possibilités de surveillance et de contrôle des salariés. Des appareils toujours plus raffinés et surtout la possibilité de mettre en relation des données et de les analyser permettent aux employeurs d'acquérir des informations précises sur le comportement des travailleurs dans l'exécution de leurs tâches. L'imbrication croissante entre le temps de travail et le temps libre, entre le lieu de travail et les locaux privés multiplie le potentiel de surveillance³⁸¹.

315

B. *Les règles de protection de la sphère privée et des données*

L'art. 6 LTr et plus concrètement l'art. 26 de l'ordonnance n° 3 relative à la LTr (OLT 3)³⁸² ainsi que les art. 328 et 328b du CO forment la base de la protection du travailleur contre la surveillance et le traitement illicite de données. Ces dispositions sont régulièrement interprétées et appliquées par les autorités chargées d'appliquer la loi, notamment à la lumière de la protection des données et de la sphère privée inscrite dans la Constitution (art. 13 Cst.) et de l'art. 8 CEDH³⁸³. La plus importante des dispositions relatives à la protection des données dans le contrat de travail est l'article 328b CO. L'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les *aptitudes du travailleur* à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail. De plus, les principes de traitement de données de l'art. 4 de la Loi fédérale sur la protection des données (LPD) doivent être observés. Cela concerne notamment la proportionnalité, la finalité et le principe de transparence. Des exigences plus sévères sont en outre valables pour traiter des données personnelles particulièrement sensibles comme les informations sur la santé.

316

De plus, il convient d'observer les dispositions du droit pénal. Les articles pertinents sont les art. 179 ss du Code pénal (CP)³⁸⁴, qui imposent des sanctions pénales pour les actes commis contre le domaine secret ou le domaine privé, et les art. 143 et 144 CP, qui prévoient des sanctions pénales pour la soustraction de données et la détérioration de données³⁸⁵. Il convient en outre d'observer d'autres normes de secret professionnel spécifiques à certaines

317

³⁸⁰ Cf. à ce sujet Pärli, EuZa, p. 48 ss avec références à Warren/Brandeis, Harvard Law Review, The Right to Privacy, Vol. IV, n. 5, 15 décembre 1890 (49).

³⁸¹ TA-Swiss, 222.

³⁸² Art. 26 de l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail (protection de la santé, OLT 3) du 18 août 1993, RS 822.113.

³⁸³ Cf. à ce sujet, avec de nombreuses références à la jurisprudence de la CrEDH, Pärli, EuZa, p. 48 ss.

³⁸⁴ RS 311.0.

³⁸⁵ Pour plus de détails à ce sujet, cf. Wolfer, N 579 et les références.

branches et professions telles que le secret professionnel inscrit à l'art. 321 CP, qui s'applique notamment au personnel médical³⁸⁶ et aux avocats³⁸⁷ ou le secret professionnel des personnes chargées de tâches dans la télécommunication inscrit à l'art. 43 de la Loi sur les télécommunications (LTC)³⁸⁸ et à l'art. 321^{ter} CP³⁸⁹. Par souci d'exhaustivité, il faut également mentionner le devoir de discrétion inscrit à l'art. 35 LPD qui complète les dispositions sur le secret professionnel pour des activités spécifiques³⁹⁰.

318

En outre, la Loi sur le travail fixe des limites à la surveillance des travailleurs, laquelle constitue elle aussi une forme d'obtention de données personnelles. Elle fonde l'obligation, pour l'employeur, de protéger la santé, la personnalité et l'intégrité des travailleurs conformément à l'art. 6 LTr. En vertu de l'art. 6 al. 2 LTr, l'employeur doit en particulier « *aménager ses installations et régler la marche du travail de manière à préserver autant que possible les travailleurs des dangers menaçant leur santé et du surmenage* ». Par-là et par l'ordonnance 3 (OLT 3) promulguée sur la base de l'art. 6 LTr, le législateur a exprimé sa volonté de protéger la santé des travailleurs contre les mesures de surveillance non justifiées par les besoins de l'exploitation ou par d'autres buts reconnus. L'art. 26 OLT 3 interdit l'utilisation de systèmes de surveillance ou de contrôle destinés à surveiller le comportement des travailleurs à leur poste de travail. L'al. 2 du même article prescrit que des systèmes de surveillance ou de contrôle nécessaires pour d'autres raisons doivent notamment être conçus et disposés de façon à ne pas porter atteinte à la santé ni à la liberté de mouvement des travailleurs. Sont nommément considérés comme systèmes de surveillance et de contrôle les installations vidéo, les systèmes et réseaux informatiques, les installations téléphoniques, les interphones, les photocopieuses et les GPS³⁹¹. Le rédacteur de l'ordonnance opère donc une distinction entre un contrôle de comportement non autorisé et un contrôle autorisé pour d'autres raisons, par exemple des surveillances pour des raisons de sécurité, pour contrôler le rendement ou pour prévenir des vols, sauf et dans la mesure où la santé des travailleurs n'est pas menacée³⁹². La délimitation entre ces deux types de surveillance n'est toutefois pas toujours facile. Elle n'est que difficilement possible par exemple lors de l'utilisation d'installations vidéo. Mais même lors de contrôles pour d'autres motifs, l'enregistrement doit être limité à certaines opérations et caractéristiques seulement. La surveillance totale n'est pas autorisée. De plus, la vidéosurveillance doit être en principe transparente, c'est-à-dire que les travailleurs doivent être informés de l'installation de mesures de surveillance³⁹³.

319

Dans l'ATF 139 II 7, le Tribunal fédéral devait statuer pour la première fois sur la licéité de la surveillance du trafic Internet et de messagerie électronique. Compte tenu, notamment,

³⁸⁶ L'employeur ou la personnel responsable dans l'entreprise peut être pénalement poursuivie comme « complice » du médecin, cf. von Kaenel, Tests, p. 99.

³⁸⁷ Au sujet de la controverse de savoir si les juristes d'entreprise (avec brevet d'avocat) sont soumis à l'art. 321 CP, cf. Müller, ch. 7 et les références aux positions divergentes de la théorie, nbp. 13.

³⁸⁸ RS 784.10.

³⁸⁹ Sur l'importance de la norme pour la protection des données des travailleurs, cf. Rosenthal/John, N. 88 et 89 concernant l'art. 328b CO.

³⁹⁰ Pour plus de détails, cf. Niggli/Maeder, N 1ss concernant l'art. 35 LPD.

³⁹¹ SECO, Commentaire de l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail, Berne, 1995, p. 2 sur l'art. 26.

³⁹² Pärli, digma, p. 76 ss.

³⁹³ SECO, Commentaire de l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail, Berne 1995, p. 1-3- sur l'art. 26.

du guide pertinent du PFPDT³⁹⁴, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion que la surveillance complète du trafic internet d'un collaborateur pendant trois mois était illicite³⁹⁵ et que les instruments de preuve obtenus par ce moyen ne pouvaient pas être utilisés pour motiver le licenciement³⁹⁶. Dans le cas d'espèce, la manière de surveiller constituait une infraction à l'art. 26 OLT 3. Dans ces conditions, le Tribunal fédéral n'a pas estimé nécessaire d'examiner en outre si la surveillance était licite au sens de la LPD, étant donné qu'une surveillance doit satisfaire à la fois aux exigences du droit du travail et à celles de la protection de données³⁹⁷. Le Tribunal fédéral a laissé ouverte, dans un autre cas, la question de savoir si une enquête informatique, comprenant également les boîtes postales électroniques d'un collaborateur, était illicite. Il a nié l'existence d'une grave atteinte à la personnalité³⁹⁸.

On peut se demander si les dispositions légales existantes suffisent pour répondre de façon adéquate aux menaces actuelles et futures qui pèsent sur la protection de la sphère privée et de la personnalité des travailleurs dans le cadre de la relation de travail. Cette évaluation ne concerne toutefois pas seulement la relation de travail, comme le montrent les discussions sur l'étendue et les limites de la surveillance étatique d'une part et l'exploitation démesurée de données personnelles par des groupes privés de l'autre. Sur le plan européen, le Conseil de l'Europe a réagi à ce défi en révisant la Convention sur la protection des données et l'Union Européenne en promulguant un nouveau règlement de base sur la protection des données. En Suisse, une révision de la Loi sur la protection des données est en cours. Dans ce contexte, il faut signaler notamment les sujets tels que le « *profiling* », les « *devoirs d'information* » et de « *protection des données dès la conception de projets techniques* » ainsi que les « *analyses d'impact relatives à la protection des données* ». En l'occurrence, la problématique de la surveillance des travailleurs et de la protection des données dans la relation de travail n'est manifestement pas au centre des préoccupations, ce qui résulte sans doute aussi d'un manque de sensibilisation au problème de la part des acteurs compétents. Toujours est-il que, si et dans la mesure où le législateur accroît les exigences à l'égard d'un traitement légitime des données dans la LPD, celles-ci vaudront également pour la relation de travail³⁹⁹.

Il est permis de douter que ces dispositions suffiront pour répondre aux dangers spécifiques de la surveillance et du traitement des données dans les rapports de travail. Compte tenu des dispositions juridiques incomplètes et largement inefficaces, les partenaires sociaux disposent de marges de manœuvre pour concevoir des solutions pratiques adaptées aux besoins des branches, des entreprises et des collaborateurs pour établir un juste équilibre entre les intérêts de la protection de la personnalité et de la sphère privée des travailleurs et les intérêts légitimes des employeurs en matière d'acquisition et d'utilisation de données relatives aux travailleurs. Un simple engagement en faveur du respect de la protection des données dans la CCT, comme c'est souvent le cas actuellement, ne suffit pas⁴⁰⁰. Il convient par exemple

³⁹⁴ Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, Guide relatif à la surveillance de l'utilisation d'Internet et du courrier électronique sur le lieu de travail, Berne 2013, disponible sous <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/protection-des-donnees/dokumentation/guides/surveillance-de-l-utilisation-d-internet-et-du-courrier-electron.html> (consulté en dernier lieu le 15 mai 2018).

³⁹⁵ ATF 139 II 7, c. 5.

³⁹⁶ ATF 139 II 7 c. 6.

³⁹⁷ ATF 139 II 7 c. 5.5.7 avec références à la doctrine.

³⁹⁸ TF, arrêt 4A_465/2012 du 10 décembre 2012, c. 3.

³⁹⁹ Pour une vue d'ensemble, cf. Daedelow, p. 34 ss.

⁴⁰⁰ Cf. par exemple la CCT de Lidl, https://www.lidl.ch/statics/lidl-offering-ch/ds_doc/GAV_final_FR.pdf (consulté en dernier lieu le 15 mai 2018).

de mentionner expressément l'obligation de l'employeur d'informer et de consulter le personnel lors de l'introduction de nouvelles technologies en vue de soutenir les processus de travail⁴⁰¹. Une CCT comprend logiquement aussi des dispositions sur la façon de réaliser la protection de la sphère privée des travailleurs qui ont leur « *bureau à domicile* » et utilisent leurs appareils électroniques à des fins tant professionnelles que privées.

322 Pour terminer, il faut encore signaler l'important lien entre la digitalisation, la participation et la surveillance. Si les structures des entreprises, aujourd'hui majoritairement hiérarchiques, ne se modifient pas, il manquera un contre-pouvoir efficace pour affronter les dangers d'un contrôle total des travailleurs. Les structures démocratiques dans les entreprises sont incontournables pour défendre la sphère privée et protéger la personnalité des travailleurs.

7. Contrôle des conditions de travail

323 Le contrôle des conditions de travail est un thème particulièrement complexe au niveau juridique. Il est également l'un des enjeux centraux de la mise en œuvre du droit collectif du travail – et il sera fortement influencé par la digitalisation de l'économie. En effet, d'un côté, de nombreux outils numériques à disposition des partenaires sociaux, des commissions paritaires et des inspecteurs chargés du contrôle influencent et influenceront le travail de contrôle ; d'un autre côté ces mêmes outils numériques modifient la nature du travail et rendent le contrôle des conditions de travail plus difficiles : comment contrôler les horaires d'un travailleur qui se connecte à distance depuis son téléphone portable ? Comment s'assurer du respect des dispositions de santé et de sécurité au travail lorsque le lieu de travail n'est plus l'entreprise, mais le salon du travailleur ou le café du coin ? Or, on l'a vu, afin de prévenir les risques pour les salariés engendrés par les progrès technologiques, un contrôle effectif est nécessaire.

324 Le présent chapitre rappellera brièvement les règles fédérales applicables en matière de contrôle étatique (A), ainsi que celles portant sur le contrôle effectué par les partenaires sociaux (B). Il conviendra ensuite de déterminer quelles évolutions peuvent être attendues (C) et quel sera le rôle des partenaires sociaux (D).

A. Contrôle des conditions de travail par les autorités publiques

325 En principe, le contrôle de l'exécution de la LTr et de ses ordonnances d'application ressortit aux cantons, qui désignent les autorités chargées de l'exécution, ainsi qu'une autorité de recours (art. 41 al. 1 LTr), sous la haute surveillance de la Confédération (art. 42 al. 1 LTr). Aux termes de l'art. 79 al. 1 OLT 1, pour autant que l'exécution de la loi et des ordonnances ne soit pas réservée à la Confédération, elle incombe aux autorités cantonales, qui sont notamment chargées d'effectuer dans les entreprises les contrôles nécessaires pour s'assurer de l'observation des prescriptions de la loi et des ordonnances (let. a).

326 Les cantons et le SECO gèrent des systèmes d'information ou de documentation afin d'accomplir les tâches prévues par la LTr, ce qui implique notamment la collecte de certaines données sensibles (art. 44b LTr).

327 De leur côté, l'employeur, les travailleurs qu'il emploie et les personnes qu'il charge de tâches prévues par la LTr sont tenus de donner aux autorités d'exécution et de surveillance

⁴⁰¹ De même, cf. l'art. 36 de la CCT Banques (<http://www.aseb.ch/convention-collective-de-travail-cpb/>, consulté en dernier lieu le 15 mai 2018).

tous les renseignements nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches (art. 45 al. 1 LTr). En particulier, l'employeur tient à la disposition des autorités d'exécution et de surveillance les registres ou autres pièces contenant les informations nécessaires à l'exécution de la LTr et de ses ordonnances, dans le respect des règles en matière de protection des données (art. 46 LTr). Enfin, l'employeur est tenu de permettre aux organes d'exécution et de surveillance de pénétrer dans tout local de l'entreprise, d'y faire des enquêtes également auprès des salariés et d'emporter des objets et des matériaux aux fins d'examen (art. 45 al. 2 LTr, art. 72 OLT 1).

Le contrôle étatique des conditions de travail est assorti de diverses sanctions. Ainsi, en cas d'infraction à la loi, à une ordonnance ou à une décision, l'autorité signale l'infraction au contrevenant et l'invite à respecter la prescription ou décision qu'il a enfreinte (art. 51 al. 1 LTr). Si le contrevenant ne donne pas suite à cette intervention, l'autorité cantonale prend la décision voulue, sous menace de sanctions pénales (art. 51 al. 2 LTr). À noter que lorsqu'une infraction constitue en même temps une violation d'une convention collective de travail, l'autorité cantonale peut tenir compte, d'une manière appropriée, des mesures que les parties contractantes ont prises pour faire respecter la convention (art. 51 al. 3 LTr). Pour le surplus, diverses contraintes administratives et pénales sont prévues dans la loi aux art. 52 ss LTr, ainsi que dans les diverses lois cantonales d'application⁴⁰².

B. Contrôle des conditions de travail par les partenaires sociaux

Lorsqu'une CCT est conclue par des associations, celles-ci peuvent stipuler qu'elles auront le droit, en commun, d'en exiger l'observation de la part des employeurs et travailleurs liés par elle, notamment sur la conclusion, l'objet et la fin des contrats individuels de travail (art. 357b al. 1 CO). Ce principe de l'exécution commune permet la mise sur pied de commissions paritaires qui ont un rôle de contrôle, défini au sein de chaque CCT.

Par exemple, la CCNT pour les hôtels, restaurants et cafés, prévoit l'existence d'une commission paritaire de surveillance (art. 35 a) CCNT). La commission de surveillance est investie de diverses tâches, parmi lesquelles la nomination d'un office de contrôle (art. 35 b) 1 CCNT). L'office de contrôle procède à des contrôles ou à des sondages (art. 35 d) 3 CCNT). Pour ce faire, il a le droit de pénétrer dans les établissements, de prendre connaissance des documents nécessaires et d'interroger employeurs et collaborateurs (art. 35 d) 3 CCNT).

La CCNT du secteur principal de la construction prévoit elle aussi un organe paritaire de contrôle. Celui-ci a notamment pour mission de « *faire appliquer, par mandat et au nom des parties contractantes de la CN, les dispositions contractuelles de la CN, ainsi que celles de ses annexes et conventions complémentaires* » (art. 76 al. 3 let. a CCNT). Cela implique en particulier d'effectuer, systématiquement ou dans des cas particuliers, des contrôles de salaire et des enquêtes sur les conditions de travail dans l'entreprise (art. 76 al. 3 let. b ch. 1 CCNT). L'organe de contrôle procède à des contrôles concernant le respect de la CN et contrôle les chantiers (art. 76 al. 4 let. b CCNT).

Les deux CCNT précitées prévoient diverses sanctions aux contrevenants (art. 79 CCNT construction ; art. 35 let. f et g CCNT), consistant essentiellement en peines conventionnelles.

⁴⁰² Voir par exemple la Loi sur l'inspection et les relations du travail genevoise (LIRT ; J 1 05), art. 45 ss.

333 En sus des règles légales, le contrôle prévu par les CCT assure une seconde couche de protection des conditions de travail et de leur respect qui permet à la fois l'intervention de contrôleurs plus aguerris aux spécificités de la branche visée et assure, de fait, un plus grand nombre de contrôles que ceux que l'Etat peut assurer.

C. Evolutions technologiques et contrôle des conditions de travail

334 Ainsi que cela a été brièvement exposé ci-dessus, la loi comme les CCT prévoient des pouvoirs de contrôle à disposition des organes compétents. Ces pouvoirs de contrôle peuvent être globalement classifiés en deux catégories : contrôles au sein de l'entreprise et contrôle des documents relatifs aux rapports de travail.

335 Les contrôles au sein de l'entreprise sont basés sur une notion physique de cette dernière, soit la définition classique de l'entreprise telle que comprise initialement dans la LTr. Les salariés travaillent dans les locaux de l'entreprise ou sur les chantiers dont elle a la responsabilité et les organes de contrôle se rendent physiquement sur ces lieux afin de vérifier que la protection de la santé et de la sécurité des salariés est respectée (les bâtiments, les engins de chantier correspondent aux normes, les bureaux, chaises et ordinateurs sont ergonomiques, etc.).

336 Avec le phénomène de télétravail et de dématérialisation de l'entreprise, le contrôle, on l'a vu, est rendu difficile, voire impossible. Tout d'abord, l'éclatement du lieu unique de travail en autant de lieux qu'il y a de salariés démultiplie les contrôles envisageables jusqu'à les rendre concrètement impossibles à effectuer. De plus, il apparaît difficile pour les organes de contrôle, spécifiquement publics, de réaliser des inspections au domicile d'un salarié. Se pose dès lors la question d'une possible dématérialisation d'un tel type de contrôle, par la fourniture de données relatives aux conditions de travail (photos, spécificité des outils de travail, etc.) et de sa suffisance au regard des exigences de la LTr et des CCT.

337 Les éléments aujourd'hui contrôlés sur la base de documents devraient être plus aisés et la dématérialisation du travail pose moins de problèmes relativement à ce type de contrôles. Ainsi que mentionné au préalable, la saisie du temps de travail est un élément essentiel et mérite une réflexion propre. En effet, le télétravail ou tout autre travail numérique à distance doit être précisément saisi. Le progrès technologique devrait permettre à l'employeur de recenser strictement les horaires effectués.

338 Il sied toutefois de rappeler que l'usage d'outils technologiques, spécifiquement par l'employeur, mais dans l'absolu également, doit respecter les droits du salarié, notamment ancrés à l'art. 26 OLT 3. Ce dernier dispose en effet qu'il est interdit d'utiliser des systèmes de surveillance ou de contrôle destinés à surveiller le comportement des travailleurs à leur poste de travail (art. 26 al. 1 OLT 3). De plus, lorsque des systèmes de surveillance ou de contrôle sont nécessaires pour d'autres raisons, ils doivent notamment être conçus et disposés de façon à ne pas porter atteinte à la santé et à la liberté de mouvement des travailleurs (art. 26 al. 2 OLT 3)⁴⁰³.

⁴⁰³ Pour davantage de précisions sur ces questions, cf. Ordolli, p. 262 ss.

D. Rôle des partenaires sociaux

À ce jour, les modalités du contrôle ne sont pas appelées à être modifiées dans la loi, bien que le présent rapport n'ait pas permis de mener une enquête au sein des diverses législations cantonales. 339

Les modalités de ces contrôles ont parfaitement vocation à être détaillées dans les CCT, du fait de leur proximité avec les spécificités de chaque branche d'activité et de leur niveau de détail, bien plus abouti que la loi. En effet, les partenaires sociaux ont l'opportunité de négocier quels outils peuvent être mis en place pour permettre un contrôle efficace au moyen des technologies actuelles. L'usage de ces dernières pouvant entraîner des questions particulières de protection de la personnalité et des données personnelles des salariés (si l'on imagine, par exemple des logiciels de saisie automatique à chaque connexion du salarié), les partenaires sociaux ont la possibilité et la tâche d'en définir les contours et les limites. 340

Par ailleurs, il importera de prévoir, dans les CCT, quels devraient être les équipements et les ressources des inspecteurs et quel sera leur niveau d'instruction et de formation continue afin qu'ils maîtrisent les outils technologiques nécessaires au contrôle. 341

Les partenaires sociaux œuvrent largement pour la protection des salariés, y compris dans le cadre des contrôles effectués par les commissions paritaires. Il est essentiel qu'ils trouvent un terrain d'entente quant à l'organisation pratique et concrète et à l'adaptation des contrôles au progrès technologique. 342

VI. Synthèse : Effets de la digitalisation sur le partenariat social

1. Quels thèmes sont ou devraient se trouver dans les CCT ?

Dans ce chapitre, les auteurs procèdent à une synthèse du champ d'action des partenaires sociaux concernant les thèmes de la digitalisation du travail. Le droit fédéral ne limite pas, en principe, le contenu des conventions collectives de travail. Il découle de la réglementation dans son ensemble que les partenaires sociaux sont libres d'y inclure le contenu qu'ils souhaitent, pour autant qu'il ait un lien avec les rapports de travail et qu'il soit conforme au droit impératif⁴⁰⁴. Il paraît toutefois essentiel de rappeler que le champ d'action des partenaires sociaux est limité strictement à celui de l'application (et de l'applicabilité) des conventions collectives de travail. Dernière phrase supprimée 343

Or, en Suisse, une partie seulement des travailleurs est aujourd'hui couverte par une CCT Fn supprimée. De plus, l'analyse effectuée ci-dessus a mis en évidence deux éléments structurels qui pourraient, à l'avenir, réduire le champ d'action des partenaires sociaux, à savoir : 344

- Premièrement, il règne une grande incertitude concernant la qualification des rapports contractuels mis en place par certains acteurs de l'économie digitalisée. Cette incertitude touche certes la personne qui fournit le travail, mais elle s'étend également à l'identité même de l'employeur, dont les fonctions peuvent se trouver dématérialisées ou éclatées⁴⁰⁵. Dans ce contexte, il faut rappeler que l'une des fonctions principales du droit du travail est la protection du travailleur, que les tribunaux doivent prendre en compte lorsqu'ils qualifient les rapports contractuels, lorsqu'il existe un besoin de protection. Or, les

⁴⁰⁴ Cf. ci-dessus, ch. 66.

⁴⁰⁵ Cf. ci-dessus, ch. 118 ss.

partenaires sociaux ne sont pas libres d'adopter une définition autonome du contrat de travail, vu le caractère impératif de la qualification du contrat de travail selon les art. 319 ss CO⁴⁰⁶. Ainsi, moins il y aura d'employeurs et de travailleurs, moins le rôle des partenaires sociaux aura de portée.

- Deuxièmement, la digitalisation apporte avec elle une certaine dématérialisation de l'entreprise et/ou des tâches. Les avancées technologiques permettront en effet aux entreprises de déléguer (ou d'*outsourcer*) certaines tâches ponctuelles et particulières à des personnes qui ne sont pas basées dans l'entreprise. Ces « *délocalisations digitales* » auront lieu depuis la Suisse vers l'étranger, mais également depuis l'étranger vers la Suisse, sans détachement de travailleurs ; il est enfin possible que du travail destiné au marché suisse soit intégralement effectué à l'étranger⁴⁰⁷.

Ces deux aspects structurels de la digitalisation du travail peuvent difficilement être traités uniquement au niveau des partenaires sociaux nationaux. Quelques pistes de réflexion pour les appréhender sont émises ci-dessous⁴⁰⁸. En revanche, il nous apparaît que les partenaires sociaux disposent d'un large champ d'action sur les thèmes suivants :

345

- Participation des travailleurs : la Loi sur la participation des travailleurs fixe un standard minimum, au-delà duquel il est naturellement possible d'aller. L'outil de la CCT paraît être idéal pour appréhender ces points, y compris l'accès des syndicats à l'entreprise. Il est rappelé que la participation des travailleurs est importante s'agissant de l'implémentation des nouvelles technologies sur le lieu de travail et sur l'établissement des meilleures pratiques y relatives⁴⁰⁹.
- Santé et sécurité au travail : les travailleurs disposant sur ce point d'un droit de participation, il apparaît que le thème de la protection de la santé et de la sécurité du travailleur dans le contexte de la digitalisation peut être abordé de manière efficace par les partenaires sociaux. Les CCT peuvent en effet aller plus loin que les standards minimaux posés dans la loi et consacrer des solutions concrètes et adaptées aux aspects opérationnels de l'entreprise. On pensera en particulier à des domaines comme des recommandations et instructions pour le télétravail et le travail itinérant. La CCT pourrait également contenir une obligation de rendre les travailleurs attentifs aux risques psychosociaux de ces formes de travail et de les instruire à ce sujet⁴¹⁰.
- La thématique du temps de travail se révèle centrale dans le cadre de la digitalisation. Ici, en matière de connexion et de droit à la déconnexion, la délimitation des connexions d'un salarié, la responsabilité de ce dernier et de l'employeur, ainsi que l'injonction (in)directe qui est faite au salarié de travailler en dehors des horaires usuels (voire à

⁴⁰⁶ Cf. ci-dessus, ch. 125.

⁴⁰⁷ Voir ci-dessus, ch. 151 ss.

⁴⁰⁸ Sur le champ d'application des CCT : voir ci-dessus, ch. 360 ss ; sur les aspects transnationaux (y compris les clauses d'arbitrage) : voir ci-dessus, ch. 374 s.

⁴⁰⁹ Cf. ci-dessus, ch. 177.

⁴¹⁰ Cf. ci-dessus, ch. 183 s.

toute heure) et à distance peuvent parfaitement être appréhendées par les partenaires sociaux. L'on pourrait imaginer la mise en place, par les CCT, de plusieurs systèmes, tels que l'éducation numérique des différents acteurs, les chartes d'utilisation, les règlements, des modules de déconnexion ou encore la coupure des serveurs ou des accès numériques durant les week-ends ou les vacances⁴¹¹.

- De même, en matière de saisie du temps de travail, les partenaires sociaux sont particulièrement bien placés pour négocier la mise en œuvre de la saisie du temps de travail et la mise en place de méthodes modernes et idoines permettant la conservation d'un équilibre entre la réalité du temps de travail, le droit y applicable et les modes concrets de saisie des heures effectivement réalisées⁴¹².
- Concernant le lieu de travail, la quasi-inexistence de règles en matière de télétravail et de *desk-sharing* dans la loi ouvre un champ des possibles dont les partenaires sociaux peuvent et doivent s'emparer. En effet, il leur revient de déterminer avec précision selon quelles modalités (ici en matière de lieu), les salariés peuvent travailler à leur domicile ou en d'autres lieux, dans quelle mesure le télétravail est volontaire et quels sont les principes applicables en matière de lieu. Les partenaires sociaux tenteront ainsi de répondre aux questions suivantes : le télétravail peut-il être imposé au travailleur ? Comment l'organiser et l'aménager pour s'assurer que le salarié dispose d'un lieu propice à la concentration ? Comment s'assurer que le salarié dispose d'un bureau ergonomique ? éclairé ? d'outils informatiques modernes et d'utilisation agréable ? Qui fournit les outils et le mobilier ?⁴¹³
- En matière de formation et de formation continue, les partenaires sociaux pourront régler dans la CCT les aspects suivants : quel type de formation complémentaire ou continue est-il souhaitable ? Y a-t-il un droit du salarié à profiter de formations complémentaires ou continues ? Si oui, dans quelle mesure (p. ex : combien de jours par année ?) ? Comment est qualifié le temps consacré à la formation continue ? Est-il rémunéré ?
- En matière de protection des données, il apparaît que certaines lacunes dans la réglementation actuelle concernant les risques spécifiques de la surveillance du travailleur et du traitement de données le concernant par l'employeur ouvrent un champ d'action propice à la réglementation collective. Les CCT pourront trouver et mettre en œuvre des solutions de branche ou au niveau de l'entreprise qui assureront une mise en balance des intérêts de l'employeur et de ceux du travailleur. Il ne sera plus suffisant d'effectuer un simple renvoi, dans la CCT, vers la LPD, comme c'est presque toujours le cas aujourd'hui. Les partenaires sociaux devraient notamment régler les questions suivantes : l'obligation de l'employeur d'informer et/ou de

⁴¹¹ Cf. ci-dessus, ch. 272.

⁴¹² Cf. ci-dessus, ch. 269 ss.

⁴¹³ Cf. ci-dessus, ch. 290 ss.

consulter les travailleurs lors de l'introduction d'une nouvelle technologie pour l'exécution du travail ; l'étendue de la protection de la sphère privée du travailleur, y compris du télétravailleur, notamment cas d'utilisation d'appareils électroniques personnels pour l'accomplissement du travail⁴¹⁴.

- Enfin, les modalités de contrôle des conditions de travail ont parfaitement vocation à être détaillées dans les CCT, du fait de leur proximité avec les spécificités de chaque branche d'activité et de leur niveau de détail, bien plus abouti que la loi. En effet, les partenaires sociaux ont l'opportunité de négocier quels outils peuvent être mis en place pour permettre un contrôle efficace au moyen des technologies actuelles. L'usage de ces dernières pouvant entraîner des questions particulières de protection de la personnalité et des données personnelles des salariés (si l'on imagine, par exemple des logiciels de saisie automatique à chaque connexion du salarié), les partenaires sociaux ont la possibilité et la tâche d'en définir les contours et les limites. Par ailleurs, il importera de prévoir, dans les CCT, quels devraient être les équipements et les ressources des inspecteurs et quel sera leur niveau d'instruction et de formation continue, afin qu'ils maîtrisent les outils technologiques nécessaires au contrôle⁴¹⁵.

2. Qui sont – ou seront à l'avenir - les partenaires sociaux ?

346 On l'a dit ci-dessus, le droit d'être reconnu, à certaines conditions, comme partenaire social et donc le droit à la négociation collective sont reconnus et consacrés par la Constitution fédérale et le droit international, ce que le Tribunal fédéral a confirmé⁴¹⁶.

347 Puisque la loi est muette sur les conditions auxquelles un syndicat ou une organisation patronales peuvent se voir reconnaître la qualité de partenaire social, c'est la jurisprudence et la doctrine qui ont défini les quatre conditions qu'un syndicat doit cumulativement remplir pour être reconnu comme partenaire social, à savoir :

- 1) avoir la compétence de conclure des conventions collectives ("*Tariffähigkeit*") ;
- 2) avoir la compétence à raison du lieu et de la matière ;
- 3) être suffisamment représentatif (condition de la représentativité) et
- 4) faire preuve d'un comportement loyal (condition de la loyauté).

348 Comme indiqué ci-dessus, la notion de « *compétence de conclure des conventions collectives de travail* » (*Tariffähigkeit*) vise le droit d'être partie à une convention collective de travail. L'art. 356 CO confère un rôle important aux organisations qui disposent de la *Tariffähigkeit*, en ce qu'elles peuvent être reconnues comme parties aux CCT.

349 S'il est vrai que le droit suisse du travail accorde une place importante au partenariat social et à la négociation collective, c'est notamment en raison du fait que le dialogue social est actuellement relativement efficace dans notre pays et qu'environ la moitié des travailleurs est couverte par des CCT, ce qui confère au partenariat social sa légitimité. Cette légitimité découle également de la condition de représentativité, nécessaire pour qu'un syndicat ou une organisation patronale se voie reconnaître la qualité de partenaire social. Elle découle

⁴¹⁴ Cf. ci-dessus, ch. 321.

⁴¹⁵ Cf. ci-dessus, ch. 340 s.

⁴¹⁶ ATF 140 I 257 et ci-dessus, ch. 58 ss.

également des conditions posées à l'extension des CCT : en particulier, les CCT d'entreprises ne peuvent pas faire l'objet d'une décision d'extension ; l'extension doit être nécessaire ; les employeurs et les travailleurs liés par la CCT doivent respectivement former la majorité des employeurs et des travailleurs auxquels le champ d'application de la CCT doit être étendu ; en plus, les employeurs liés par la CCT doivent occuper la majorité de tous les travailleurs⁴¹⁷.

Ainsi, comme précisé ci-dessus, moins il y aura d'employeurs et de travailleurs, moins le rôle des partenaires sociaux aura de portée, car leur représentativité pourrait être remise en question. Ceci aura notamment beaucoup d'importance lorsque les partenaires sociaux requerront l'extension d'une CCT... et donc également sur le rôle de ces derniers dans la lutte contre le dumping social et salarial (cf. art. 2 LDét : les CCT déclarées de force obligatoire s'appliquent également aux entreprises qui détachent des travailleurs sur le territoire suisse).

Les membres des syndicats, on l'a dit, ne peuvent être que des travailleurs (ou des demandeurs d'emploi). C'est une condition nécessaire à la *Tariffähigkeit*⁴¹⁸. On pourra donc se demander dans quelle mesure ces organisations peuvent – ou doivent – accueillir en leur sein les « *travailleurs digitaux* » et autres personnes dont le statut n'est pas clair (indépendants ? pseudo-indépendants ?) et dans quelle mesure cette mutation de leur base influencera leur qualité pour conclure des accords collectifs⁴¹⁹.

Du côté des employeurs, la problématique peut sembler plus simple à première vue. Toutefois, si l'on prend en compte le discours des « *entreprises plateformes* », qui déclarent ne pas être des employeurs, et qu'on intègre également l'aspect transfrontalier du travail digitalisé, il n'est pas impossible que les organisations patronales soient, elles aussi, confrontées dans un futur proche aux mêmes questions concernant leurs membres et donc, concernant leur *Tariffähigkeit* et leur représentativité.

Il peut paraître important, pour prendre en compte ces délicats – et importants – aspects transfrontaliers, d'entamer une réflexion sur la construction et/ou le développement d'un partenariat social international, à l'échelle de nos pays voisins, de l'Europe... ou du monde. Cette nouvelle perspective, qui suit l'évolution du travail digitalisé, pose évidemment beaucoup de questions délicates et nécessiterait des recherches approfondies. Une telle réflexion pourrait être menée dans le cadre de l'OIT.

3. Influence des évolutions technologiques sur le travail des partenaires sociaux

On l'a dit ci-dessus, la digitalisation de l'économie entraîne des changements nombreux et profonds sur le travail, mais également très variés en fonction de l'entreprise, de la profession ou de la branche concernée. Outre le fait que règne une incertitude sur la qualification des rapports contractuels dans certains cas de figure⁴²⁰, le travail des partenaires sociaux, et en particulier des syndicats, pourra dans certains cas devenir très difficile sur le terrain. En effet, les tâches d'un syndicat comprennent l'information des travailleurs au sujet de leurs droits et la défense collective de leurs intérêts⁴²¹.

⁴¹⁷ Cf. ci-dessus, ch. 71.

⁴¹⁸ Cf. ci-dessus, ch. 62.

⁴¹⁹ Voir, sur ce point, le Rapport du Conseil fédéral du 8 novembre 2017, p. 77.

⁴²⁰ Cf. ci-dessus, ch. 118 ss.

⁴²¹ À ce propos, voir Meier, *New Employment*, p. 51 s. et les références.

355 Lorsque le travailleur exerce son activité à distance (parfois à l'étranger), souvent pour plusieurs employeurs en parallèle, pour une durée courte ou très courte et de manière irrégulière, le lien avec l'entreprise est très ténu⁴²². Les syndicats peinent, dès lors, à définir l'identité et le nombre des travailleurs concernés et, en conséquence, à définir les besoins et intérêts communs, ce qui rend pratiquement impossible la défense collective de ces intérêts⁴²³. Or, dans le cas particulier des *crowdworkers*, il apparaît que ces personnes disposent des moyens technologiques pour se mettre en contact en créant des forums, en s'envoyant des emails et en utilisant les réseaux sociaux⁴²⁴.

356 Cet aspect de l'utilisation des nouvelles technologies nous paraît présenter un intérêt particulier dans le cadre de la présente étude. En effet, si les nouvelles technologies servent à améliorer la qualité, la flexibilité et la rentabilité du travail, les mêmes outils pourraient servir non seulement au contrôle des conditions de travail⁴²⁵, mais également au travail des syndicats au sein de l'entreprise : l'état de la technique le permet.

357 Au niveau de l'entreprise ou de la branche, les employeurs pourraient dès lors s'engager dans un dialogue social productif avec leurs employés à distance. Les informations qui pourraient être récoltées et transmises pourraient concerner le nombre et l'identité des travailleurs concernés par l'*outsourcing* de tâches (à travers l'utilisation du *crowdsourcing* ou par délégation directe à une personne précise), le lieu où le travail est effectué, le prix payé pour l'accomplissement des tâches, etc. La technologie servira également à permettre le contrôle du respect des conditions de travail⁴²⁶.

358 Effectuer ce « *pas technologique* » peut, de prime abord, paraître contraire à l'intérêt de l'employeur, qui ne souhaite pas nécessairement donner un accès étendu à l'entreprise pour les syndicats ou les groupements de travailleurs. Il va de soi que le type d'informations récoltées et leur transmission devraient être très précisément réglementés par la CCT, pour préserver non seulement l'entreprise, mais respecter également la protection des données et la personnalité des salariés concernés.

359 À y regarder de plus près, et une fois réglées les questions de transmission des informations, ces mesures et cette nouvelle forme d'accès des syndicats à l'entreprise peuvent toutefois présenter plusieurs avantages non négligeables pour les entreprises suisses. En voici quelques-uns :

- En permettant aux organisations de travailleurs de représenter les intérêts des travailleurs *outsourcés*, les quorums requis pour l'extension d'une CCT seront plus facilement atteints⁴²⁷ ;
- La collecte systématique de données permettra, le cas échéant de faire constater l'existence d'une sous-enchère salariale abusive et répertée au sens de l'art. 360b CO et de requérir l'extension facilitée de la CCT (art. 1a LECCT)⁴²⁸ ;

⁴²² Meier, *New Employment*, p. 54 et les références

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ Sur ce point, Portmann/Nedi, p. 530 et les références ; voir également le Rapport du Conseil fédéral du 8 novembre 2017, p. 78.

⁴²⁵ Cf. ci-dessus, ch. 323 ss.

⁴²⁶ Cf. ci-dessus, ch. 323 ss.

⁴²⁷ Sur ces quorums, cf. ci-dessus, ch. 68 ss.

⁴²⁸ Cf. ci-dessus, ch. 86 ss.

- La lutte contre le dumping social et salarial, qui est le but des mesures d'accompagnement à la libre circulation, but sur lequel organisations patronales et syndicales s'accordent, sera d'autant facilité et le rôle des partenaires sociaux renforcé⁴²⁹ ;
- La lutte contre la « *sale concurrence* » liée au dumping social et salarial passe par une représentation des travailleurs qui prend en compte les intérêts des « *nouveaux travailleurs* » et assure un dialogue social plus proche des réalités de la branche ou de la profession, ce qui, *in fine*, préserve la paix du travail⁴³⁰.

4. Nouvelles formes de CCT ?

Comme mentionné ci-dessus, l'incertitude liée à la qualification des rapports contractuels dans certaines situations créées par la digitalisation du travail mène à l'interrogation suivante : faut-il étendre l'outil de la CCT à de nouveaux groupes, comme par exemple les « *travailleurs indépendants* », comme cela se fait aux Pays-Bas⁴³¹ ?

Si cette idée peut paraître attrayante à première vue, car elle paraît inclusive, elle ne nous semble pas résister à l'examen. Dans l'Etat de New York, Uber a offert à ses chauffeurs le « *soutien* » d'un « *syndicat* », l'*Independent Drivers Guild*, en partenariat avec un syndicat reconnu. Cette organisation offre notamment des rabais sur l'assistance juridique pour les chauffeurs, ainsi que la possibilité de faire part de leurs doléances, une fois par mois, aux dirigeants de l'entreprise. Toutefois, cette organisation n'est pas un syndicat reconnu par le droit américain et les chauffeurs n'ont pas voté pour lui conférer le droit de les représenter. Elle n'a pas de droit de négociation collective. Selon certains, elle servirait à barrer la route à des formes reconnues d'organisation des travailleurs... et a même été jusqu'à renoncer formellement à faire usage des moyens de combat, en particulier la grève⁴³².

Tout d'abord, il faut rappeler que le droit de la concurrence joue comme un miroir avec le droit du travail : celui qui n'est pas un salarié au sens du droit du travail et qui conclurait un « *accord collectif* » incluant notamment un « *salaire minimum* » conclurait en réalité un accord sur le prix de nature cartellaire au sens du droit de la concurrence⁴³³. De plus, il n'apparaît pas qu'en l'état du droit, un groupement professionnel incluant des « *travailleurs indépendants* » pourrait se voir conférer la *Tariffähigkeit* et donc le droit de négocier des CCT (cf. art. 356 CO). Seules les « *personnes analogues aux travailleurs* » (*arbeitnehmerähnliche Personen*) peuvent se voir intégrer au champ d'application de la CCT, puisqu'elles ont besoin de la protection collective et qu'en principe, l'ordre économique ne souffrirait pas de cette intégration⁴³⁴. Enfin, une renonciation anticipée à l'exercice des moyens de combat, en-dehors de toute négociation collective et en l'absence d'une convention collective, ne satisfait pas à la condition d'indépendance d'une organisation de travailleurs.

⁴²⁹ Cf. ci-dessus, ch. 73 ss et 81 ss.

⁴³⁰ Cf. ci-dessus, ch. 89.

⁴³¹ Cf. ci-dessus, ch. 125.

⁴³² Sur ce sujet, voir notamment l'article de Bloomberg Business Week du 27 octobre 2016 ; <https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-10-27/uber-found-an-unlikely-friend-in-organized-labor>.

⁴³³ Cf. ci-dessus, ch. 95 ss.

⁴³⁴ Ci-dessus, ch. 126.

360

361

362

363

À notre sens, il convient donc de réfléchir plutôt à la qualification même des rapports contractuels, en prenant en compte en particulier le besoin de protection des personnes concernées, leur intégration organisationnelle et économique dans l'entreprise et l'effet délétère sur la concurrence des entreprises concernées.

VII. Brèves réflexions sur les effets de la digitalisation sur le tripartisme

1. Le tripartisme à l'OIT et en Suisse

364 L'Organisation internationale du travail est « *l'unique organisation internationale dont les Membres ne sont pas que des Etats mais où les partenaires sociaux sont membres à part entière. Cette structure tripartite est unique dans le monde onusien. Les gouvernements, les employeurs et les travailleurs prennent en commun les décisions relatives à l'action de l'OIT* »⁴³⁵. Chaque pays est représenté aux sessions annuelles de la Conférence internationale du travail par deux délégués du gouvernement, un délégué des employeurs et un délégué des travailleurs ; tous les délégués jouissent des mêmes droits et peuvent s'exprimer en toute liberté et voter selon leur gré⁴³⁶.

365 Si le fonctionnement de l'OIT est fondé sur le tripartisme, cette notion n'existe pas en tant que telle dans le droit suisse. Toutefois, le rôle prépondérant donné aux partenaires sociaux en matière de droit du travail fait exister le tripartisme sous plusieurs formes. Comme le relève Mahon, les organisations d'employeurs et les syndicats « *jouent, naturellement, un rôle de premier plan dans le domaine du droit du travail. Leurs membres sont en effet les premiers concernés par la question. Vouées à la défense des intérêts de ces derniers, les organisations professionnelles se voient reconnaître par l'ordre juridique certaines prérogatives* »⁴³⁷.

366 En premier lieu, il faut mentionner la Convention n° 144 de l'OIT sur les consultations tripartites destinées à promouvoir la mise en œuvre des normes internationales du travail (1976), ratifiée par la Suisse en 2000⁴³⁸. Sur la base de cette convention, la Commission nationale tripartite pour les affaires de l'OIT (CTOIT) a été mise en place. Elle se réunit en principe deux fois par an et est consultée sur les questions relatives à l'examen, à la ratification et aux mesures prises pour promouvoir la mise en œuvre des conventions de l'OIT⁴³⁹.

367 En 2013, la CTOIT a déterminé la stratégie de la Suisse à l'OIT : cette stratégie est commune aux partenaires sociaux et à l'Etat et est fondée sur trois axes prioritaires, dans le but de « *renforcer l'attachement de la Suisse à l'OIT et à ses activités en faveur de la justice sociale, de la dimension sociale de la mondialisation, du dialogue social et des droits des travailleurs dans le monde* » : l'engagement pour le renforcement de l'OIT, l'application et la promotion de manière crédible des principes et normes de l'OIT en Suisse et la promotion

⁴³⁵ Berset Bircher/Meier, p. 1.

⁴³⁶ Art. 3 de la Constitution de l'OIT du 28 juin 1919 (RS 0.820.1). Voir aussi, sur le site internet de l'OIT : <http://ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/international-labour-conference/lang--fr/index.htm> (consulté en dernier lieu le 15 mai 2018).

⁴³⁷ Mahon, p. 57.

⁴³⁸ RS 0.822.724.4.

⁴³⁹ Cf. https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Internationale_Arbeitsfragen/IAO.html (consulté en dernier lieu le 15 mai 2018).

du travail décent dans le monde⁴⁴⁰. La mise en œuvre de l'Initiative sur l'avenir du travail⁴⁴¹ commence par une première phase de dialogue national, salué en Suisse. La CTOIT s'est déclarée prête à élaborer une déclaration nationale des partenaires sociaux, qui pourrait servir de modèle à l'OIT, à l'occasion de son centenaire, pour une déclaration globale sur le futur du monde du travail.

En second lieu, le droit suisse prévoit une obligation de consultation des partenaires sociaux⁴⁴². Ainsi, dans le cadre de la procédure de consultation (art. 147 Cst.) portant sur les actes législatifs importants et sur les autres projets de grande portée, ainsi que sur les traités internationaux importants, les associations faïtières de l'économie qui œuvrent au niveau national sont invitées à participer à la consultation ; toute personne ou organisation peut, en outre, participer à la consultation et exprimer un avis (cf. art. 4 al. 1 et al. 2 let. d de la Loi fédérale sur la procédure de consultation - LCo⁴⁴³). Les partenaires sociaux ont également différents champs d'action, notamment dans la prévention des accidents et la mise en place de la réglementation y relative⁴⁴⁴ et dans la formation professionnelle (tâche commune de la Confédération, des cantons et des organisations du monde du travail, dont les partenaires sociaux (cf. art. 1 de la Loi fédérale sur la formation professionnelle). De fait, les partenaires sociaux sont représentés au parlement⁴⁴⁵.

La compétence des partenaires sociaux a été singulièrement renforcée dans le cadre de l'adoption des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes⁴⁴⁶ : l'art. 2 LDét prévoit qu'une CCT déclarée de force obligatoire doit s'appliquer également aux travailleurs détachés sur notre territoire, en ce qui concerne notamment la rémunération minimale, la durée du travail, la santé et la sécurité et la non-discrimination. Qui plus est, les partenaires sociaux sont, de par la loi, membres de la commission tripartite fédérale⁴⁴⁷ et des commissions cantonales créées par l'art. 360b CO. L'une des tâches de ces commissions est d'observer le marché du travail (art. 360b al. 3 CO). Lorsqu'elles constatent des cas de sous-enchère abusive et répétée (cf. art. 360a al. 1 CO), qu'il n'existe pas de convention collective de travail pouvant être étendue et qu'aucun accord ne peut être trouvé avec les employeurs concernés (art. 360b al. 3 CO), elles peuvent proposer à l'autorité compétente d'édicter un contrat-type de travail fixant des salaires minimaux. Ces commissions ont, dans les entreprises, le droit d'obtenir des renseignements et de consulter tout document nécessaire à l'exécution de l'enquête (art. 360b al. 5 CO).

Enfin, les partenaires sociaux se voient, dans certains cas, confier également un rôle procédural dans le contentieux judiciaire. En particulier, ils disposent de la qualité pour recourir

⁴⁴⁰ Cf. le document « *Pour la justice sociale : l'engagement suisse à l'Organisation internationale du travail* » (disponible ici : https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Internationale_Arbeitsfragen/IAO.html, consulté en dernier lieu le 15 mai 2018).

⁴⁴¹ http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_369026.pdf (consulté en dernier lieu le 15 mai 2018).

⁴⁴² À ce propos, cf. Mahon, p. 57.

⁴⁴³ RS 172.061.

⁴⁴⁴ Voir à ce sujet: <http://www.ekas.admin.ch/index-fr.php?frameset=22> (consulté en dernier lieu le 15 mai 2018).

⁴⁴⁵ Cf. Mahon, p. 57.

⁴⁴⁶ Cf. ci-dessus, ch. 73 ss.

⁴⁴⁷ Cf. https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/freier-personenverkehr-ch-eu-und-flankierende-massnahmen/tripartite-kommission-des-bundes.html (consulté en dernier lieu le 15 mai 2018).

contre les décisions des organes d'exécution de la LTr (art. 58 LTr). De plus, les partenaires sociaux disposent de la qualité pour agir pour les actions prévues à l'art. 9 al. 1 et 2 LCD (cf. art. 10 al. 2 let. a LCD), et en particulier pour mener l'action découlant de l'art.7 LCD visant à faire cesser ou à empêcher un acte de concurrence déloyale par l'inobservation, par une ou plusieurs entreprises, des conditions de travail légales ou contractuelles qui sont également imposées à la concurrence ou qui sont conformes aux usages professionnels ou locaux⁴⁴⁸.

371 Les rôles et fonctions des partenaires sociaux dont il a été question ci-dessus viennent, bien entendu, s'ajouter à leur fonction originelle de mener les négociations collectives, qui s'accompagne du droit de conclure des CCT et d'en requérir l'extension.

2. Effets de la digitalisation sur le tripartisme

372 Les auteur-e-s de la présente étude n'ont pas l'ambition d'émettre une opinion exhaustive sur les effets de la digitalisation sur le tripartisme en Suisse et auprès de l'OIT. Nous avons mis en évidence les nouvelles questions juridiques posées par les profondes mutations du marché du travail (incertitudes grandissantes sur l'identité des travailleurs et sur celle des employeurs ; externalisation de tâches vers l'étranger ; travail fourni en Suisse pour un employeur étranger, sans détachement de travailleur, etc.) et par les nouvelles formes d'exécution du travail (robotisation, télétravail, nomadisme, *crowdwork*, etc.).

373 Lorsqu'on confronte ces évolutions à la lumière du système suisse de droit du travail, qui s'appuie – jusqu'à présent avec succès – sur le partenariat social et sur le tripartisme, on ne peut qu'insister sur le fait qu'il est indispensable que les partenaires sociaux se saisissent de ces nouvelles questions afin d'adopter des solutions mesurées et adaptées à la branche ou à la profession. On constate également que certains aspects de la « *révolution digitale* » ont un caractère structurel (en particulier, les effets transnationaux) qui requerront nécessairement l'intervention de l'Etat et la mise en œuvre de solutions tripartites.

3. Champs d'action possibles pour appréhender les aspects transnationaux de la digitalisation du travail

374 De nouvelles pistes de réflexions devraient également être ouvertes, à notre sens, concernant les moyens à mettre en œuvre pour favoriser et étendre le champ d'action des partenaires sociaux – et donc le degré de couverture par des conventions collectives de travail. Ainsi, on peut penser notamment aux pistes suivantes :

- La réflexion évoquée ci-dessus sur le champ d'application des CCT et l'intégration éventuelle de « *travailleurs indépendants* » ou de « *travailleurs digitaux* » devra être traitée aussi à un niveau tripartite. En effet, les questions fondamentales de l'assujettissement aux assurances sociales doivent être clarifiées au niveau de la loi. Le niveau matériel de protection sociale est en effet nettement inférieur pour les indépendants qu'il ne l'est pour les personnes exerçant une activité dépendante. De plus, la généralisation du travail indépendant aura d'importantes conséquences pour le financement des assurances sociales : sur ces questions, le rôle des partenaires sociaux n'est que

⁴⁴⁸ Sur cette action, cf. Meier/Pärli, ch. 296 ss et Meier, Concurrence, p. 102 ss.

subsidaire. Il faut toutefois vérifier aussi dans quelle mesure ces personnes pourraient se prévaloir des dispositions d'une CCT. Ces questions peuvent faire l'objet de discussions tripartites, car elles dépassent les seuls partenaires sociaux et ont des larges impacts économiques et sociaux. Les questions liées au for judiciaire et à l'arbitrabilité des litiges doivent également être appréhendées par la loi⁴⁴⁹. On intégrera dans la réflexion la question de savoir si et dans quelle mesure ces personnes doivent être intégrées pour établir si les quorums requis pour l'extension d'un CCT sont remplis, ou encore pour les seuils en cas de licenciement collectifs ou d'obligation de négocier un plan social. On réfléchira même à la question de savoir si et dans quelle mesure la délégation de certaines tâches à une plateforme (directement ou par l'intermédiaire du *crowdworking*) constitue en réalité un transfert d'entreprise⁴⁵⁰.

- Le renforcement du partenariat social et du degré de couverture des travailleurs par des CCT pourra être envisagé sous deux angles : tout d'abord, il nous paraît indispensable de souligner la nécessité de maintenir et d'encourager, comme c'est le cas actuellement en Suisse, la négociation collective au niveau de la branche. En effet, une négociation au seul niveau de l'entreprise pourrait rendre les rapports de travail moins flexibles, car la mobilité des travailleurs ne serait pas encouragée, ni d'ailleurs leur formation continue⁴⁵¹.
- Ensuite, il paraît nécessaire d'entamer une réflexion sur les conditions d'extension des CCT et la possibilité d'étendre l'extension facilitée à d'autres cas que ceux prévus par l'art. 1a LECCT⁴⁵². La question de savoir si les quorums imposés en vue d'une extension ordinaire d'une CCT doivent être maintenus, assouplis ou supprimés devrait également faire l'objet de recherches plus approfondies. Cette discussion aura lieu sur le terrain politique et non juridique. Cette discussion est désormais en cours, puisque le Conseiller national PLR Olivier Feller a déposé le 6 mars 2017 une initiative parlementaire intitulée « *Pour un partenariat social moderne* », laquelle souligne que « *dans la pratique, ces quorums peinent à être atteints dans certains cas, notamment du côté des employeurs dans des branches économiques où un grand nombre de micro-entreprises emploient chacune un très petit nombre de travailleurs* »⁴⁵³.
- La « *délocalisation digitale* » présente, au niveau économique, de nombreux points communs avec les problématiques liées à la libre circulation des personnes, en ce qu'elle porte un risque intrinsèque de dumping salarial et social. En Suisse, l'Etat et les partenaires so-

Cf. ci-dessus, ch. 173.

Cf. ci-dessus, ch. 131.

Cf. sur cette question, avec un aspect de droit comparé, Meier, *New Employment*, p. 114 ss et les références.

Cf. ci-dessus, ch. 68 ss et 86 ss.

Objet 17.406, initiative parlementaire de M. Olivier Feller : , consulté en dernier lieu le 16 mai 2018. Le 23 avril 2018, la commission de l'économie et des redevances du Conseil national a donné suite à cette initiative.

ciaux sont parvenus à mettre en place des mesures efficaces pour lutter contre les effets négatifs de la libre circulation⁴⁵⁴. Les auteurs de la présente étude estiment qu'il est nécessaire d'entamer rapidement des réflexions sur la possibilité d'utiliser des outils similaires pour réagir aux effets transfrontaliers de la digitalisation du travail. Outre l'extension facilitée des CCT mentionnée ci-dessus, on pourrait notamment explorer l'idée d'une obligation d'annonce similaire à celle prévue par la LDét, qui s'appliquerait soit lorsqu'un employeur suisse délocalise des tâches (directement ou par *crowdworking*), soit lorsqu'un employeur sis à l'étranger fait travailler des personnes sur le territoire suisse sans détachement, ou encore même lorsque du travail destiné au marché suisse est exécuté entièrement à l'étranger⁴⁵⁵. Une application par analogie du droit des marchés publics pourrait être envisagée⁴⁵⁶, de même qu'un raisonnement similaire à celui de la responsabilité sociale des entreprises (*corporate social responsibility, CSR*)⁴⁵⁷.

- Enfin, de par leur importance et leur complexité, les questions relatives à la santé et à la sécurité au travail nous paraissent également devoir être saisies au niveau du tripartisme, en plus du niveau des partenaires sociaux, dans un cadre défini par les thèmes « *Digitalisation/flexibilisation/santé* »⁴⁵⁸. On portera, dans ce cadre, une attention toute particulière à la protection des données, puisque les nouvelles technologies permettent (en théorie en tout cas) une surveillance précise et constante du travailleur. Il serait bienvenu d'inclure ces réflexions dans la révision (en cours) de la Loi fédérale sur la protection des données⁴⁵⁹.

Chacune des pistes de réflexion proposées ici nécessiterait une réflexion approfondie et des recherches juridiques, ainsi que des recherches sur leur effet économique. Elles sont ici évoquées dans le but d'entamer cette discussion.

375

VIII. Brèves réflexions sur l'avenir des normes internationales de travail dans le contexte de la digitalisation

Les considérations qui suivent n'ont pas d'ambition scientifique : elles sont essentiellement descriptives et visent à exposer l'état actuel de l'« *initiative des normes* » qui est en cours à l'OIT⁴⁶⁰.

376

Les normes internationales du travail sont des instruments juridiques élaborés par les mandants de l'OIT (gouvernements, employeurs et travailleurs) qui définissent les principes et les droits minimums au travail. Il s'agit soit de conventions, qui sont des traités internatio-

377

Cf. ci-dessus, ch. 73 ss.

Cf. ci-dessus, ch. 143 ss.

Cf. ci-dessus, ch. 169.

Cf. ci-dessus, ch. 170.

Cf. ci-dessus, ch. 172 s. et 345.

Cf. ci-dessus, ch. 320 s.

(consulté en dernier lieu le 15 mai 2018).

naux juridiquement contraignants, pouvant être ratifiées par les États Membres, soit de recommandations, qui servent de principes directeurs ayant un caractère non contraignant. Souvent, une convention énonce les principes fondamentaux qui doivent être appliqués par les États qui l'ont ratifiée, tandis que la recommandation correspondante complète la convention en proposant des principes directeurs plus précis sur la façon dont cette convention pourrait être appliquée. Il y a également des recommandations autonomes, c'est-à-dire qui ne sont liées à aucune convention⁴⁶¹.

Aujourd'hui, l'OIT a émis 189 conventions (traités internationaux soumis à ratification des États membres) et 204 recommandations (instruments non contraignants portant quelquefois sur les mêmes sujets que les conventions ; elles sont des directives servant à orienter les politiques et pratiques nationales).

378

Sont considérées comme fondamentales les 8 conventions qui traitent de quatre questions considérées comme des principes et droits fondamentaux au travail : liberté syndicale et droit de négociation collective, abolition du travail des enfants, élimination de toute forme de travail forcé, élimination de la discrimination en emploi. Ces principes ont été consacrés par la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail de 1998⁴⁶². À l'heure actuelle, plus de 1 367 ratifications ont été enregistrées pour ces conventions, ce qui représente 91.4 pour cent du nombre possible de ratifications. Il manque encore 129 ratifications pour atteindre l'objectif de la ratification universelle de toutes les conventions fondamentales⁴⁶³.

379

En 2012, une « *crise normative* » a partiellement paralysé le fonctionnement de l'OIT⁴⁶⁴ ; l'« *initiative des normes* » est le résultat des discussions difficiles qui ont suivi cette crise⁴⁶⁵. Ces mesures comprenaient la mise en place du mécanisme d'examen des normes et, à cette fin, la création d'un groupe de travail tripartite composé de 16 membres gouvernementaux, huit membres employeurs et huit membres travailleurs. La Suisse fait partie de ce groupe de travail.

380

Le mandat du groupe de travail était de statuer sur les suites à prévoir pour les 63 instruments – dont 36 conventions et 27 recommandations – qui ont été identifiés précédemment comme obsolètes. « *Les discussions en cours portent sur les liens entre les procédures, l'accessibilité des règles et pratiques, le processus de présentation des rapports et la portée de la mise en œuvre des normes : des sujets qui ne soulèvent pas de désaccord. Un consensus minimal existe sur les principes qui doivent guider le renforcement du système de contrôle ; la formalisation de rencontres et discussions entre les organes de contrôle ; l'examen du fonctionnement de la procédure prévue à l'art. 24 Cst. OIT et la rationalisation accrue du processus de présentation des rapports (...)* La lenteur des décisions, la difficulté à trouver un accord sur le fond d'un véritable renforcement du système impliquent que la sécurité juridique n'est toujours pas garantie. Aucune discussion sur les conditions de recevabilité

381

Tout le paragraphe : (consulté en dernier lieu le 15 mai 2018).

Berset Bircher/Meier, p. 4. Le texte de la Déclaration est accessible ici : (consulté en dernier lieu le 15 mai 2018).

Cf. (consulté en dernier lieu le 15 mai 2018).

Berset Bircher/Meier, p. 10.

Pour plus de détails, y compris sur la médiation suisse, cf. Berset Bircher/Meier, p. 10 s.

n'a pu avoir lieu non plus. »⁴⁶⁶. À ce jour, seules 6 conventions ont fait l'objet d'une proposition d'abrogation en raison de leur obsolescence⁴⁶⁷. Les discussions se poursuivent concernant les autres instruments.

382 Vu ce qui précède, on pourrait craindre que la vénérable institution ne se trouve dans une autre temporalité que celle exigée par les défis liés à la digitalisation dans le monde du travail. Il est clair que les transformations liées à la digitalisation n'auront ni les mêmes effets ni les mêmes impacts en Suisse (voire en Europe) que dans le reste du monde. Cette discrédance prononcée explique sans doute en partie la lenteur des travaux de mise à jour des instruments de l'OIT. Ce contexte international ne devrait, toutefois, pas décourager les partenaires sociaux suisses de prendre à bras le corps les problématiques liées à la digitalisation, y compris en requérant, quand cela s'avère nécessaire, l'intervention de l'Etat pour agir sur des problématiques systémiques.

383 Au niveau de l'OIT, il paraîtrait sensé de lancer des réflexions sur plusieurs sujets liés à la digitalisation. On pense en particulier, comme mentionné plus haut, aux effets transnationaux qui seront nécessairement apportés par les nouvelles technologies⁴⁶⁸. Le fort principe de territorialité du droit du travail et des CCT pourrait notamment laisser un espace pour de nouvelles normes internationales du travail, qui pourraient permettre de mieux appréhender le champ d'action des normes.

Berset Bircher/Meier, p. 12.

⁴⁶⁷ Il s'agit des conventions n° 50, 64, 65, 86, 104 et 21. On y ajoutera la recommandation de retrait ou de remplacement des recommandations suivantes : R. 61, R. 62, R.7, R. 57, R. 60, R. 88, R. 87, R. 101, R. 117, R. 150, R. 119, R. 127, R. 112, R. 53, R. 55, R. 123, R. 196.

Voir ci-dessus, ch. 168 ss.

IX. Bibliographie - Literaturverzeichnis

Doctrine et jurisprudence ont été pris en compte jusqu'au 15 mai 2018

ANDERMATT ARTHUR, Koalitions- und Streikrecht, in ANDERMATT ET. AL. (Hrsg.), Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Bâle 2009.

AUBERT GABRIEL, L'obligation de paix du travail, thèse, Genève 1981.

AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich, Bâle, Genève, 2003.

AUBRY GIRARDIN FLORENCE, La protection du salarié en droit public : incidences sur le droit privé du travail in WYLER RÉMY/MEIER ANNE/MARCHAND SYLVAIN (Ed.), Regards croisés sur le droit du travail : *Liber Amicorum* pour Gabriel Aubert, Genève 2015, p. 27 ss (cité : AUBRY GIRARDIN, *Liber Amicorum*).

AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Santé et sécurité au travail : étude de droit suisse et communautaire, thèse, Zurich 1995 (cité : AUBRY GIRARDIN, thèse).

BAUMGARTNER ALEX, Industrial Relations in der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Baden-Baden 2013, p. 362 ss.

BERSET BIRCHER VALÉRIE/MEIER ANNE, L'impact du droit international en droit suisse du travail, in Panorama III de droit du travail (WYLER RÉMY Ed.), Lausanne 2017, pp. 579-637.

BOVET CHRISTIAN, Le droit de la concurrence en tant que droit social in WYLER RÉMY/MEIER ANNE/MARCHAND SYLVAIN (Ed.), Regards croisés sur le droit du travail : *Liber Amicorum* pour Gabriel Aubert, Genève 2015, p. 41 ss.

BRANDES ULF, GEMMER PASCAL, KOSCHEK HOLGER, SCHÜLTEN LYDIA, Management Y – Agile, Scrum, Design Thinking & Co: So gelingt der Wandel zur attraktiven und zukunftsfähigen Organisation, 2014.

BRUCHEZ CHRISTIAN *ad* art. 356 CO in ANDERMATT ET. AL. (Ed.), Droit collectif du travail Bâle 2010.

BRÜHWILER JÜRIG, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319-343 OR, 3ème éd., Bâle 2014.

BUHR AXEL/SCHRAMM DOROTHEE, Kommentar zu Artikel 1.32, 129-142 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht, in FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/MÜLLER-CHEN MARKUS (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht : Internationales Privatrecht (Art. 1-200 IPRG), 2ème éd., Zurich 2012.

CIRIGLIANO LUCA, La Numérisation, défi pour le droit du travail ?, in Jusletter 06.02.2017.

CONSEIL FÉDÉRAL, Conséquences de la numérisation sur l'emploi et les conditions de travail : opportunités et risques. Rapport du Conseil fédéral donnant suite aux postulats 15.3854 Reynard du 16 septembre 2015 et 17.3222 Derder du 17 mars 2017, Berne, 8 novembre 2017 (<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/50255.pdf>).

CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport sur les principales conditions-cadre pour l'économie numérique du 11 janvier 2017, <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-65223.html> (cité : Rapport du 11 janvier 2017).

CONSEIL FÉDÉRAL, Conséquences juridiques du télétravail, Rapport du Conseil fédéral du 16 novembre 2016 en réponse au postulat 12.3166 Meier-Schatz, <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2016/2016-11-16/ber-br-f.pdf> (cité : Rapport télétravail).

CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport concernant la formation continue en droit du travail du 9 avril 2003, https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsmarkt/Informationen_Arbeitsmarktforschung/bericht-des-bundesrates-zur-weiterbildung-im-arbeitsrecht.html (cité : Rapport formation continue).

DAEDELLOW ROMY, Beschäftigtendatenschutz und DSGVO, Digma 1/2017, p. 34 ss.

DÄUBLER WOLFGANG, Arbeitsrecht und Wettbewerb, in WYLER RÉMY/MEIER ANNE/MARCHAND SYLVAIN (Ed.), Regards croisés sur le droit du travail : *Liber Amicorum* pour Gabriel Aubert, Genève 2015, p. 95 ss (cité : DÄUBLER, *Liber Amicorum*).

DÄUBLER WOLFGANG, Herausforderungen für das Arbeitsrecht - Deregulierung, Globalisierung, Digitalisierung, in AuR 2016 Heft 8, p. 325 ss (cité: DÄUBLER, Herausforderungen).

DÄUBLER WOLFGANG, Internet und Arbeitsrecht, Web 2.0, Social Media und Crowdwork, 5ème éd., Francfort-sur-le-Main 2015 (cité : DÄUBLER, Internet und Arbeitsrecht).

DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL/BOUVERAT CATHERINE/BRÜGGER NICOLAS/HASSISÈNE INÈS/MADER MÉLANIE, Etude sur la protection accordée aux représentants des travailleurs, Neuchâtel 2015, <https://www.newsadmin.ch/newsd/message/attachments/41059.pdf> (cité : DUNAND/MAHON, Représentants).

DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL/MATTHEY FANNY/RUSSO ALFIO, Etude sur la protection en cas de grève licite, Neuchâtel 2016, <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/whistleblowing/studie-streik-cert-f.pdf> (cité : DUNAND/MAHON, Grève).

EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Ed.), Die schweizerische Bundesverfassung, Zurich 2014.

EIDG. DATENSCHUTZ- UND ÖFFENTLICHKEITSBEAUFTRAGTER EDOEB, Leitfaden über Internet- und E-Mailüberwachung am Arbeitsplatz, Berne 2013, <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00683/00690/00934/index.html>.

EUROFOUND AND THE INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, Working anytime, anywhere: The effects on the world of work, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Genève 2017.

FAVRE CHRISTIAN/MUNOZ CHARLES/TOBLER ROLF A. (Ed.), Le contrat de travail, code annoté, Lausanne 2010.

FRITZ MAX/SCHULER CARLA, Die Mitwirkung im Arbeitsverhältnis, Ein Handkommentar für die Praxis zum Mitwirkungsgesetz sowie zu weiteren mitwirkungsrelevanten Gesetzen, 2ème éd., Zurich 2012.

FULD STÉPHANIE/MICHEL JEAN-TRISTAN, Le Portage Salarial : analyse en droit du travail et des assurances sociales suisses, in Jusletter 22.10.2012.

FÜNDLING CAROLINE/SORBER DOMINIK, Arbeitswelt 4.0 - Benötigt das BetrVG ein Update in Sachen digitalisierte Arbeitsweise des Betriebsrats? NZA, 2017, p. 552 ss.

GEISER THOMAS, Entwicklungen im Arbeitsrecht, SJZ 111/2015, p. 359 ss (cité : GEISER, Entwicklungen).

GEISER THOMAS, Interne Untersuchungen des Arbeitgebers: Konsequenzen und Schranken, AJP 20 (2011), p. 1047 ss (cité : GEISER, interne Untersuchungen).

GEISER THOMAS, Weiterbildung im Arbeitsrecht, recht 2011, p. 118 ss (cité : GEISER, Weiterbildung).

GEISER THOMAS, MÜLLER ROLAND, Das schweizerische Arbeitsrecht und der Wirtschaftsstandort Schweiz, in : Rechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz. Festschrift 25 Jahre juristische Abschlüsse an der Universität St. Gallen (HSG), Zurich 2007.

GEISER THOMAS/UHLIG KAI-PETER, Der Gesamtarbeitsvertrag im Konzern ZBJV 146/2010, p. 1 ss.

GIRSBERGER DANIEL/VOSER NATHALIE, International Arbitration, 3ème éd., Zurich 2016.

GREBNER SIMONE ET AL., Résumé de l'Étude : Le stress chez les personnes actives occupées en Suisse - Liens entre conditions de travail, caractéristiques personnelles, bien-être et santé, https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Studien_und_Berichte/stressstudie-2010-stress-bei-schweizer-erwerbstaetigen---zusamm.html.

JUNKER ABBO, Die Einflüsse des europäischen Rechts auf die personelle Reichweite des Arbeitnehmerschutzes – Der Arbeitnehmerbegriff in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, EuZA 2016, p. 184 ss.

KARTHAUS BORIS, Mangelnde Beteiligungsfähigkeit des Algorithmus im betriebsverfassungsrechtlichen Beschlussverfahren, NZA 2017, p. 558 ss.

KELLER STEFAN, Der Gesamtarbeitsvertrag – ein Kartell?, sic! 2009, p. 214 ss.

KNECHT MICHAELA/HÄMMIG OLIVER, Ecole polytechnique fédérale de Zurich, Manque d'équilibre entre vie professionnelle et vie privée et troubles affectant le dos, 2008, https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Studien_und_Berichte/mangelnde-work-life-balance-und-rueckenschmerzen---ausgewaehlte-.html.

KUHLMANN MARTIN/SCHUHMAN MICHAEL, Digitalisierung fordert Demokratisierung der Arbeitswelt heraus in HOFFMAN REINER/BOGEDAN CLAUDIA (Hrsg.), Arbeit der Zukunft: Möglichkeiten nutzen - Grenzen setzen, Francfort-sur-le-Main 2015, p. 122 ss.

LOCHER THOMAS/GÄCHTER THOMAS, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 4ème éd., Berne 2014.

MAHON PASCAL, Réglementation du travail, Droit et vie économique, Lausanne 1984.

MEIER ANNE, Droit collectif du travail et droit de la concurrence, SJ 2017 II 93 (cité : MEIER, Concurrence).

MEIER ANNE, Le compte épargne-temps en droit suisse du travail in WYLER RÉMY/MEIER ANNE/MARCHAND SYLVAIN (Ed.), Regards croisés sur le droit du travail : *Liber amicorum* pour Gabriel Aubert, Genève 2015, p. 213 ss (cité : MEIER, *Liber Amicorum*).

MEIER ANNE, *The New Employment Relationship. How “Atypical” Work Contracts Challenge Employment Law, Labour Law and Social Security Systems, A Comparative Legal Study*, Dike Verlag, Zurich 2014 (cité : MEIER, *New employment*).

MEIER ANNE, *Pour un retour de la notion d’intégration dans la définition du contrat de travail*, ARV/DTA, Berne 2013, p. 97 ss (cité : MEIER, *intégration*).

MEIER ANNE, *L’engagement de musiciens : contrat de travail ou contrat d’entreprise ? — étude des contrats de service en droit suisse et en droit américain*, thèse, Genève 2013 (cité : MEIER, *thèse*).

MEIER ANNE/PÄRLI KURT, *Contrôle des conditions de travail par les partenaires sociaux*, Zurich 2018.

MEIER ANNE / SEILER ZOÉ, *Des usages au salaire minimum ? Réflexions sur l’avenir d’une vieille idée*, in : *Arbeit und Arbeitsrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag* (Roland Müller, Kurt Pärli, Isabelle Wildhaber éd.), Zurich 2017, pp. 245-258.

MEISSNER JENS O./WEICHBRODT JOHANN/HÜBSCHER BETTINA/BAUMANN SHERON/KLOTZ UTE/PEKRUHL ULRICH/GISIN LEILA/GISLER ALEXANDRA, *Flexible neue Arbeitswelt Eine Bestandsaufnahme auf gesellschaftlicher und volkswirtschaftlicher Ebene*, TA-Swiss-Studie, Zurich 2016 (cité : MEISSNER ET. AL., *TA-Swiss-Studie neue Arbeitswelt*).

MEISSNER JENS O./WEICHBRODT JOHANN/HÜBSCHER BETTINA/BAUMANN SHERON/KLOTZ UTE/PEKRUHL ULRICH/GISIN LEILA/GISLER ALEXANDRA, *Activité indépendante en solo, travailleurs-entrepreneurs, crowdworking et Cie : L’assouplissement du travail et ses conséquences*, Synthèse de l’étude « Flexible neue Arbeitswelt. Eine Bestandsaufnahme auf gesellschaftlicher und volkswirtschaftlicher Ebene », [https://www.ta-swiss.ch/?redirect=getfile.php&cmd\[getfile\]\[uid\]=2948](https://www.ta-swiss.ch/?redirect=getfile.php&cmd[getfile][uid]=2948) (cité : MEISSNER ET. AL., *Activité indépendante*).

METTLING BRUNO, *Transformation numérique et vie au travail*, 2015, http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_mettling_-_transformation_numerique_vie_au_travail.pdf.

METZ MARKUS, *Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum kollektiven Arbeitsrecht*, ARV 2006, p. 161 ss.

MÜLLER ROLAND/HOFER CÉLINE/STENGEL MANUEL, *Arbeitsort und Arbeitsweg*, AJP/PJA 4/2015, p. 565 ss.

MÜLLER THOMAS, *Braucht es ein Unternehmensjuristengesetz?*, Jusletter 21.09.2009. NIGGLI

MARCEL ALEXANDER/MAEDER STEFAN, *Kommentar zu Art. 35 DSG*, in Maurer-Lambrou Urs/Blechta Gabor P. (Ed.), *Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz und Öffentlichkeitsgesetz*, 3ème éd., Berne 2014, p. 626 ss.

OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE, *Le télétravail à domicile en Suisse 2001-2015*, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/culture-medias-societe-information-sport/societe-information/indicateurs/teletravail.html>.

ORDOLLI GENEVIÈVE, *Intranet et internet dans les rapports collectifs de travail*, Genève 2013.

PÄRLI KURT, *Die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation des Einkommens von Uber-Fahrern/innen*, Jusletter, 12.06.2017 (cité : PÄRLI, *Qualifikation*).

PÄRLI KURT, Uber – Gutachten vom 10. Juli 2016. https://ius.unibas.ch/uploads/publics/44647/20170303161127_58b9879fe0384.pdf.

PÄRLI KURT, Neue Formen der Arbeitsorganisation: Internet-Plattformen als Arbeitgeber, ARV/DTA 2016, p. 244 ss (cité : PÄRLI, ARV).

PÄRLI KURT, Neue Formen der Arbeitsorganisation: Internet-Plattformen als Arbeitgeber, Arbeitsrecht (ARV) 2016, 4, p. 243 ss (cité : PÄRLI, Neue Formen).

PÄRLI KURT, Die unterschätzte Bedeutung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR für das Arbeitsrecht, AJP/PJA 2015, p. 1672 ss (cité : PÄRLI, EMRK).

PÄRLI KURT, Schutz der Privatsphäre am Arbeitsplatz in digitalen Zeiten – eine menschenrechtliche Herausforderung, EUZA 2015, p. 48 ss (cité : Pärli EUZA). PÄRLI KURT, Betriebliche Zutrittsrechte der Gewerkschaften aus Arbeitsrecht und Gesamtarbeitsvertrag, Aktuelle juristische Praxis 11 (2014), 1454 ss (cité : PÄRLI, Zutritt).

PÄRLI KURT, Die Bedeutung von Art. 11 EMRK für die Gewerkschaftsrechte, in Bäni Eva-Maria/Obrist Angela (Ed.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zurich/Saint-Gall 2014, p. 435 ss (cité : PÄRLI, Festschrift).

PÄRLI KURT, Evaluieren, kontrollieren, überwachen: Datenschutz in Arbeitsverhältnissen, in: KIESER UELI/PÄRLI KURT (Ed.), Datenschutz im Arbeits-, Versicherungs- und Sozialbereich: Aktuelle Herausforderungen, Referate der Tagung vom 29. November 2011 in Luzern, Saint-Gall 2012, p. 29 ss (cité : PÄRLI, Evaluieren).

PÄRLI KURT, Urteil 6B_536/2009 der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 12. November 2009, digma 10 (2010), p. 76 ss (cité : PÄRLI, digma).

PORTMANN WOLFGANG/NEDI RAHEL, Neue Arbeitsformen - Crowdwork, Portage Salarial und Employee Sharing in Breitschmid, Peter; et al. Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung: Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag. Zurich, 2015, p. 525 ss.

PORTMANN WOLFGANG/RUDOLPH ROGER, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 66ème éd., Bâle 2015.

PREIS ULRICH/WIEG FLORIAN, Weisungsrecht nach Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung in einer mobilen Arbeitswelt – Kritische Überlegungen zur Rechtsentwicklung, AuR 2016, p. 313 ss.

RIEMER-KAFKA/STUDER VIVIANE, Digitalisierung und Sozialversicherung – einige Gedanken zum Umgang mit neuen Technologien in der Arbeitswelt, SZS 4/2017, p. 354 ss.

REHBINDER MANFRED, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15ème éd., Berne 2001.

RIEGER ANDREAS, Développement et importance des CCT en Suisse, in ANDERMATT ET AL. (Ed.), Droit collectif du travail Bâle 2010.

ROSENTHAL DAVID/JÖHRI YVONNE, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zurich 2008.

RUDOLPH ROGER, Die Neuregelung der Arbeitszeiterfassungspflicht, AJP 2016, p. 145 ss.

SCHNEIDER JACQUES-ANDRÉ, Les conventions collectives et la prévoyance professionnelle : un nouveau développement, in WYLER RÉMY/MEIER ANNE/MARCHAND SYLVAIN (Ed.), Regards croisés sur le droit du travail : *Liber Amicorum* pour Gabriel Aubert, Genève 2015, p. 285.

SCHNYDER ANTON K./LIATOWITSCH MANUEL, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 3ème éd., Zurich 2011, p. 174 ss.

SECO, Aide-mémoire sur le service de piquet, 2016, https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Merkblätter_und_Checklisten/merkblatt-zum-pikettdienst.html.

SECO, Commentaire de l'Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail, version de mai 2014, <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitsgesetz-und-Verordnungen/Wegleitungen/Wegleitung-zur-ArGV-1.html>.

SECO, Rapport Bilan des CCT, version de mai 2014, https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Personenfreizuegigkeit_und_Arbeitsbeziehungen/Studien_und_Berichte/bericht-gav-standortbestimmung.html.

SECO et Haute école d'économie et de psychologie appliquée, Rapport sur les horaires de travail flexibles en Suisse, 2012, https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Studien_und_Berichte/flexible-arbeitszeiten-in-der-schweiz---auswertung-einer-repraes.html.

SECO, Wegleitung zur Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz, Berne 1995, p. 1-3 *ad* art. 26, <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitsgesetz-und-Verordnungen/Wegleitungen/wegleitung-zur-argv-3.html>.

STEINER OLIVIER, Die arbeitnehmerähnliche Person – Auf Phantomsuche in der schweizerischen Rechtslandschaft, ArbR 2008, p. 65 ss.

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7ème éd., Zurich, Bâle, Genève 2012.

SUPIOT ALAIN (sous la direction de), Au-delà de l'emploi, Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe, Flammarion, Paris 1999.

TSCHUDI HANS PETER, Humanisierung der Arbeit durch die Rechtsordnung, dans : BÖCKLI PETER ET AL. (Ed.), Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag, Zurich 1983, p. 477 ss.

UFFMANN KATHARINA, Digitalisierung der Arbeitswelt, NZA 2016, p. 977 ss.

UNION SYNDICALE SUISSE (USS) Mindestlöhne: Situation und Handlungsbedarf. Bericht der SGB-Expertengruppe Mindestlohn, Zurich 2011.

VISCHER FRANCK/ALBRECHT ANDREAS C., Zürcher Kommentar, Art. 356-360f OR. Der Arbeitsvertrag, Band V/2c - Das Obligationenrecht, Zurich 2006 (cité : ZK-Vischer/Albrecht).

VÖGELI ANDREAS, Europäische Ebene, Die Scheinselbstständigkeit im Kontext der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit, in: Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Rüssli, Markus et al. (Ed.), Zurich 2012, p. 741 ss.

VON KAENEL ADRIAN, Die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers, ARV/DTA 2009, p. 2s. (cité : VON KAENEL, ständige Erreichbarkeit)

VON KAENEL ADRIAN, Medizinische Untersuchungen und Tests im Arbeitsverhältnis, ArbR 2006, p. 93 ss (cité : VON KAENEL, Tests).

VON KAENEL ADRIAN, *in* GEISER THOMAS/VON KAENEL ADRIAN/WYLER RÉMY, Loi sur le travail, Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, Commentaire, Berne 2005.

WITZIG AURÉLIEN, L'ubérisation du monde du travail. Réponse juridique à une évolution économique, ZSR, Band 135 (2016), I, Heft 5, p. 457 ss.

WOLFER SIMON, Die elektronische Überwachung des Arbeitnehmers im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, thèse, Lucerne, Zurich 2008.

WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, 3^e éd., Berne 2014.