

La numérisation met le partenariat social à l'épreuve

Dans de nombreux emplois, un ordinateur portable et une connexion Internet suffisent pour remplir le cahier des charges. Le chevauchement des périodes de travail et de temps libre qui en résulte place les partenaires sociaux face à un défi. *Kurt Pärli, Anne Meier*

Abrégé La numérisation s'accompagne de nouvelles formes d'organisation du travail et modifie le travail lui-même. Le décloisonnement du travail dû au chevauchement entre temps de travail et loisirs, la surveillance intégrale ainsi que la difficulté de cataloguer les nouvelles formes d'organisation du travail dans le droit du travail existant constituent un important défi. À l'ère numérique, comment maintenir la protection des employés ? Face aux nouveaux problèmes, le précieux instrument du partenariat social qu'est la convention collective de travail (CCT) permet d'expérimenter souplement des solutions adaptées aux réalités des branches. Il importe alors de donner la définition la plus large possible de la notion de « travailleur » afin d'inclure un nombre maximum d'employés dans une CCT. Pour des raisons relevant notamment du droit des cartels, il faut refuser d'inclure des indépendants travaillant seuls dans une CCT.

La mondialisation et la numérisation modifient les formes de production et de distribution tout en créant de nouveaux modèles commerciaux, à l'image des plateformes de partage qui servent d'intermédiaires entre les fournisseurs et les destinataires de services. Le travail lui-même change aussi : les processus de traitement s'accroissent et les exigences augmentent en matière de formation initiale et continue. Parallèlement, les lieux de travail et de domicile, et donc les temps de travail et de loisirs, se chevauchent : cela favorise certes une existence autonome, mais peut aussi nuire à la santé et à la vie sociale. Enfin, l'augmentation des volumes de données exige une meilleure protection des secrets d'entreprise et permet une surveillance plus étroite des collaborateurs.

Pour le droit du travail et des assurances sociales, ces changements constituent un défi de taille. Le droit du travail, en particulier le droit collectif du travail, se fonde en effet sur les notions de « salarié », d'« employeur » et d'« entreprise ». Or, cette distinction n'est parfois plus très claire sur les plateformes numériques,

où les différentes étapes de travail s'organisent de manière complexe : qui est vraiment l'employeur, qu'est-ce qu'une entreprise ? À cet égard, le partenariat social est également sollicité puisqu'une convention collective de travail (CCT) implique des employeurs et des employés ou des associations d'employeurs et des syndicats. Des questions fondamentales touchant au droit collectif du travail se posent aussitôt : par exemple, les indépendants ou les personnes assimilées aux salariés relèvent-ils d'une CCT ?

Le droit collectif du travail est au cœur du partenariat social. Il régit les relations entre les employeurs et les employés ou leurs associations respectives. Le fait que le cadre juridique permette la représentation collective des intérêts doit contribuer à renforcer la protection des travailleurs. Les dispositions impératives du droit individuel du travail et du droit public du travail vont dans le même sens.

Sur cette toile de fond, nous avons été mandatés par le Secrétariat d'État à l'économie (Seco) pour étudier l'évolution prévisible du partenariat social¹.

Qu'est-ce qu'un contrat de travail ?

Une CCT présuppose des rapports de travail entre employeurs et salariés. Selon le code des obligations (CO), ces relations sont régies par un contrat individuel de travail. Dans ce cadre, « 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) »². Un contrat de travail possède donc quatre caractéristiques : fourniture d'une prestation de travail (le résultat n'est pas dû),

¹ Anne Meier, Kurt Pärli et Zoë Seiler (2018), *Le futur du dialogue social et du tripartisme dans le contexte de la digitalisation de l'économie*.

² Art. 319 CO.

indemnisation, rapport juridique se déroulant dans la durée et subordination.

Le critère de «subordination» n'est pas toujours approprié, compte tenu de la demande accrue, liée notamment à la numérisation, d'aptitudes en auto-organisation –du moins pour le travail qualifié. Une plus grande autonomie dans les rapports de travail ne signifie pas pour autant qu'une personne n'a pas besoin d'être protégée par le droit du travail. Nous sommes intégrés dans une entreprise, même en télétravail et en pouvant gérer librement son temps: un simple smartphone et un ordinateur portable suffisent à prouver ce lien.

En principe, s'il existe un contrat de travail, l'employé fait face à un employeur. L'employeur est celui qui peut exiger de l'employé la prestation garantie par le contrat. Sa position ne dépend pas du fait qu'il soit un entrepreneur ou qu'il exploite une entreprise gérée selon des critères commerciaux. Une même personne peut être à la fois employeur et travailleur. C'est le cas lorsqu'elle 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 salarié peut aussi avoir une relation de travail en plus de son emploi. En tant que «clickworker», par exemple, il peut exécuter des commandes pour des tiers sur la base d'un mandat ou d'un contrat d'entreprise via une plateforme Internet.

L'élément déterminant n'est donc pas de savoir si une personne est employeuse ou employée, mais si une prestation déterminée est effectuée dans le cadre d'un contrat de travail ou d'un autre type de contrat. Le droit du contrat de travail considère l'employeur non seulement comme partenaire contractuel de l'employé, mais aussi comme détenteur de la souveraineté en matière d'organisation de l'entreprise.

La question des indépendants «en solo»

Face à l'expansion croissante des formes de travail indépendant à venir, on peut se demander si les CCT doivent s'étendre aux indépendants dits «en solo», soit les personnes travaillant seules, sans employés.

Une CCT est en soi une forme de cartel puisque des accords sectoriels sur les salaires et les conditions de travail équivalent à un accord sur les prix. L'ordre juridique suisse admet néanmoins ces restrictions à la libre concurrence en réaction à la supériorité économique des employeurs sur les employés. En droit des cartels, le principe selon lequel «les travailleurs ne sont pas des entreprises» s'applique. Les syndicats sont donc exclus du champ d'application de la loi sur les cartels. Le droit des cartels joue ainsi comme un miroir avec le droit du travail: si un indépendant «en solo» – un entrepreneur au sens du droit des cartels – est rattaché à une CCT qui prévoit un «salaire minimum», il en résulte un accord de prix. Le droit en vigueur s'oppose donc à la possibilité d'accorder la compétence de conclure des conventions collectives à une association professionnelle qui comprend des «indépendants en solo». Autrement dit, ceux-ci n'ont pas le droit de négocier une CCT.

Pour que les employés de la plateforme et d'autres personnes en relation précaire puissent bénéficier de la protection d'une CCT, il est nécessaire de donner au concept de «travailleur» une définition aussi large que possible. Les personnes assimilées ou analogues à un travailleur et qui ont besoin d'une protection collective devraient donc elles aussi entrer dans le champ d'application de la CCT. Les restrictions du droit des cartels ne sont ici pas pertinentes.

La surveillance progresse

Avec la numérisation, les processus opérationnels deviennent plus standardisés et plus transparents – et les possibilités de contrôle des entreprises sur leurs employés augmentent. Les entreprises essaient de répondre aux attentes croissantes des autorités, des clients et de l'opinion publique par des règlements de conformité («compliance») de plus en plus étoffés. Par conséquent, la surveillance des travailleurs s'intensifie.

Les développements technologiques de ces dernières années ont considérablement élargi les possibilités de surveillance et de contrôle

Les indépendants «en solo» n'ont pas le droit de négocier une CCT.

du personnel. L'appariement et l'analyse de données permettent aux employeurs d'obtenir des informations précises sur le comportement de leurs employés. Les possibilités de surveillance sont multipliées par le chevauchement croissant entre temps de travail et temps libre ainsi qu'entre lieux de travail et espaces privés. Bien que des règles juridiques existent pour se prémunir contre une surveillance abusive, 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.

Renforcer la participation

Dès lors, que faire ? Les partenaires sociaux ont une carte à jouer face à des dispositions légales incomplètes et largement inefficaces. Il est possible de trouver des solutions qui répondent aux besoins des branches, des entreprises et des employés en prenant en compte les divers intérêts en présence : tandis que la protection de la personnalité et de la vie privée est prioritaire pour les travailleurs, les employeurs ont un intérêt légitime à acquérir et utiliser les données de leurs employés.

Il s'agit aussi de renforcer la participation dans les entreprises. Assurer dans ce cadre des structures démocratiques est indispensable à la protection de la vie privée et de la personnalité. La numérisation exige de toute façon une démocratisation du monde du travail, car 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 procédures. Si, en même temps, les structures de direction et d'organisation

procèdent d'une approche descendante (« top-down ») et que les salariés n'ont guère de droits de participation, il existe une contradiction évidente. La codécision et l'aménagement participatif sont des éléments constitutifs essentiels d'un travail qualifié : en renforçant la coopération au-delà des frontières techniques, sectorielles et hiérarchiques, une entreprise peut tirer le meilleur parti des opportunités de la numérisation – ce qui doit conduire à la démocratisation des décisions au sein de l'entreprise.

Les droits de participation inscrits aujourd'hui dans la législation ne constituent qu'une norme minimale. Les partenaires sociaux sont ainsi libres de renforcer la participation dans le cadre des CCT. Il est également permis de définir de manière détaillée le rôle des syndicats dans la participation au sein des entreprises.

Il est clair que la numérisation ne s'arrêtera pas, ni l'essor des plateformes d'emploi. Mais nous ne restons pas impuissants face à cette évolution : les conditions de travail peuvent être adaptées à l'ère numérique et les partenaires sociaux ont dans ce contexte un rôle particulier à jouer. Leur proximité avec le monde du travail les rend naturellement aptes à trouver des solutions pratiques aux questions et aux problèmes du droit du travail. Les transformations qui accompagnent la numérisation leur offrent l'occasion d'essayer, dans le cadre de CCT, des solutions que le législateur sera susceptible de reprendre ultérieurement.

Kurt Pärli

Professeur de droit privé social, université de Bâle

Anne Meier

MSS Law, Genève