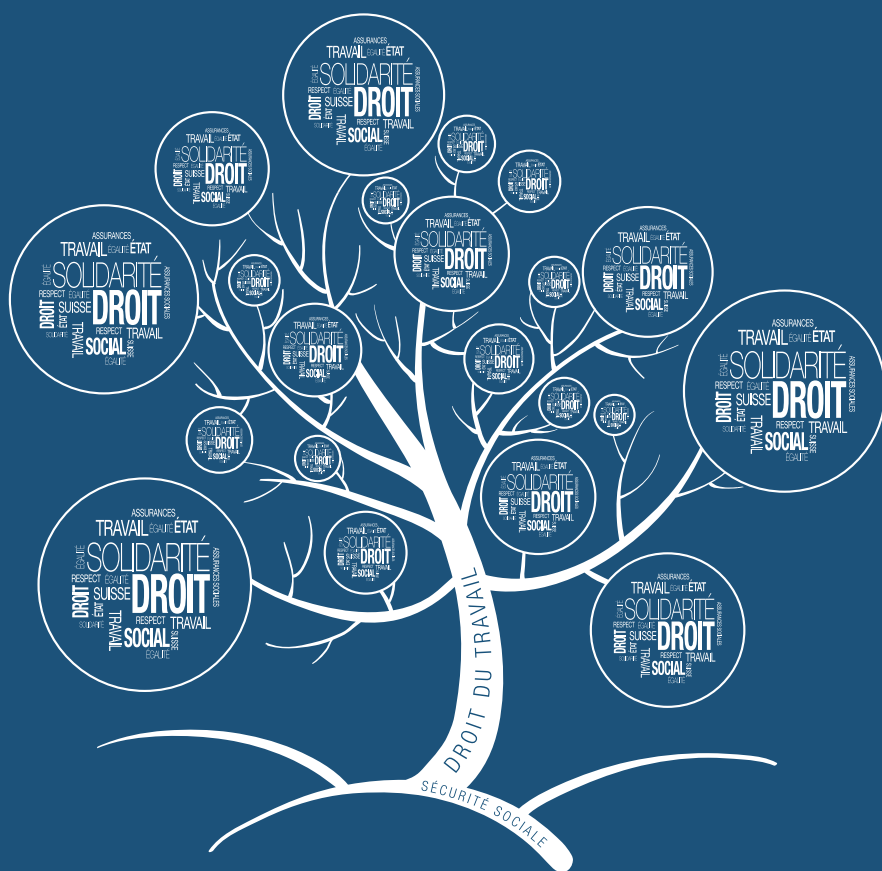


L'OIT ET LE DROIT SOCIAL EN SUISSE : 100 ANS ET APRÈS ?

Actes du colloque organisé par le Pôle Berenstein à l'occasion
des 100 ans de l'Organisation internationale du Travail

ÉDITÉ PAR STÉPHANIE DAGRON/ANNE-SYLVE DUPONT/KARINE LEMPEN



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE



PÔLE BERENSTEIN
DROIT DU TRAVAIL
ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE



EDITIONS JURIDIQUES LIBRES
FREIER JURISTISCHER VERLAG

L'OIT et le droit social en Suisse : 100 ans et après ?

édité par

Stéphanie Dagron
Anne-Sylvie Dupont
Karine Lempen

Pôle Berenstein, Faculté de droit, Université de Genève

www.unige.ch/droit/berenstein/

ISBN 978-2-88954-014-3 (print)

ISBN 978-2-88954-015-0 (pdf)

© 2019 Pôle Berenstein, Faculté de droit, Université de Genève, Genève

Editions juridiques libres (Freier juristischer Verlag)

Les Editions juridiques libres (EJL | FJV) sont une maison d'édition juridique suisse fondée par un groupe de chercheurs en droit.

Sans but lucratif, les EJL publient des ouvrages scientifiques en allemand, français, italien et anglais à destination de tous les professionnels du droit suisse. Au sein de leurs collections, les EJL accueillent tout type d'ouvrage scientifique de qualité (monographie et thèse, ouvrage collectif, commentaire, revue, etc.), qu'il s'agisse des travaux de chercheurs indépendants ou issus d'institutions publiques de recherche.

Les ouvrages publiés aux EJL sont disponibles au format numérique, gratuitement et en intégralité (open access). Des exemplaires papier de leurs publications sont également disponibles au moyen d'un système d'impression à la demande.

Les EJL ont pour triple objectif d'améliorer l'accessibilité des publications juridiques, d'en réduire les coûts pour les institutions et les particuliers, ainsi que d'en améliorer le bilan écologique.

Toutes les publications des EJL | FJV sont en accès libre et gratuit sur

<https://www.ejl-fjv.ch/>



La présente œuvre est soumise à une licence Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0. L'utilisation, la reproduction, le partage de l'œuvre sont notamment autorisés à condition : (i) d'attribuer l'œuvre à son auteur ; (ii) de ne pas exploiter l'œuvre commercialement ; (iii) de ne pas effectuer de modifications de l'œuvre. Le logo « open access », créé par The Public Library of Science (PLOS), est soumis à une licence CC BY-SA 3.0.

Avant-propos

En 2019, les trois professeures soussignées ont fondé un Pôle de compétences en droit du travail et de la sécurité sociale. Rattaché à la Faculté de droit de l'Université de Genève, ce Pôle porte le nom d'Alexandre Berenstein, professeur à la Faculté (1951-1970) et juge fédéral (1970-1980), en hommage à sa contribution marquante au développement du droit social en Suisse et sur le plan international.

A l'occasion du centenaire de l'Organisation internationale du Travail (OIT), le Pôle Berenstein a organisé un colloque intitulé « L'OIT et le droit social en Suisse : 100 ans et après ? ». L'évènement s'est tenu le 10 mai 2019 à l'Université de Genève avec le patronage de la Commission nationale tripartite pour les affaires de l'OIT. Nous tenons à remercier les institutions qui ont contribué financièrement à sa réalisation, à savoir le Rectorat de l'Université de Genève, le Global Studies Institute (GSI) et le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO).

Premier volume d'une collection destinée à fleurir au fil des années, cet ouvrage réunit les contributions présentées lors du colloque susmentionné. Il est préfacé par Monsieur le Professeur Jean-Michel Servais, ancien Directeur du BIT, Président d'honneur de la Société internationale de droit du travail et de la sécurité sociale (SIDTSS) et membre du comité de la nouvelle Section suisse de cette société. Le livre se conclut par une postface signée par Madame l'Ambassadrice Valérie Berset Bircher, Cheffe de la section des Affaires internationales du travail au SECO et par Monsieur l'Ambassadeur Jean-Jacques Elmiger, ancien Chef de cette section, désigné pour présider la 108^{ème} session de la Conférence internationale du Travail en juin 2019.

Nous sommes très reconnaissantes à toutes les personnes qui ont pris le temps d'écrire un texte pour cet ouvrage malgré les tempêtes de « *deadlines* » frappant leurs agendas et l'intensification du rythme de travail caractéristique de notre époque. Nos remerciements vont aussi à Madame Caroline Aubry, étudiante-stagiaire à la Faculté de

droit, qui a fait preuve d'une grande diligence dans le travail d'édition du manuscrit. Nous avons apprécié la façon efficace dont s'est déroulée la collaboration avec les Editions juridiques libres (EJL) et son responsable de publication, Monsieur Adrien Vion. Le bel arbre qui étend ses branches sur la page de couverture a été planté par notre talentueux graphiste, Monsieur Raphaël Lourdin. Enfin, nous aimerions remercier Mesdames Vanessa Le Thanh et Francine Pinget, respectivement conceptrice Web et secrétaire à la Faculté de droit, de l'aide qu'elles nous ont apporté lors du lancement du Pôle Berenstein.

Genève, mars 2019.

Prof. Stéphanie Dagron
Prof. Anne-Sylvie Dupont
Prof. Karine Lempen

Sommaire

JEAN-MICHEL SERVAIS

Préface 1

SANDRINE KOTT

Quelles normes pour quelle justice sociale ?
100 ans d'histoire normative 7

ISABELLE DAUGAREILH

La mondialisation de l'économie :
un défi du XXI^{ème} siècle pour l'OIT 37

ANNE-SYLVE DUPONT

Le revenu de substitution en cas d'incapacité de travail
consécutive à une maladie 59

KARINE LEMPEN / MARIE MAJOR

Les normes de l'OIT et les discours sur le temps de travail
en Suisse. Vers un contrôle accru des personnes salariées
sur leur temps ? 81

JEAN-PHILIPPE DUNAND

La discrimination antisyndicale au sens de l'art. 1
de la Convention OIT n° 98 et sa portée en droit
privé suisse du travail 137

KURT PÄRLI

Les effets de la digitalisation sur le partenariat social 191

VALÉRIE BERSET BIRCHER / JEAN-JACQUES ELMIGER

Postface 221

Abréviations

ABIT	Archives du Bureau international du travail
ACI	Accords-cadres internationaux
ACT	Accords-cadres transnationaux
ad	au sujet de
AIPLT	Association pour la protection légale des travailleurs
al.	alinéa
AP	avant-projet
art.	article
BGMEA	Association des fabricants et des exportateurs de vêtements du Bangladesh
BO CE/CN	Bulletin officiel du Conseil des Etats / du Conseil national
c.	considérant
CAPH	Chambre des Prud'hommes
CCT	Convention(s) collective(s) de travail
CDESC	Comité des droits économiques, sociaux et culturels
CE	Conseil des Etats
CEACR	Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'OIT
CEDEF	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes
CF	Conseil fédéral
ch.	chiffre
CHF	Francs suisses
CIT	Conférence internationale du Travail
CLS	Comité de la liberté syndicale
CN	Conseil national

CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (RS 220)
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CRCIT	Compte-rendu des travaux de la Conférence internationale du Travail
CSSS	Commission de la sécurité sociale et de la santé publique
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
CTT	contrat-type de travail
DGB	Confédération allemande des syndicats
édit./édits	éditeur/s ou editrice/s
FF	Feuille fédérale
Ip.	Intervention parlementaire
ISO	Organisation internationale de normalisation
lv. pa.	Initiative parlementaire
LACI	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage (RS 837.0)
LAA	Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (RS 832.20)
LAI	Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (RS 831.20)
LAM	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur l'assurance militaire (RS 833.1)
LAMA	Loi fédérale sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents du 13 juin 1911 (abrogée) (RO 28 353)
LAMal	Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (RS 832.10)
LCA	Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (RS 221.229.1)

LEg	Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (RS 151.1)
let./lit.	lettre / <i>littera</i>
LTr	Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (RS 822.11)
MB	Moniteur belge
Mo.	Motion
n.	note de bas de page
N	numéro marginal
Obs. fin.	Observation finale
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OIT	Organisation internationale du Travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONU	Organisation des Nations Unies
p./pp.	page(s)
Pacte ONU I	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 1 décembre 1966 (RS 0.103.1)
Pacte ONU II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (RS 0.103.2)
PJA	Pratique juridique actuelle
Po.	Postulat
RDTSS	Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale
RFA	République fédérale d'Allemagne
RO	Recueil officiel du droit suisse
RS	Recueil systématique du droit suisse
RDB	Recueil systématique du canton de Berne
RDS	Revue de droit suisse

RS	Recueil systématique
RS/GE (RSG)	Recueil systématique du canton de Genève
RS/VD (RSV)	Recueil systématique du canton de Vaud
s./ss	et suivant(e) / et suivant(e)s
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie
SFIO	Section française de l'Internationale ouvrière
SJ	Semaine judiciaire
SSP	Syndicat des services publics
TC-VD	Tribunal cantonal vaudois
TIC	Nouvelles technologies de l'information et de la communication
TPH	Tribunal des Prud'hommes
TUAC	Trade Union Advisory Committee, Commission syndicale internationale consultative
UE	Union européenne
USS	Union syndicale suisse

Abkürzungen

Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AHVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.10)
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
ALV	Arbeitslosenversicherung
ArbR	Archiv für schweizerisches Abgaberecht
ArG	BG vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) (SR 822.11)
Art.	Artikel
ArGV 3	Verordnung 3 vom 18. August 1993 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsschutz)
ARV/DTA	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
ATSG	BG vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.1)
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
AVEG	Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen
AVG	Arbeitsvermittlungsgesetz
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts (amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht

BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVG	Berufliche Vorsorge
BVGE	Entscheide des schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts
DSG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (Datenschutzgesetz)
E.	Erwägung
ECLI	European Case Law Identifier
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention)
EntsG	Entsendegesetz
EO	Ersatzerwerbsordnung
ESC	Europäische Sozialcharta
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EVG	Eisenbahn- und Verkehrsgewerkschaft
f./ff.	Folgende Seite / Seiten
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
Hrsg.	Herausgeber
IAO	Internationale Arbeitsorganisation
IV	Invalidenversicherung
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge
revESC	revidierte Europäische Sozialcharta
Rz.	Randziffer
UNO-Pakt I	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, für die Schweiz in Kraft getreten am 18. September 1992 (SR o.103.1)
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte, für die Schweiz in Kraft getreten am 18. September 1992 (SR o.103.2).
UV	Unfallversicherung
WML	Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

Préface

JEAN-MICHEL SERVAIS *

Depuis cent ans, la justice sociale est au centre du mandat de l'Organisation internationale du Travail, l'OIT. La partie XIII du Traité de Versailles, qui a formé sa Constitution, déclarait en 1919, qu'elle constitue le fondement d'une paix universelle.

Sandrine Kott retrace l'histoire de l'Organisation, chronique d'une recherche permanente à concilier progrès économique et protection des travailleurs. La Suisse avait joué un rôle majeur dans le mouvement qui, avant la première guerre mondiale, conduisit à sa création. Elle avait œuvré, dès la fin du XIX^{ème} siècle, en faveur de l'élaboration de règles mondiales sur le travail. L'Association internationale pour la protection légale des travailleurs, ancêtre de l'OIT, avait élu Bâle pour siège en 1901. Genève fut choisie pour abriter celui de l'Institution nouvelle.

Vinrent bientôt la grande crise économique des années 1929-33 et la Deuxième Guerre mondiale. L'Organisation survécut au conflit, mais adopta à Philadelphie en 1944 une Déclaration qui actualisa sa mission. Le document mit l'accent sur la dignité du travail (il « n'est pas une marchandise »), sur l'affranchissement du besoin, sur l'importance des libertés d'association et d'expression et le rôle du tripartisme. Dans la foulée, furent votées entre 1948 et 1958 la plupart de ses normes fondamentales au travail, les conventions (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, (n° 100) sur l'égalité de rémunération, (n° 105) sur l'abolition du travail forcé et (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession). La Conférence internationale du Travail adopta par ailleurs l'instrument de base relatif à sécurité sociale, la convention n° 102 en 1952 et, en 1964, son équivalent sur la politique de l'emploi.

* Professeur invité à l'Université de Gérone (Espagne), ancien Directeur du Bureau international du travail, Président honoraire de la Société internationale de droit du travail et de la sécurité sociale.

Tous ces instruments ont été ratifiés par la Suisse, à l'exception du dernier.

La Confédération a pris un soin particulier à respecter ceux-ci, comme l'ensemble des conventions auxquelles elle a souscrit. L'atteste le peu d'observations critiques qu'elle a reçues des organes de contrôle. Anne-Sylvie Dupont étudie spécifiquement la réception des principes de l'OIT à propos du revenu de substitution en cas d'incapacité de travail consécutive à la maladie.

L'impact des normes internationales du travail a été maintes fois signalé sur les législations nationales, les tribunaux et sur les pratiques quotidiennes. Cette influence repose sur un système sophistiqué de supervision des dispositions ratifiées par les Etats, construit sur des procédures de rapports réguliers et de plaintes, combinant comités tripartites représentatifs et commissions d'experts indépendants. Le crédit en revient également à un corps de fonctionnaires dévoués auxquels on ne peut rendre en quelques lignes qu'un hommage abstrait, non décrire les longues journées de travail, les heures creuses, les doutes, l'anxiété et la peine face aux drames rencontrés, tout ce qui par-delà les mots demeure le non-dit.

A la fin du XX^{ème} siècle, la révolution technologique et les bouleversements politiques en Europe centrale et orientale symbolisés par la chute du mur de Berlin rendirent l'univers plus ouvert aux échanges. Les effets n'en furent pas tous positifs, surtout à l'égard de celles et de ceux qui éprouvaient bien de l'embarras pour s'adapter à une mondialisation accélérée. La concurrence aigüe induite par ce processus poussa nombre de pays et d'entreprises à assouplir les règles protectrices. La fin de la guerre froide des deux blocs rivaux laissa davantage les pays en développement livrés à eux-mêmes et accrut leurs difficultés à faire coïncider progrès économique et avancées sociales.

Une Déclaration en 1998, puis un programme dit du « travail décent » lancé l'année suivante, ont cherché à adapter le rôle de l'OIT au changement de millénaire.

La première se focalise sur des droits jugés fondamentaux au travail : l'abolition du travail forcé ou infantile, la liberté d'association et de négociation collective, l'élimination des discriminations professionnelles. Jean-Philippe Dunand relève l'importance des deux dernières en traitant des pratiques antisyndicales.

Le second contient quatre objectifs stratégiques : créer des emplois, garantir les droits qui viennent d'être rappelés, assurer la protection sociale et du travail, favoriser le dialogue social. Il reprend ainsi les principes énoncés à Philadelphie en 1944, mais y introduit une mesure, la décence, qui n'y figurait pas. Cette notion sous-entend que les relations de travail demandent le respect de la personne du travailleur, spécialement de ses libertés essentielles. Elle implique une solidarité qui se manifeste par le dialogue social, mais aussi à travers l'extension de la sécurité sociale au sens large, comme en témoigne une recommandation n° 202 de 2012.

L'OIT prit acte des résistances à réaliser immédiatement l'ensemble de ses ambitions. Elle a donné une large priorité à la promotion de l'emploi, a préféré récemment recourir à la *soft law* plutôt qu'à des règles contraignantes, a appelé à des conditions de travail décentes sans plus, suffisantes, c'est-à-dire qui n'humilient pas les individus concernés pour reprendre les analyses du philosophe Avashai Margalit.

Néanmoins la terre a continué de tourner, et les innovations technologiques, de se multiplier. Faisant écho au rapport élaboré par l'OIT à l'occasion de son centenaire¹, Isabelle Daugareilh souligne les trois défis qui attendent l'Organisation : la mondialisation, l'informalisation et la digitalisation. L'économie numérique, celle des plates-formes électroniques, a bouleversé les relations sociales, déstabilisé les rapports entre ceux qui fournissent le travail et ceux qui le réalisent, comme l'observe Kurt Pärli examinant ses effets sur le partenariat social. La distinction cardinale entre emploi subordonné et activités indépendantes s'est désagrégée, celle entre horaires professionnels et vie privée est bousculée. La contribution de Karine Lempen sur la durée du travail en constitue une démonstration emblématique.

En même temps, l'on a perçu de plus en plus les dangers de cette « flexibilité » universelle, d'une concurrence sans pitié, d'une utilisation débridée des possibilités offertes par les nouveaux moyens de production et de communication. La question que pose aujourd'hui l'OIT dans les manifestations autour de son centenaire revient à s'interroger sur la

¹ OIT, *Travailler pour bâtir un avenir meilleur*, Rapport de la Commission mondiale sur l'avenir du travail 2019, Genève, BIT.

nécessité d'aller au-delà de la notion de travail décent ou de lui donner un sens qui réponde aux préoccupations nouvelles.

Prôner le dialogue social ne suffit plus à créer de l'emploi, à sécuriser les transitions dans les carrières professionnelles. Encore doit-on à la fois être capable de négocier à armes égales, intégrer au mouvement syndical ou à d'autres structures associatives les travailleurs précarisés et, selon les mots du syndicaliste français Marc Blondel, « avoir du grain à moudre » : il faut autre chose à mettre sur la table des discussions qu'une défense pure et dure de l'ouverture des marchés ou un effort désespéré de maintenir un *statu quo* tôt ou tard voué à l'échec. On ne pouvait trouver meilleur moment que la publication de ce livre, pour organiser une table ronde avec le patronat et les syndicats à propos de l'importante déclaration tripartite d'octobre 2018 sur l'avenir du travail et du partenariat social en Suisse.

Je voudrais jeter dans ces débats quelques réflexions que j'ai développées dans le cadre d'un projet – d'un pari ? – auquel je participe sur un droit commun « universalisable »². Elles portent sur l'utilité de s'inspirer du droit de la responsabilité général ou propre à des disciplines juridiques autres que sociales, sur la mise en question d'institutions traditionnelles de droit du travail, et sur une meilleure gouvernance dans la préparation à l'emploi et dans les modes de régulation.

L'accroissement du champ de la responsabilité correspond à une idée simple : n'est-il pas moralement et politiquement acceptable que le bénéficiaire réponde au moins solidairement à l'égard de ceux qui lui permettent de s'enrichir ou de profiter d'un autre avantage ? Certains instruments internationaux et plusieurs législations nationales utilisent déjà la responsabilité partagée, *in solidum* ou subsidiaire, pour imposer des devoirs à une entreprise utilisatrice de main-d'œuvre qui n'apparaît pas juridiquement comme l'employeur. Je citerai d'autres exemples : tant les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des multinationales que les lignes directrices préparées par John Ruggie et souscrites par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies demandent aux

² Voir le projet coordonné au Collège de France par M. Delmas-Marty et K. Martin-Chenut, Vers un jus commune universalisable ?, disponible sur « <https://www.pantheonsorbonne.fr/unites-de-recherche/isjps/presentation/equipes-de-lisjps/equipe-de-droit-compareet-internationalisation-du-droit/vers-unjus-commune-universalisable/> » (consulté le 16 janvier 2019).

grandes compagnies d'encourager leurs partenaires commerciaux, y compris leurs fournisseurs et leurs sous-traitants, à appliquer des principes de conduite des affaires qui soient conformes à leur contenu. Pourquoi ne pas s'en inspirer, comme l'a fait une loi française du 27 mars 2017 ?

Quand se développent le travail non subordonné et les formes instables d'emploi salarié, la protection du travail ne peut plus rester fondée seulement sur des *institutions du travail* héritées de la révolution industrielle. Plusieurs catégories de travailleurs se trouvent à la marge de la relation salariale. Il apparaît souvent malaisé de décider si un ouvrier à domicile, un livreur, un chauffeur de camion ou de taxi, un artiste, un journaliste doivent être considérés comme salariés ou comme indépendants. Quelquefois la législation étend à certains le bénéfice du droit du travail. Ailleurs la loi présume soit leur état de subordination, soit au contraire leur caractère autonome. Plusieurs droits ont institué une catégorie intermédiaire de travailleurs appelés « para-subordonnés » par les Italiens et protègent les intéressés comme tels. Une solution plus radicale consisterait évidemment à remplacer le critère de subordination juridique, dans tous les cas, par la dépendance économique.

Il convient en outre de veiller à la *bonne gouvernance* des mutations sociales. Les pays qui ont le mieux pris le tournant de la mondialisation possèdent, telle la Suisse, un système d'éducation et de formation professionnelle répondant, pour tous, aux besoins du jour. Ils veillent en outre à sa coordination réelle avec les politiques d'intégration ou de réintégration sur le marché de l'emploi, de détermination de l'âge de la retraite et d'accueil des migrants.

Autre point : des institutions de toutes natures, de droit public ou de droit privé, adoptent des normes d'impérativité variable, sans réelle articulation entre elles, si ce n'est de manière lâche au sein du système des Nations-Unies. Leur foisonnement donne une impression de désordre qui nuit à l'effectivité. Une meilleure coordination de ces dispositions constituerait un autre principe de bonne administration. Réguler plus clairement et plus utilement les relations et les conflits de travail qui dépassent les frontières d'un Etat devient également urgent.

Une préface doit être brève. Elle n'a d'autre objet que de relever l'intérêt d'un ouvrage. Je ne souhaite pas terminer celle-ci sans exprimer mes remerciements – ils sont chaleureux – aux Professeures Karine Lempen, Anne-Sylvie Dupont, Stéphanie Dagron d'avoir pris l'initiative d'organi-

ser un colloque à l'occasion du centenaire de l'OIT, et d'avoir dirigé la publication de ce beau livre qui lui sert d'appui.

Il y a peu de chance de comprendre quoi que ce soit à l'œuvre de cette Organisation ancienne si l'on ressent seulement de la nostalgie alors qu'un fort espoir affleure et que beaucoup attendent quelque chose de l'élan qui la porta jeune à rompre les liens où certains voulaient la tenir et partir, amarres larguées, à la recherche de sauvegardes sociales nouvelles. Les mondes disparus sont faits pour être refondés. Ce livre n'aborde certes pas tous les aspects de cette dynamique. Mais Montesquieu n'écrivait-il pas dans *l'Esprit des lois* qu'il ne faut pas toujours tellement épuiser un sujet qu'on ne laisse rien au lecteur. Il ne s'agit pas de faire lire, mais de faire penser.

Quelles normes pour quelle justice sociale ?

100 ans d'histoire normative

SANDRINE KOTT *

Table des matières

I.	Introduction	7
II.	Une organisation « productrice de normes »	10
	A. Les premières normes et les héritages du XIX ^{ème} siècle	10
	B. Les normes entre national et international	13
III.	Les normes et l'universel	16
	A. Pour quels travailleurs ?	17
	B. Pour quelles populations ?	19
	C. Les entorses à l'universalité	21
IV.	Repenser le système normatif	23
	A. Normes ou développement	23
	B. Les droits humains comme normes	25
	C. Les normes fondamentales : nouveau départ ou pis-aller	26
	Bibliographie	30

I. Introduction

La Constitution de l'Organisation internationale du Travail (OIT) s'ouvre sur ces lignes : « *Attendu qu'une paix universelle et durable ne peut être fondée que sur la base de la justice sociale* »¹. L'appel à la paix par la justice nous rappelle que l'OIT est une fille de la guerre. Sa constitution forme la partie XIII du Traité de paix de Versailles, elle a été discutée par

* Professeure au Département d'histoire générale de l'Université de Genève.

¹ Constitution de l'OIT du 28 juin 1919 (RS o.82o.1), préambule.

la Commission pour la législation internationale du travail qui s'est réunie en janvier 1919 à Paris en marge de la Conférence de paix et en parallèle à celle qui fonde la Société des Nations. Jusqu'en 1940, elle fonctionne comme une sorte d'agence technique de cette dernière². Sa naissance s'inscrit dans la continuité de l'Union sacrée nouée durant la Première Guerre mondiale, selon laquelle les sacrifices de la population constituent une dette que les gouvernements doivent honorer. Dans ce contexte, la fondation de l'OIT est une réponse aux revendications formulées par les syndicats des pays alliés qui durant la réunion de Leeds en 1916 avaient demandé que fût établie une organisation internationale du travail, sorte de parlement mondial au sein duquel seraient discutées et examinées les revendications sociales du mouvement ouvrier³. En 1919, la satisfaction de ces revendications ouvrières est d'autant plus urgente que les vagues révolutionnaires en Europe témoignent de la séduction exercée par la révolution bolchévique sur de larges parties de la classe ouvrière⁴. L'OIT, qui vise à promouvoir des réformes au sein de l'ordre économique et sociale existant, est clairement fondée comme une « alternative aux révolutions violentes »⁵ ; elle est d'ailleurs dénoncée par les communistes comme une organisation qui trahit les objectifs et les intérêts fondamentaux de la classe ouvrière.

L'OIT est donc un instrument de paix à deux égards. Son existence doit contribuer à protéger la paix entre les nations en garantissant les conditions d'une juste concurrence économique ; dès les origines elle est pensée et doit fonctionner comme une sorte d'agence sociale de la globalisation économique⁶. Elle est également le lieu de promotion d'un modèle de paix sociale fondé sur des réformes négociées entre les partenaires sociaux. En 1919, la Commission pour la législation internationale du travail rassemble ainsi des représentants du mouvement syndical international (Léon Jouhaux pour la Confédération générale du travail française et Samuel Gompers pour l'*American Federation of Labour* américaine), des membres des associations réformatrices, souvent

² Voir à cet égard TORTORA.

³ SHOTWELL, 23-29 ; RIEGELMAN, 64-65. Voir aussi TOSSTORFF, 399-433.

⁴ Voir à cet égard PHELAN, *L'OIT au service de la paix*, 664.

⁵ SHOTWELL, *Alternative*, 18-25.

⁶ C'est ce que souligne Albert Thomas le premier directeur du Bureau international du travail dans un article de 1924. Voir THOMAS, 241-261.

des hauts fonctionnaires (dont le français André Fontaine et le belge Ernest Mahaim) et des représentants des gouvernements (dont le britannique George Barnes et le tchécoslovaque Edvard Bénès). A ceux-là s'ajoutent ensuite, dans la Constitution de l'OIT, les représentants des employeurs. L'organisation du dialogue entre ces trois groupes (travailleurs, employeurs et gouvernements) fonde le tripartisme qui irrigue le fonctionnement de l'Organisation aussi bien lors de la Conférence annuelle du travail, sorte de parlement de l'Organisation, qu'au sein du Conseil d'administration qui en est l'exécutif⁷. Ce tripartisme s'inscrit dans une vision réformatrice libérale qui promeut la négociation entre travailleurs et employeurs sous l'égide de l'Etat. Celle-ci doit permettre de corriger la situation d'infériorité du travailleur, contraint de vendre sa force de travail pour subvenir à ses besoins, car, comme le proclame l'article 427 du Traité de Versailles : « le travail ne doit pas être considéré simplement comme une marchandise ou un article de commerce »⁸. Ce postulat est d'ailleurs durci dans la Déclaration de Philadelphie de 1944, vue comme la seconde naissance de l'Organisation, qui affirme tout simplement : « Le travail n'est pas une marchandise ».

Les fondateurs de l'OIT ne sont pas dupes, cette affirmation contredit la réalité du fonctionnement de l'économie capitaliste dans laquelle le travail est bien une marchandise. La fondation de l'OIT repose toutefois sur la conviction qu'il est possible de mettre en place des dispositifs de régulation du marché du travail permettant de protéger le travailleur et de « démarchandiser » le travail. Telle est la fonction des normes internationales discutées et élaborées par les instances tripartites de l'Organisation. Leur élaboration et leur diffusion constituent la principale raison d'être de l'OIT en 1919. Pour ses promoteurs, l'élaboration d'un code social international doit permettre de préserver la paix sociale et d'éviter le retour des guerres. Dans la suite de cette contribution nous questionnerons cet objectif originel et l'activité normative de l'OIT à travers trois prismes. Dans un premier temps, nous remonterons aux racines des conceptions réformatrices qui gouvernent l'activité normative de l'OIT et nous montrerons comment la fabrication du système normatif repose dès les origines sur les interactions entre les scènes

⁷ Sur le tripartisme, voir VOGEL POLSKY, *Tripartisme*. Voir aussi LOUIS, *Représentation*.

⁸ Sur l'origine de cette affirmation voir MOYNIHAN, *The United States*, 215-218.

nationales et internationales qui en orientent les objectifs et bornent les capacités d'action de l'OIT. Cette dialectique national/international nous conduira ensuite à interroger l'universalité du système normatif et ses limites dans une période de rapide expansion de ses membres. Enfin, nous nous demanderons dans quelle mesure les évolutions de l'activité normative de l'OIT lui permettent encore de remplir sa mission de justice sociale en fidélité à l'injonction : « le travail n'est pas une marchandise ».

A cette fin nous nous appuyons sur les publications et les sources produites par les fonctionnaires du Bureau international du travail (BIT), ou secrétariat de l'Organisation. Cela doit nous permettre de mettre en évidence la diversité des acteurs impliqués dans l'élaboration et la mise en œuvre du travail normatif. Cela seul permet d'en comprendre la portée et les limites.

II. Une organisation « productrice de normes »⁹

A. Les premières normes et les héritages du XIX^{ème} siècle

Le préambule de la Constitution de l'OIT énumère un certain nombre d'objectifs qui fondent l'activité normative de l'Organisation durant les années 1920 : « *[la] réglementation des heures de travail, la fixation d'une durée maximum de la journée et de la semaine de travail, le recrutement de la main-d'œuvre, la lutte contre le chômage, la garantie d'un salaire assurant des conditions d'existence convenables, la protection des travailleurs contre les maladies générales ou professionnelles et les accidents résultant du travail, la protection des enfants, des adolescents et des femmes, les pensions de vieillesse et d'invalidité, la défense des intérêts des travailleurs occupés à l'étranger, l'affirmation du principe « à travail égal, salaire égal », l'affirmation du principe de la liberté syndicale, l'orga-*

⁹ BONVIN.

nisation de l'enseignement professionnel et technique et autres mesures analogues ».

Ces objectifs s'inscrivent dans la continuité des revendications portées par le mouvement ouvrier international, comme des discussions qui s'étaient déployées durant tout le XIX^{ème} siècle dans une vaste nébuleuse réformatrice transatlantique¹⁰. Ce courant international de la réforme sociale se structure à la fin du XIX^{ème} siècle dans diverses associations internationales : le Comité permanent des accidents du travail et des assurances sociales fondé en 1898, l'Association internationale pour la lutte contre le chômage de 1910¹¹ et l'Association pour la protection légale des travailleurs (ci-après AIPLT) fondée en 1900. Cette dernière association regroupe des représentants de la haute fonction publique, de professeurs, d'employeurs et des syndicalistes. Elle dispose à partir de 1901 d'une bibliothèque et d'un secrétariat permanent placé sous la direction de l'économiste autrichien Stefan Bauer dans la ville suisse de Bâle. L'Organisation internationale du Travail s'inscrit dans la continuité directe de l'AIPLT dont elle hérite de la bibliothèque, du personnel, des modes de travail et, en particulier, du rôle d'élaboration de normes internationales du travail¹². En 1916, à Leeds les représentants syndicaux avaient d'ailleurs demandé que fût élaboré un Code international du travail par l'institutionnalisation de l'AIPLT.

La nature de ce Code comme les modalités de son élaboration sont au cœur des discussions de la Commission de législation internationale du travail en 1919. Durant la période de l'entre-deux guerres, l'OIT élabore et adopte 67 conventions ; c'est près d'un tiers des 189 conventions actuellement en vigueur qui sont adoptées entre 1919 et 1939, soit durant les vingt premières années d'existence d'une organisation centenaire¹³.

Cette activité normative se déploie selon trois axes qui reprennent ceux des législations sociales des pays industrialisés du monde transatlantique. Le premier qui donne lieu aux premières conventions en 1919,

¹⁰ RODGERS.

¹¹ GREGAREK, *Le mirage*, 103-118.

¹² VAN DAELE, *Engineering Social Peace*, 435-466. Voir aussi HERREN ; KOTT, *Transnational Reformist Network*, 383-418.

¹³ Voir Normlex. En réalité ce taux est encore plus élevé car une partie des conventions élaborées après 1945 sont une révision des conventions de l'entre-deux guerres (<http://www.ilo.org/normlex>).

relève de la protection du travailleur. La première convention qui recommande la journée de travail de huit heures, hautement symbolique, fait droit à une revendication centrale du mouvement syndical international. Les cinq autres conventions de 1919 protègent spécifiquement deux groupes : les enfants et les femmes ; d'autres groupes professionnels, les marins en particulier, seront également des bénéficiaires identifiés dans les années qui suivent. Les assurances sociales constituent le second domaine privilégié d'intervention de l'OIT¹⁴. Entre 1919 et 1936, la Conférence internationale du Travail adopte 16 conventions et 13 recommandations qui couvrent les trois branches de l'assurance classique : accidents (1925 et secondairement 1921), maladie (1927), invalidité-vieillesse décès (1933)¹⁵. Ce travail normatif concerne diverses catégories de population : ouvriers d'industrie, mais aussi travailleurs de la terre (Convention OIT n° 12 en 1925 et Convention OIT n° 25 en 1927), travailleurs migrants (Convention OIT n° 19 en 1925 et Convention OIT n° 48 en 1935)¹⁶. Entre 1919 et 1935 les assurances sociales figurent presque chaque année au programme des discussions de la Conférence internationale du Travail¹⁷. Le travail normatif reprend avec l'adoption de plusieurs recommandations en 1944 (en particulier Recommandation OIT n° 67 et Recommandation OIT n° 69) qui préfigurent la Convention OIT n° 102 « concernant la sécurité sociale » en 1952. Les grandes conventions encourageant la négociation et le dialogue social, le troisième pilier de l'activité normative, sont plus tardives. Ce sont les conventions de 1948 sur la liberté syndicale, puis de 1949 sur la négociation collective.

En 1919, les représentants italiens et français avaient imaginé que la Conférence internationale du Travail aurait pu adopter des textes qui se seraient imposés automatiquement aux Etats membres ; les britanniques étaient quant à eux favorables à un système de ratification quasi-

¹⁴ Voir PERRIN.

¹⁵ Je ne traiterai pas ici de l'assurance chômage qui fait l'objet d'une réflexion autonome et n'est pas prise en charge par la section des assurances sociales. Sur le chômage à l'OIT, voir les travaux suivants : LIEBESKIND-SAUTHER, *L'Organisation Internationale du Travail face au chômage* ; LESPINET-MORET/LIEBESKIND-SAUTHER, *Albert Thomas*, 157-179.

¹⁶ Pour une liste détaillée de ces conventions et recommandations et les textes, voir le site Normlex (<http://www.ilo.org/normlex>).

¹⁷ Un état général des lieux dans BIT, *L'Organisation internationale du Travail et les assurances sociales*, in *Etudes et rapports*, Série M (assurances sociales) 12, Genève, 1936.

automatique. Toutefois, sous la pression des négociateurs étatsuniens, le pouvoir de l'Organisation est réduit et jusqu'à aujourd'hui la mise en œuvre de ce Code international du travail est presque entièrement dépendante des parlements et gouvernements nationaux. Les recommandations discutées et adoptées lors de la Conférence internationale du Travail n'ont qu'une portée indicative tandis que les conventions doivent être soumises par les Etats membres à la discussion des parlements nationaux. Or les incitations à la ratification sont faibles car ratifier une convention exige que la législation du pays soit conforme au texte de l'OIT ; par ailleurs le gouvernement du pays se soumet alors à un système de supervision annuelle auquel il échappe s'il ne ratifie pas¹⁸. Cette procédure constitue une raison de l'enrayement précoce du système normatif comme l'atteste l'échec de la première convention, celle de la journée des huit heures qui, en dépit des efforts importants déployés par le Directeur du Bureau, Albert Thomas, n'est ratifiée par aucune des grandes puissances industrielles. Pour les syndicats, cet échec est vu comme une trahison de l'Organisation.

En réalité, cette « trahison » est surtout due au fait que l'élaboration des normes comme leur adoption et leur mise en œuvre sont très dépendantes de l'engagement des gouvernements et de divers acteurs nationaux ou internationaux.

B. Les normes entre national et international

Le nombre des ratifications des conventions a souvent été utilisé comme une mesure du rayonnement de l'Organisation et de sa réussite. En réalité, celles-ci constituent un processus complexe et dépendent d'équilibres sociaux et politiques nationaux changeants ; la mobilisation d'associations ou de groupes sociaux joue à cet égard un rôle important. Albert Thomas, le premier directeur de l'Organisation l'avait bien compris et voyait dans l'Association pour le Progrès social dont il avait impulsé la fondation en 1924-1925, une auxiliaire utile pour les campagnes de ratification dans les différents espaces nationaux¹⁹. Mais ce sont les

¹⁸ Sur tout ceci, voir les travaux de Francis Maupain, en particulier MAUPAIN, *Système de supervision*, 465-499.

¹⁹ KOTT, *Transnational Reformist Network*, 250-251.

syndicats qui constituent les alliés les plus précieux ; c'est ce dont témoigne la campagne de ratification de la Convention OIT n° 100 de 1951 sur « l'égalité des rémunérations entre la main d'œuvre masculine et féminine pour un travail de valeur égale ». Les ratifications sont très largement obtenues grâce aux pressions syndicales dans le contexte d'une compétition entre les syndicats communistes et réformistes sur la question de l'égalité des femmes²⁰. En République fédérale d'Allemagne, où le gouvernement démocrate-chrétien est très rétrograde sur la question de l'égalité hommes femmes, la Confédération allemande des syndicats (DGB) se saisit en 1954 de la Convention OIT n° 100 et c'est grâce à cet engagement syndical, et en particulier à celui de Thea Harmuth, qu'elle est finalement adoptée par le parlement puis ratifiée²¹. Cependant, il ne suffit pas que les conventions soient ratifiées pour que la législation évolue réellement. A titre d'exemple, le parlement de l'Allemagne de Weimar est le premier à ratifier la Convention OIT n° 3 de 1919 sur les congés des femmes en couche mais c'est seulement en 1965 que la législation de la RFA est réellement adaptée aux dispositions de la Convention. En revanche la Convention OIT n° 29 de 1927 sur l'assurance maladie est ratifiée d'autant plus facilement par le gouvernement allemand, qu'elle reprend largement les dispositions de la législation en vigueur dans ce pays.

L'histoire de cette Convention illustre bien comment l'élaboration normative repose sur un va-et-vient savant entre les fonctionnaires internationaux du BIT, et ceux des gouvernements nationaux²². Les fonctionnaires du Bureau se saisissent des questions mises à l'agenda par la Conférence et rédigent une première étude en s'inspirant des différentes expériences et solutions nationales. Celle-ci est soumise au Conseil d'administration puis un second document (rapport gris) plus détaillé est envoyé aux gouvernements et aux délégués de la Conférence. A l'issue de ce premier débat, les fonctionnaires du Bureau préparent un questionnaire qu'ils envoient aux gouvernements des différents Etats membres de l'Organisation (rapport bordeaux) et c'est sur la base des réponses qu'ils établissent une synthèse et des propositions (rapport

²⁰ Voir NEUNSINGER, *The Unobtainable Magic of Numbers*, 121-149.

²¹ Archives du Bureau international du travail (ci-après ABIT) RL 24-3-19 – J2. Rapport de Seib à Rens, 15 Octobre 1954. En général pour la situation en RFA, voir SCHULZ, 927-929.

²² KOTT, *Internationalisation*, 69-84.

bleu) soumises aux délégués tripartites d'une commission qui siège en marge de la Conférence internationale du Travail. Cette commission discute encore une fois le rapport avant de le soumettre au vote de l'Assemblée générale lors de la réunion de la Conférence. Les textes normatifs sont donc élaborés en étroite relation avec les acteurs nationaux, souvent les fonctionnaires des ministères du travail. L'ensemble du travail conventionnel est donc le résultat d'une longue activité de collecte de l'information pour laquelle les différents États-nations sont constitués en véritables réservoirs d'expériences²³. La légitimité même du « travail législatif » de l'OIT s'établit progressivement à mesure que les fonctionnaires de son Bureau sont en mesure de faire la preuve de leur « expertise » sociale²⁴. Le sérieux du travail documentaire réalisé et surtout le fait qu'il puisse constituer une référence indiscutable est essentiel tant pour les chances de succès des conventions que pour la pérennité de l'institution dont le financement dépend des contributions des gouvernements nationaux.

Le travail de collecte des documents et de confection des rapports prend donc rapidement une place centrale dans l'activité des fonctionnaires du Bureau. Dans les premières années, le déficit de personnel qualifié permet de justifier le recours à ceux que les fonctionnaires appellent les « experts ». C'est le cas tout particulièrement dans le domaine très actif des assurances sociales. En 1923, le service (puis section) des assurances, placé sous la direction d'Adrien Tixier²⁵, ne comprend que cinq membres parmi lesquels seul le juriste austro-

²³ ABIT, SI 1/0/24, lettre de Tixier à Thomas, 13 janvier. Au terme de l'article 396 du traité de paix, cette activité documentaire participe explicitement de la mission du Bureau et prolonge l'activité de l'Office du travail de Bâle qui, depuis 1901, jouait le rôle de bibliothèque européenne du social. La section des assurances sociales dispose rapidement d'un petit centre de documentation dans lequel les législations des différents États sont collectées et qui lui permet de répondre aux demandes d'informations émanant de différentes administrations nationales (non sans les avoir préalablement traduites dans les deux langues officielles).

²⁴ A partir des années 1930, le Bureau international du travail tendit d'ailleurs de plus en plus à se considérer comme une sorte d'agence technique du « social ». BIT, *Dix ans d'organisation internationale du travail*, Préface par Albert Thomas, Genève, 1931.

²⁵ Sur le rôle d'Adrien Tixier, ancien instituteur et mutilé de guerre, membre de la Section française de l'Internationale ouvrière (SFIO), voir la notice nécrologique qui lui est consacrée dans *Revue internationale du travail* (1946 : 1-5) et son dossier personnel : ABIT, P 217, Tixier.

tchèque Oswald Stein²⁶ est spécialiste des assurances. C'est ce qui justifie la constitution dès 1922 du Comité de correspondance pour les assurances sociales. Ce groupe d'experts, le premier de ce genre au BIT, compte alors 15 membres, puis 25 en 1929 et une centaine après réorganisation complète en 1930²⁷. Les administrateurs y sont nombreux car l'utilité de l'expert est largement liée à sa position institutionnelle dans les scènes nationales. Par ailleurs certaines nations dont la législation est plus avancée ou qui disposent d'institutions sociales plus solides sont en mesure de fournir une expertise plus aboutie ce qui contribue à établir la prédominance de certains modèles nationaux, en l'occurrence le modèle allemand dans les assurances sociales durant la période de l'entre-deux-guerres. Dans l'ensemble les normes de cette période portent la marque de la domination des pays occidentaux sur l'Organisation²⁸.

III. Les normes et l'universel

Durant l'entre-deux-guerres l'OIT est une organisation dominée par les pays européens. Sur les 51 nations représentées à la Conférence internationale du Travail en 1930, plus de la moitié sont non-européennes, mais tous les chefs de service du Bureau de l'Organisation et cinq des huit pays qui envoient des représentants au conseil d'Administration sont européens. Le travail normatif est fortement influencé par les standards européens et s'inscrit dans la tradition de législations qui se sont développées au cours du XIX^e siècle pour répondre à la question sociale telle qu'elle a été pensée à mesure du développement du salariat et de la grande industrie. Cela a deux effets : les normes sont adaptées à un groupe restreint de travailleurs et elles apparaissent décalées par rapport aux réalités économiques et sociales des pays faiblement industrialisés. Ce double décalage interroge, dès les origines, l'universalité proclamée des normes.

²⁶ Oswald Stein, né en Bohême en 1895, a fait ses études Prague et à Vienne où en 1918 il est fonctionnaire au ministère des Affaires sociales. Il dirige le service à partir de 1937, alors que Tixier devient sous-directeur du Bureau. Voir sa notice nécrologique dans *Revue internationale du travail* (1944 : 139-144) et son dossier personnel : ABIT P 1289, Stein.

²⁷ BIT, *L'organisation internationale du travail et les assurances sociales*, Genève, 1936.

²⁸ GUERIN, 77.

A. Pour quels travailleurs ?

La Constitution de 1919 circonscrit clairement le groupe des travailleurs qui sont la cible des conventions de l'OIT : ce sont des salariés comme cela ressort de l'article 427 du Traité de Versailles, selon lequel « *les hautes parties contractantes [reconnaissent] que le bien-être physique, moral et intellectuel des travailleurs salariés est d'une importance essentielle au point de vue international* ». Dès les origines, tous les travailleurs n'ont donc pas vocation à être couverts par le travail normatif de l'OIT et les gouvernements comme les employeurs des grands pays industriels n'ont eu de cesse de vouloir en limiter la portée. Le fait que de nombreuses conventions ne s'adressent qu'à des groupes professionnels spécifiques peut être vue comme une réponse à cette difficulté. La première bataille est livrée par le gouvernement français qui considère qu'en légiférant sur le travail agricole, l'OIT outrepassse ses compétences. L'Organisation gagne toutefois le droit de le faire en 1922 devant la Cour permanente de justice internationale. Mais surtout l'exclusion des travailleurs non-salariés a largement contribué à la marginalisation sociale des femmes dont le travail se déroule largement dans la sphère domestique²⁹. A cet égard, la Convention OIT n° 189 de 2011 sur les travailleuses et travailleurs domestiques constitue un moment important dans l'histoire de l'OIT. La Convention s'ouvre en effet par un préambule qui souligne la nécessité de prendre en compte toutes les catégories de travailleurs, et en particulier les plus marginalisées : « Consciente de l'engagement pris par l'Organisation internationale du Travail de promouvoir le travail décent pour tous » et plus loin « Considérant que le travail domestique continue d'être sous-évalué et invisible (...), que dans les pays en développement où les opportunités d'emploi formels sont historiquement rares, les travailleurs domestiques représentent une proportion significative de la population active de ces pays et demeurent parmi les plus marginalisés »³⁰. Avec la Convention OIT n° 189, l'Organisation, sous la pression de syndicats et groupes de pression puissamment organisés internationalement, prend donc à bras le corps

²⁹ Sur la question de la prise en compte des femmes à l'OIT durant l'entre-deux guerres, voir THÉBAUD ; voir également THÉBAUD, *Difficult Inroads*, 50-74.

³⁰ Voir Normlex : <https://www.ilo.org/normlex>.

la question des travailleurs, et surtout travailleuses, en marge du secteur formel³¹.

La question de l'informalité fait en réalité l'objet d'une réflexion au sein de l'OIT à partir du début des années 1970. L'Organisation « découvre » la question du secteur ou du travail informel en marge du Programme mondial pour l'emploi lancé en 1969. Dans ses publications officielles, l'OIT définit alors ce secteur comme fonctionnant en dehors du système de la réglementation étatique³². Les travailleurs de ce secteur, très nombreux dans le domaine agricole, sont surreprésentés dans les pays en développement et constituent jusqu'à 92 % des travailleurs indiens de nos jours. Jusque dans les dix dernières années ces travailleurs étaient largement, mais pas complètement, en marge des normes de l'OIT³³.

Toutefois, cette différence de statut entre les travailleurs occidentaux et ceux des pays en voie de développement s'enracine en réalité dans une histoire plus longue et est liée à la manière dont l'OIT a abordé la question du travail en situation coloniale. Durant la période de l'entre-deux guerres, l'OIT qui est dominée par les deux puissances coloniales (la France et la Grande-Bretagne) accepte l'inégalité de traitement entre les travailleurs des métropoles et ceux des colonies. Selon l'article 421 du Traité de paix, les membres « s'engagent à appliquer les conventions auxquelles ils auront adhéré, conformément aux stipulations de la présente partie du présent traité, à celles de leurs colonies ou possessions et à ceux de leurs protectorats qui ne se gouvernent pas pleinement eux-mêmes, mais sous les réserves suivantes : 1° Que la convention ne soit pas rendue inapplicable par les conditions locales ; 2° Que les modifications, qui seraient nécessaires pour adapter la convention aux conditions locales, puissent être introduites dans celle-ci. ». Ces deux dispositions permettent aux gouvernements des puissances coloniales de ne pas étendre aux travailleurs des territoires dépendants les bienfaits des conventions qu'ils ont ratifiées³⁴. C'est seulement à partir de 1947 que les populations colonisées peuvent bénéficier des mêmes droits que

³¹ Sur cela, voir BONNER/HORN/JHABVALA, *Informal Women Workers*, 176-201.

³² BERNARDS, *The Global Governance of Precarity*, 77-96.

³³ TREBILCOCK, *International Labour Standards*.

³⁴ Sur la position britannique voir HIDALGO-WEBER, 193-235.

celles des métropoles. Toutefois elles continuent à rester lettre morte dans la mesure où la plupart des conventions de l'OIT ne sont pas adaptées aux travailleurs en situation coloniale : ceux des plantations par exemple, échappent largement aux réglementations étatiques. L'application des Conventions d'assurance sociale aux travailleurs dans les territoires désormais qualifiés de « non métropolitains » fait d'ailleurs l'objet de discussions au sein d'un comité d'experts sur les politiques sociales dans les colonies (*Committee of Experts on Social Policy in Non-Metropolitan Territories*)³⁵ qui conclut à la nécessité d'accroître la productivité du travail de manière à faire financer par les travailleurs coloniaux eux-mêmes la politique sociale dont ils vont être les bénéficiaires.

La question de l'application des normes dans des pays moins développés des périphéries européennes : l'Europe balkanique d'abord, mais aussi les pays d'Amérique latine ou d'Extrême-Orient qui font partie des membres fondateurs de l'OIT, se pose en réalité dès les années 1930.

B. Pour quelles populations ?

Dès 1919, les délégations chinoise, japonaise et indienne parviennent à faire introduire dans la Constitution de l'OIT, l'article 405 qui leur permet d'échapper aux conventions ou d'obtenir des ajustements dans le but de préserver l'avantage économique comparatif dont ils disposent du fait du bas coût de leur main d'œuvre. En outre, les gouvernements de ces pays utilisent de manière systématique l'argument de leur sous-développement relatif pour ne pas ratifier les conventions de l'OIT³⁶.

Face à cela, l'Organisation déploie deux stratégies : la première consiste à accepter des ajustements à la norme. La seconde, repose sur l'envoi de missions techniques pour aider les gouvernements des pays moins développés à mettre en place des politiques sociales compatibles avec les normes de l'OIT.

Déjà en 1930, Adrien Tixier redéfinit ainsi la mission de la section des assurances sociales : « Au cours de mes voyages j'ai acquis la certitude

³⁵ Pour le contexte général voir COOPER, 218-224 et 362-369.

³⁶ Sur ce point voir PLATA-STENGER, *Sous-développement en Asie*.

que nous devons avant tout secondar les efforts des pays qui ont le désir de créer des systèmes nouveaux d'assurance ou de réformer les systèmes existants et qui, surtout hors d'Europe manquent d'expérience et de techniciens »³⁷. En réalité, ce souci n'est pas réservé aux pays moins développés. Tixier déploie des efforts importants pour influencer sur les discussions concernant la loi d'assurance française de 1927-1928 afin de la rendre compatible avec les conventions de l'OIT et d'ouvrir la voie aux ratifications³⁸. Mais c'est surtout sur les pays moins développés que les fonctionnaires du Bureau concentrent leurs efforts. Ils offrent d'abord leur assistance technique aux pays de la périphérie européenne et en particulier à ceux des Balkans³⁹ avant de se tourner vers l'Amérique latine. Adrien Tixier est en relation répétée avec le gouvernement roumain au début des années 1930 dans le but d'établir une législation d'assurances sociales unifiée⁴⁰. Il est très investi dans la rédaction de la législation grecque et le Bureau mandate le professeur de mathématiques et directeur de l'actuariat et de la statistique à l'Institut général des pensions de Tchécoslovaquie, Emil Schönbaum, comme expert pour conseiller le gouvernement grec lors des discussions entourant la loi de 1932⁴¹. Ce même Emil Schönbaum devient ensuite, durant la Seconde Guerre mondiale, conseiller technique auprès des gouvernements de nombreux pays d'Amérique latine (Mexique, Equateur, Bolivie, Chili, Paraguay, Venezuela)⁴². En 1938, l'actuaire tchèque, Anton Zelenka, envoyé au Venezuela⁴³ peut y collaborer avec des juristes ouverts aux influences internationales à la faveur d'un contexte de démocratisation progressive des institutions du pays. En 1940, le Venezuela adopte une loi d'assurances sociales qui reprend très largement les recommandations de la mission Zelenka et fait même, c'est suffisamment exceptionnel pour le signaler, explicitement mention de la collaboration du BIT⁴⁴. Cette assistance technique permet aux fonctionnaires du BIT de diffuser leur modèle d'assurances sociales en assurant la compatibilité des légis-

³⁷ ABIT, SI 0/1/1 lettre de 1935 (sans date exacte). Programme de travail.

³⁸ ABIT, SI 2/22/3/1 échange de lettres entre Tixier, Paul Rives (député SFIO) et Antonelli (professeur de droit social au CNAM).

³⁹ Sur cette conception de l'Europe, voir GUERIN, 77 s.

⁴⁰ ABIT, SI 2/52/2.

⁴¹ Sur tout ceci voir ABIT, SI 2/26/3.

⁴² ABIT, P 3926. Et plus généralement PLATA-STENGER, *OIT et l'assurance sociale*, 42-61.

⁴³ BERGQUIST.

⁴⁴ PLATA, *La difusión de las normas internacionales*, 127-160.

lations de ces pays avec les conventions de l'OIT⁴⁵, un objectif réaffirmé lors des conférences interaméricaines en 1936 à Santiago du Chili et en 1939 à la Havane⁴⁶. Ce qui fait dire au fonctionnaire du BIT David Blelloch en 1941 : « l'assurance sociale fournit peut-être l'exemple le plus net et le plus convaincant de l'influence de la réglementation internationale du travail sur les mesures adoptées dans les pays d'Amérique latine »⁴⁷. Les réussites sont moins probantes dans les autres domaines car l'OIT organise également des missions sur l'hygiène au travail en Egypte, sur les travailleurs portuaires en Chine sur le code du travail en Tunisie dans la seconde moitié des années 1930. Les résultats y sont décevants tant les difficultés rencontrées par l'adaptation d'un système normatif européen aux pays en développement sont difficiles. Ces difficultés se renforcent d'ailleurs avec l'accroissement du nombre des membres qui passe de 52 à 121 entre 1948 et 1970. Cela conduit à un recours plus systématique à une adaptation sélective des normes.

C. Les entorses à l'universalité

Dès 1919, les gouvernements de l'Inde et du Japon étaient parvenus à négocier des ajustements spécifiques pour les Conventions sur l'âge minimum et le travail de nuit des enfants. Depuis 1946 ces dispositions appelées « clauses de souplesse » sont de plus en plus sophistiquées. La Convention OIT n° 102 concernant la sécurité sociale constitue la meilleure illustration de flexibilité normative déployée par l'Organisation pour tenir compte de la différence dans les niveaux de développement économique. Les discussions qui entourent sa préparation entre 1948 et 1952 rendent bien compte des contraintes qui pèsent alors sur le travail normatif⁴⁸. Ces discussions se déroulent d'abord au sein de la Commission d'experts, reconstituée en 1948. Celle-ci est présidée par le français Pierre Laroque qui dirige le Service de sécurité sociale au sein du Ministère du travail français et est encore numériquement dominée par les occidentaux. Mais elle comprend également des experts de nombreux

⁴⁵ Voir STACK, *Les assurances sociales*, 1-33.

⁴⁶ La résolution de la Havane figure d'ailleurs en appendice du rapport de 1942, OIT, *Approaches to Social Security. An International Survey*, Montréal, 1942, 96-97.

⁴⁷ BLELLOCH, *L'Amérique latine*, 387.

⁴⁸ GUINAND, 69-81.

pays d'Amérique latine ainsi que ceux issus des pays nouvellement indépendants comme la Birmanie, l'Indonésie, Ceylan, les Philippines, la Syrie. Les représentants de ces pays parviennent à négocier l'idée d'une convention imposant des normes minimales tandis que la seconde convention qui devait proposer des normes maximales ne verra jamais le jour. Les adaptations qui sont demandées par les gouvernements et les employeurs des pays en développement, reçoivent l'appui des représentants des employeurs du Nord. Les Conférences internationales du Travail de 1951 et 1952 au cours desquelles sont discutées le texte de la Convention sont d'ailleurs moins marquées par une opposition entre pays développés et sous-développés que par une profonde division entre les acteurs désireux de limiter le pouvoir de régulation de l'Organisation et de réduire l'intervention de l'Etat et ceux qui se montrent favorables à une régulation internationale plus forte, plus universelle arcbutée à une intervention plus décidée des Etats. Les travailleurs et la plupart des gouvernements appartiennent au second groupe. Le premier groupe est constitué, sans surprise, des employeurs qui après avoir pratiqué en 1951 une politique d'obstruction, votent en grande majorité en 1952 contre une convention qui, selon eux, laisse trop peu de place à l'assurance privée, prévoit des taux de remboursement trop élevés et s'adresse à des groupes sociaux qui outrepasseraient les populations cibles « normales » (soit, les salariés d'industrie) de l'OIT⁴⁹. Finalement la Convention OIT n° 102 constitue un compromis : pour faire droit aux revendications des pays moins développés, et en particulier l'Inde, les Etats signataires peuvent s'engager sélectivement et ne ratifier que trois branches sur les neuf. Les minimas sociaux sont fixés à des taux plancher faibles et l'objectif d'universalité pourtant proclamé à Philadelphie en 1944 disparaît : l'obligation de couverture ne concerne que 50 % des salariés d'un pays au moins, voire « des catégories actives de la population formant au total (et seulement !) au moins 20 % des résidents »⁵⁰. En dépit de ces ajustements à la baisse, la Convention OIT n° 102 est finalement peu ratifiée. Ce qui ne veut pas dire qu'elle n'exerce aucune influence. Ainsi les travailleurs indiens du sys-

⁴⁹ Sur la position des employeurs voir Compte-rendu des travaux de la Conférence internationale du Travail (CR CIT) 1951, 34, 412-451 et tout particulièrement 413-434. CR CIT 1952, 324-348.

⁵⁰ Le représentant polonais en 1951 a beau jeu de souligner qu'il s'agit là d'un retour en arrière, CR CIT, 1952, 35, 325-326.

tème informel ont récemment obtenu le vote de l'*Unorganised Sector Social Security Act*, en partie en référence à la Convention OIT n° 102⁵¹. En réalité, confrontée à ces difficultés, l'activité normative de l'OIT tend à changer de nature.

IV. Repenser le système normatif

A. Normes ou développement

Déjà, dans les années 1930, les gouvernements des pays d'Amérique latine demandent moins de normes et d'avantage d'aide au développement dont ils attendent qu'elle leur permette de prendre leur place dans la compétition économique internationale⁵². De fait le développement tend à devenir la priorité de l'Organisation sous la direction de David Morse, Directeur général entre 1948 et 1970⁵³. Issu de l'administration du *New Deal*, David Morse répond dès 1949 à l'appel lancé par le président des Etats-Unis Harry Truman dans son discours d'adresse du 20 janvier 1949 annonçant le lancement d'un programme de développement dans le cadre des Nations Unies⁵⁴. Au sein du Programme de développement des Nations Unies (programme étendu d'assistance technique puis Programme des Nations Unies pour le développement à partir de 1965), l'OIT est essentiellement en charge de la question des ressources humaines soit, des programmes de formation et de management dont le but est de favoriser un accroissement de la productivité du travail⁵⁵. La première mission de productivité est envoyée en Israël en 1952 ; les suivantes vont en Inde, Egypte, Pakistan, Yougoslavie, Brésil, Bolivie, Grèce, Hong Kong et Ceylon⁵⁶. Partout où les gouvernements le demandent, l'OIT met en place des centres de productivité au sein desquels des experts forment le personnel du pays

⁵¹ Sur ce point voir GRAVATA NICOLI/ROUTH, *Travail informel*, 357-374.

⁵² Sur l'histoire du développement voir RIST.

⁵³ MAUL, *The Morse Years*, 365-400.

⁵⁴ ALCOCK, 210-251 et 339-364 ; MAUL, *Human rights*.

⁵⁵ Selon Francis Blanchard en charge de ces programmes, 75 % des ressources de développement du BIT sont allouées aux ressources humaines. Voir BLANCHARD, *L'OIT*, 39.

⁵⁶ ABIT Z 11/1/2, *ILO Activities in the Field of Productivity*, 1952-1956.

en question⁵⁷. Ces missions mettent également sur pied des programmes de management en direction des cadres en charge de l'organisation du travail dans les entreprises⁵⁸. Cette activité repose sur le recrutement de plus de 2000 experts, essentiellement des économistes, entre 1950 et 1959. A cela s'ajoute un programme de bourses puis des cours au centre de Turin ouvert en 1965 pour former le personnel d'encadrement des pays en développement. Le Programme mondial pour l'emploi lancé en grande pompe en 1969 constitue le volet propre des activités de développement de l'OIT. Il se fixe l'objectif de combattre le sous-emploi ou le chômage dans le monde et offre aux pays qui en font la demande, une expertise au terme de laquelle sont élaborées des solutions pour réorganiser l'appareil productif de manière à le rendre plus efficace⁵⁹.

Les politiques de formation de la main-d'œuvre comme le Programme mondial pour l'emploi ont en commun la focalisation sur l'accroissement de la productivité, et supposent que le progrès social dépend d'abord des bons résultats économiques. Cette vision du progrès social s'inscrit dans le contexte du compromis fordiste ou *welfare capitalism* selon lequel l'accroissement du niveau de vie des travailleurs serait corrélé à la croissance économique, elle-même dépendante de l'accroissement de la productivité. Cette solution productiviste présente un double avantage : elle fait l'objet d'un compromis entre employeurs et syndicats, ces derniers y voyant un moyen simple d'accroître le bien-être de leurs membres⁶⁰ ; par ailleurs, dans le contexte de guerre froide elle réconcilie les experts économiques des deux blocs autour d'objectifs communs⁶¹. Toutefois, la réflexion sur la qualité intrinsèque du travail, le travail « réellement humain » promu par la Constitution de l'OIT, passe alors au second plan tandis que l'activité normative est souvent ressentie comme contradictoire avec l'objectif de développement. De ce tourment témoigne d'ailleurs l'entrée massive d'économistes au sein du Bureau où jusque dans les années 1930 avaient prédominé les juristes du

⁵⁷ OIT, *Productivity missions to Underdeveloped countries*, in : International Labour Review 76/I (1957), 2-29 et 76/II (1957), 139-166.

⁵⁸ OIT, *The effectiveness of ILO management development and productivity projects*, Report and conclusions, management development series, 3, Genève, 1965, 6.

⁵⁹ ABIT Z 11-5.

⁶⁰ Voir pour cette tension en général TRENTIN.

⁶¹ KOTT, *Par-delà la guerre froide*, 143-155.

travail. Néanmoins, l'activité normative ne disparaît pas, elle se recompose.

B. Les droits humains comme normes

Une grande partie des conventions adoptées après 1945 sont des extensions ou des révisions des conventions antérieures auxquelles s'ajoutent une série de normes qui sont discutées dans les années 1940 et 1950 puis mobilisées dans les années 1980 à travers le filtre interprétatif des « droits de l'homme ». C'est le cas de la Convention OIT n° 100 de 1951, déjà mentionnée, sur l'égalité de rémunération, des Conventions OIT n° 87 sur la liberté syndicale de 1947 et n° 98 de 1949 sur le droit d'organisation et de négociation collective⁶², de la Convention OIT n° 111 concernant la discrimination de 1958, et enfin, de la Convention OIT n° 105 de 1957 sur l'abolition du travail forcé. Cette dernière, en particulier, a été discutée dans le contexte de la guerre froide et élaborée contre les camps de travail en URSS et dans les nouveaux pays socialistes. A la différence de la Convention OIT n° 29 de 1930 sur le travail forcé dans le contexte colonial qui visait surtout à moderniser les conditions de travail, les premiers appels en faveur de la condamnation du travail forcé en 1947 se font au nom des entorses aux droits de l'homme dans les pays socialistes. Durant la décennie de discussion qui aboutit à la Convention OIT n° 105 de 1957, l'argumentaire évolue et dans un contexte de montée des revendications en faveur des droits civiques aux Etats Unis, cette discussion permet d'interroger les formes de sujétion induites par les pratiques de domination raciale et économique⁶³. Dans les années 1980, alors que la rhétorique des « droits de l'homme » devient un référentiel hégémonique dans les arènes internationales, les conventions de l'OIT sont de nouveau mobilisées dans le contexte de reprise de la Guerre froide. Ainsi, les dissidents des pays socialistes recourent à la Convention OIT n° 111 pour dénoncer les régimes discriminatoires pratiqués par les dirigeants communistes contre ceux qui demandent des autorisations de voyage ou tous ceux qui sont considérés comme des ennemis politiques. Les Conventions OIT n° 87 et n° 98 ont été largement mobilisées contre les dirigeants des pays socialistes par

⁶² Sur ces normes voir JAVILLIER, 83-210.

⁶³ KOTT, *Forced Labor Issue*, 321-335.

les syndicats de l'Ouest, un mouvement qui a culminé lors de la campagne en faveur du syndicat polonais Solidarność. Après la proclamation de la loi martiale en décembre 1981, la situation polonaise est examinée par la Commission du comité de la liberté syndicale de l'OIT et lors de la Conférence internationale du Travail de 1983 le gouvernement polonais est accusé de violer les Conventions OIT n° 87 (liberté syndicale) et n° 98 (négociations collectives) qu'il a pourtant ratifiées. La même année, le Conseil d'administration de l'Organisation installe une commission d'enquête dont le rapport, présenté en juin 1984, conduit à une condamnation de la Pologne. La défense de Solidarność mobilise par ailleurs les acteurs du vaste courant de défense des droits de l'homme, de grandes associations internationales comme *Amnesty International*, *Human Rights Watch International* ou la Ligue internationale des droits de l'homme et conduit à l'adoption en 1982 et 1983 de résolutions condamnant le gouvernement polonais par la Commission des droits de l'homme de l'ONU⁶⁴. Incontestablement, le contexte de la guerre froide favorise donc le maintien de l'activité normative de l'OIT tout en lui impulsant une orientation nouvelle plus clairement orientée vers la protection des droits de l'homme et moins dédiée à la protection de groupes spécifiques de travailleurs comme c'était le cas dans l'entre-deux-guerres. Par ailleurs, la défense de ces conventions fait alors l'objet d'un vaste consensus du fait de la compétition vertueuse dans laquelle sont engagés l'Est et l'Ouest et dont profitent les acteurs réformistes. Si bien qu'en 1994, à la chute du bloc de l'Est, le Directeur général Michel Hansenne peut s'interroger en ces termes : « L'OIT était-elle (...) une machine à combattre le communisme dans le contexte de la guerre froide ? Si tel était le cas, qu'advierait-il de notre Organisation une fois cette période passée ? »⁶⁵.

C. Les normes fondamentales : nouveau départ ou pis-aller

De fait, dans une période de dérégulation, le rôle de l'OIT est interrogé et à travers lui, le bien fondé de toute forme de régulation sociale internationale. Lors de la fondation de l'Organisation mondiale du com-

⁶⁴ GODDEERIS, 423-441.

⁶⁵ HANSENNE, 84.

merce (OMC) en 1995, une coalition de gouvernements des pays asiatiques, soutenue par les syndicats de ces pays, s'oppose à l'introduction de clauses sociales dans les traités de commerce. Dans le même temps, les employeurs promeuvent la reconnaissance sociale des entreprises comme une pratique volontaire qui pourrait se substituer à la normativité de la loi. De nouveau, comme en 1952, l'OIT semble donc être confrontée à une alliance entre les gouvernements des pays du Sud et les employeurs des pays du Nord auxquels se joignent alors certains syndicats du Sud. Tous sont hostiles à une normativité même non contraignante et ce alors que l'OMC met elle-même en place un régime juridique de règlement des différends obligatoire et contraignant. Par rapport à cela, la dimension éminemment volontaire de l'activité normative de l'OIT, comme sa grande dépendance à l'égard des gouvernements nationaux, peut paraître faible et obsolète⁶⁶.

Le sentiment qui prévaut au sein de la nouvelle équipe de direction est que l'Organisation doit adapter son système normatif. Le Directeur général Michel Hansenne choisit alors de développer un nouvel instrument : « la déclaration » et de se concentrer sur un nombre réduit de normes vues comme fondamentales. Cette stratégie accouche de la « Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail » de 1998. Le choix des conventions fondamentales n'est pas anodin : ce sont essentiellement celles qui, depuis 1945, favorisent l'*empowerment* des travailleurs et ont été mobilisées au titre de la défense des droits humains dans la période de la Guerre froide. Il s'agit plus précisément des Conventions OIT n° 29 (première Convention sur le travail forcé), 87, 98, 105 et 111. Le principal pilier de la législation sociale en 1919, celui de la protection du travailleur, devient secondaire et n'est représenté que par une disposition négative : la Convention OIT n° 182 sur les pires formes de travail des enfants de 1999. Enfin le second pilier redistributif qui, nous l'avons vu, fut, via les Conventions d'assurance puis de sécurité sociale, central dans le travail normatif de l'entre-deux guerres, disparaît au profit de la condamnation de discriminations formelles. Le souci de l'équité se substitue donc en quelque sorte à la poursuite des objectifs de justice sociale ; les trois piliers qui la fondaient dans la Constitution de 1919 ont en effet disparu dans la Déclaration de 1998. Les cri-

⁶⁶ Sur tout cela voir MAUPAIN, *L'OIT* ; REYNAUD, *The International Labour Organization*.

tiques de la Déclaration de 1998 soulignent d'ailleurs qu'elle privilégie les droits négatifs (abolition des discriminations et formes extrêmes d'exploitation) et les principes sur la protection des droits des travailleurs. Cet affaiblissement de la place des droits sociaux dans la Déclaration peut être expliqué par la position dominante des représentants des Etats-Unis lors de la discussion, un pays qui n'a ratifié que quatre conventions mais contribue alors pour un quart du budget de l'Organisation⁶⁷. C'est aussi sous l'influence des représentants des Etats-Unis que la Déclaration conserve un caractère peu contraignant. Si tous les pays membres de l'OIT y adhèrent, aucune disposition ne les contraint réellement à ratifier les conventions fondamentales. En revanche ce caractère non contraignant permet à la Déclaration d'être intégrée aux traités de commerce internationaux comme à des codes de conduite adoptés volontairement par de grandes sociétés multinationales. Cela permet de renforcer la visibilité de l'Organisation et de promouvoir le message qu'elle porte au détriment de la justice sociale que garantissent la ratification et la mise en œuvre des normes du travail. L'Agenda du travail décent lancé à partir de 1999 par le nouveau Directeur général Juan Somavia⁶⁸, prolonge cette orientation. L'Agenda confère sans aucun doute un rayonnement médiatique à l'Organisation et lui permet de reprendre pied dans la conversation mondiale mais cela se fait au détriment de la consistance. En dépit de multiples discussions, aucun indicateur de travail décent n'est établi et c'est au fond le caractère flou et peu normé de la notion qui autorise son caractère consensuel. L'Agenda du travail décent prolonge en réalité une tendance déjà à l'œuvre avec le Programme mondial pour l'emploi. Après une phase initiale durant laquelle avaient été proposées de sérieuses réformes de structure, le Programme favorise une réorientation de l'activité de l'OIT vers la lutte contre la pauvreté à travers la nécessité de satisfaire les besoins primaires. Cette notion de « besoins primaires » est largement mobilisée lors de la grande conférence pour l'emploi de 1976 mais elle avait été lancée, dès 1972 par Robert McNamara, Directeur de la Banque mondiale. En se focalisant sur la lutte contre l'extrême pauvreté, l'approche en termes de besoins primaires, prend en réalité à revers les revendica-

⁶⁷ En particulier les intéressantes remarques de ALSTON, *Core Labour Standards*, 457-521 ; STANDING, *The ILO*, 355-384.

⁶⁸ LOUIS, *Travail décent*.

tions des élites des pays en développement en faveur d'un Nouvel ordre économique mondial. Pour les promoteurs du Nouvel ordre économique mondial, le bien-être des populations des pays en développement dépend étroitement d'une réorganisation globale de la nature et des règles des échanges économiques mondiaux et d'une remise en cause de la domination des pays du Nord. L'approche en termes de besoins primaires permet d'isoler un segment de la population et d'apporter des solutions de type « humanitaire » à la pauvreté⁶⁹. Cette perspective humanitaire de la pauvreté relègue au second plan la question des droits et de la justice sociale⁷⁰.

Il serait facile de condamner l'OIT en soulignant, le caractère parcellaire et incomplet du Code international du travail que les syndicats avaient appelé de leurs vœux en 1916 et dont la Constitution de 1919, puis la Déclaration de Philadelphie en 1944 avaient fièrement annoncé l'avènement. Il serait facile de souligner les biais d'une vision économete du progrès social puis l'abandon progressif, dans les faits, de l'objectif de justice sociale au profit d'un traitement humanitaire de la pauvreté dans le but de maintenir, voire de renforcer la visibilité institutionnelle de l'Organisation dans les dernières décennies.

En réalité, il ne faut pas oublier que le travail normatif de l'OIT est immense. Il est le fruit et le témoignage d'une expertise reconnue qui repose sur le travail des fonctionnaires du Bureau en étroite collaboration avec des experts et des fonctionnaires nationaux. Ce travail collectif a permis d'élaborer un véritable Code international du travail dont peuvent se saisir des groupes sociaux et organisations nationales et internationales lorsque le rapport de force leur est favorable. En ce sens le travail normatif de l'OIT, aussi incomplet soit-il, demeure une référence fondamentale.

Mais l'Organisation travaille sous contrainte. L'élaboration des normes comme leur mise en œuvre furent et demeurent étroitement dépendantes du bon vouloir des gouvernements, de différents acteurs nationaux, comme de l'équilibre des forces et du système international.

⁶⁹ Sur une interprétation critique de l'approche en termes de « besoins fondamentaux » voir RIST, 290-297.

⁷⁰ BIT, *Employment, Growth and Basic Needs: A One-World Problem*. The international « basic-needs » strategy against chronic Poverty Praeger Publishers, New York 1977.

L'OIT a pu longtemps jouer d'une position d'arbitre entre deux internationalismes concurrents : social libéral et communiste. Dans ce contexte, les différents acteurs qui la composent ont pu faire avancer l'agenda de la justice sociale, ceux qui y étaient hostiles ne s'y sont pas opposés tout en tentant de l'orienter dans un sens plus favorable à leurs propres intérêts. Depuis les années 1980, cette ère s'est refermée et l'Organisation a été rejetée à la périphérie d'un monde où domine la concurrence généralisée, un monde dans lequel le bas coût du travail constitue plus que jamais une variable d'ajustement dans la compétition économique, surtout pour les pays les derniers arrivés, les plus pauvres.

Finalement, ce que souligne cette histoire c'est que si les différents acteurs de l'OIT et ceux qui travaillent avec elle produisent des normes, de l'expertise et du savoir qui continuent de constituer une référence elle n'est pas plus capable que les autres organisations du système onusien d'imposer sa mission, celle de justice sociale contre les forces du marché, les acteurs internationaux (multinationales) ou les gouvernements les plus puissants, celui des Etats-Unis en particulier. A la fin, si l'activité normative de l'OIT est certainement un sismographe des équilibres du monde, elle n'est cependant pas en mesure d'imposer une régulation sociale de la globalisation contre les puissances économiques et politiques de la planète sans le soutien décidé des gouvernements et des groupes sociaux qu'elle est censée protéger.

Bibliographie

ALCOCK ANTONY, *History of the International Labour Organization*, New York 1971.

ALSTON PHILIP, *Core Labour Standards and the Transformation of the International Labour Rights Regime*, in : *European Journal of International Law* 15/3 (2004), pp. 457-521.

BERGQUIST CHARLES, *Labor in Latin America : comparative essays on Chile, Argentina, Venezuela, and Colombia*, Stanford 1986.

BERNARDS NICK, *The Global Governance of Precarity : Primitive Accumulation and the Politics of Irregular Work*, 1^{ère} éd., RIPE Series in Global Political Economy, Londres/New York 2018.

BLANCHARD FRANCIS, L'OIT et la coopération technique, in : *Revue Française des Affaires sociales* 23/2 (1969), pp. 37-54.

BLELLOCH DAVID H., L'Amérique latine et la réglementation internationale du travail, in : *Revue internationale du travail* 43/4 (1941), pp. 377-400.

BONNER CHRIS/HORN PAT/JHABVALA RENANA, Informal Women Workers Open ILO Doors through Transnational Organizing, 1980s-2010s, in : *Women's ILO : Transnational Networks, Global Labour Standards and Gender Equity, 1919 to Present*, Eileen Boris/Dorothea Hoehtker/Susan Zimmermann (eds), Leiden 2018, pp. 176-201.

BONVIN JEAN-MICHEL, L'Organisation internationale du travail : étude sur une agence productrice de normes, Paris 1998.

COOPER FREDERICK, *Decolonization and African society : the labor questioning French and British Africa*, Cambridge 1996.

GODDEERIS ISDEBALD, The limits of Lobbying : ILO and Solidarność, in : *ILO histories : essays on the International Labour Organization and Its Impact on the World during the Twentieth Century*, Jasmien Van Daele et al. (eds.), Berne/New York 2010, pp. 423-441.

GRAVATA NICOLI PEDRO AUGUSTO/ROUTH SUPRIYA, Travail informel en Inde et au Brésil : du concept à une approche juridique complexe, in : *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain ?*, Alain Supiot/Pierre Musso (édits.), Paris 2018, pp. 357-374.

GREGAREK RAINER, Le mirage de l'Europe sociale. Associations internationales de Politique sociale au tournant du xx^e siècle, in : *Vingtième Siècle* 48 (1995), pp. 103-118.

GUÉRIN DENIS, Albert Thomas au BIT : 1920-1932 ; de l'internationalisme à l'Europe, Genève 1996.

GUINAND CÉDRIC, *Die internationale Arbeitsorganisation (ILO) und die soziale Sicherheit in Europa (1942-1969)*, Berne/New York, 2003.

HANSENNE MICHEL, Un garde-fou pour la mondialisation : le BIT dans l'après-guerre froide, Gerpinnes/Genève 1999.

HERREN MADELEINE, *Internationale Sozialpolitik vor dem Ersten Weltkrieg. Die Anfänge europäischer Kooperation aus der Sicht Frankreichs*, Berlin 1993.

HIDALGO-WEBER OLGA, *La Grande-Bretagne et l'Organisation internationale du travail (1919-1946). Une nouvelle forme d'internationalisme*, Louvain-La-Neuve 2017.

JAVILLIER JEAN CLAUDE ET AL., *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir ; Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève 2004.

KOTT SANDRINE, *The Forced Labor Issue between Human and Social Rights, 1947-1957*, in : *Humanity : An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development* 3/3 (2012), pp. 321-335 (cité : KOTT, *Forced labor issue*).

KOTT SANDRINE, *Par-delà la guerre froide : Les organisations internationales et les circulations Est-Ouest (1947-1973)*, in : *Vingtième siècle Revue d'Histoire* 109 (janvier-mars 2011), pp. 143-155 (cité : KOTT, *Par-delà la guerre froide*).

KOTT SANDRINE, *From Transnational Reformist Network to International Organization: the International Association for Labour Legislation and the International Labour Organization (1900-1930s)*, in : *Shaping the transnational Sphere*, Davide Rodogno/Bernhard Struck/Jakob Vogel (eds), New York 2014, pp. 383-418 (cité : KOTT, *Transnational Reformist Network*).

KOTT SANDRINE, *Dynamiques de l'internationalisation : l'Allemagne et l'Organisation internationale du travail (1919-1940)*, in : *Critique internationale* 52/3 (1 juin 2011), pp. 69-84 (cité : KOTT, *Internationalisation*).

LESPINET-MORET ISABELLE/LIEBESKIND-SAUTHIER INGRID, *Albert Thomas, le BIT et le chômage : expertise, catégorisation et action politique internationale*, in : *Les Cahiers IRICE* 2 (2008), pp. 157-179.

LIEBESKIND INGRID, *L'Organisation internationale du travail face au chômage : compétences normatives et contribution à l'évolution de la pensée économique, 1919-1939*, thèse Genève 2005.

LOUIS MARIEKE, *Qu'est-ce qu'une bonne représentation ? L'Organisation internationale du travail de 1919 à nos jours*, Paris 2016 (cité : LOUIS, *Représentation*).

LOUIS MARIEKE, *L'Organisation internationale du travail et le travail décent : un agenda social pour le multilatéralisme*, Paris 2011 (cité : LOUIS, *Travail décent*).

MAUL DANIEL, Human rights, development, and decolonization : the International Labour Organization, 1940-70, New York 2012 (cité : MAUL, *Human rights*).

MAUL DANIEL, The Morse Years: The ILO 1948-1970, in : ILO Histories : Essays on the International Labour Organization and Its Impact on the World during the Twentieth Century, Jasmien Van Daele/Magaly Rodriguez-Garcia/Geert van Goethem/Marcel van der Linden (eds), Bern 2010, pp. 365-400 (cité : MAUL, *The Morse Years*).

MAUPAIN FRANCIS, Une Rolls Royce en mal de révision ? L'efficacité du système de supervision de l'OIT à l'approche de son centenaire, in : Revue générale de droit international public 114/3 (2010), pp. 465-499 (cité : MAUPAIN, *Système de supervision*).

MAUPAIN FRANCIS, L'OIT à l'épreuve de la mondialisation financière. Peut-on réguler sans contraindre ? BIT Institut International d'études sociales, Genève 2012 (cité : MAUPAIN, *L'OIT*).

MOYNIHAN DANIEL PATRICK, The United States and the International Labor Organization (1889-1934), thèse Medford 1960.

NEUNSINGER SILKE, The Unobtainable Magic of Numbers : Equal Remuneration, the ILO and the International Trade Union Movement 1950s-1980s, in : Women's ILO : Transnational Networks, Global Labour Standards and Gender Equity, 1919 to Present, Eileen Boris/Dorothea Hoehntker/Susan Zimmermann (eds), Leiden 2018, pp. 121-149.

PERRIN GUY, Histoire du droit international de la sécurité sociale, Association pour l'étude de l'histoire de la sécurité sociale, Paris 1993.

PHELAN EDWARD, L'OIT au service de la paix, in : Revue internationale du travail 6 (juin 1949), pp. 664-692.

PLATA VÉRONIQUE, La difusión de las normas internacionales del trabajo en Venezuela, 1936-1939: una práctica de cooperación técnica internacional en la OIT, in : América Latina y la Organización Internacional del Trabajo: redes, cooperación técnica e institucionalidad social, 1919-1950, Fabián Herrera/León y Patricio Herrera González (coords.), Instituto de Investigaciones Históricas de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo ; Centro de Estudios Históricos de la Universidad de Monterrey ; Programa de Pós-graduação em História da Universidade Federal Fluminense 2013, pp. 127-160 (cité : PLATA, *La difusión de las normas internacionales*).

PLATA-STENGER VÉRONIQUE, L'OIT et l'assurance sociale en Amérique latine dans les années 30 et 40 : enjeux et limites de l'expertise internationale, in : *Revue d'histoire de la protection sociale* 10/1 (19 décembre 2017), pp. 42-61 (cité : PLATA-STENGER, *OIT et l'assurance sociale*).

PLATA-STENGER VÉRONIQUE, L'OIT et le problème du sous-développement en Asie dans l'entre-deux-guerres, in : *Le Mouvement Social* 263/2 (20 septembre 2018), pp. 109-122 (cité : PLATA-STENGER, *Sous-développement en Asie*).

REYNAUD EMMANUEL, The International Labour Organization and Globalization: Fundamental Rights, Decent Work and Social Justice, in : ILO research Paper 21 (October 2018).

RIEGELMAN CAROL, War-Time Trade-Union and Socialist Proposals, in : *The Origins of The International Labor Organization*, James Shotwell, New York 1934, vol. 1, pp. 55-82.

RIST GILBERT, *Le développement : histoire d'une croyance occidentale*, Paris 2015.

RODGERS DANIEL T., *Atlantic Crossings: Social Politics in a Progressive Age*, Cambridge 1998.

SCHULZ GÜNTHER, *Bewältigung der Kriegsfolgen, Rückkehr zur sozialpolitischen Normalität (1949-1957)*, Baden Baden 2006.

SHOTWELL JAMES (edit), *The Origins of The International Labor Organization*, vol. 1-2, New York.

SHOTWELL JAMES, The International Labor Organization as an Alternative to Violent Revolution, in : *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 166 (1^{er} mars 1933), pp. 18-25 (cité : SHOTWELL, *Alternative*).

STACK MAURICE, Les assurances sociales en Amérique latine. Leur développement actuel, in : *Revue internationale du travail* (juillet 1941), pp. 1-33.

STANDING GUY, The ILO : an Agency for Globalization ?, in : *Development and Change* 39/3 (2008), pp. 355-384.

THÉBAUD FRANÇOISE, *Une traversée du siècle : Marguerite Thibert, femme engagée et fonctionnaire internationale*, Paris 2017 (cité : THÉBAUD).

THÉBAUD FRANÇOISE, *Difficult Inroads, Unexpected Results : The Correspondence Committee on Women's Work in the 1930s*, in : *Women's ILO : Transnational Networks, Global Labour Standards and Gender Equity, 1919 to Present*, Eileen Boris/Dorothea Hoehtker/Susan Zimmermann (edits), Leiden 2018, pp. 50-74 (cité : THÉBAUD, *Difficult Inroads*).

THOMAS ALBERT, *Justice sociale et paix universelle* in : *Revue de Paris* (mars 1924), pp. 241-261.

TORTORA MANUELA, *Institution spécialisée et organisation mondiale : étude des relations de l'OIT avec la SDN et l'ONU*, Bruxelles 1980.

TOSSTORFF RAINER, *The International Trade-Union Movement and the Founding of the International Labour Organization*, in : *International Review of Social History* 3 (December 2005), pp. 399-433.

TREBILCOCK ANNE, *International Labour Standards and the informal economy*, in : *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir ; Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Jean-Claude Javillier et al., Genève 2004, pp. 585-614.

TRENTIN BRUNO, *La cité du travail : la gauche et la crise du fordisme*, Paris 2012.

VAN DAELE JASMIEN, *Engineering Social Peace: Networks, Ideas, and the Founding of the International Labour Organization*, in : *International Review for Social History* 50 (2005), pp. 435-466.

VOGEL POLSKI ELIANE, *Du tripartisme à l'Organisation internationale du Travail*, Bruxelles 1966.

La mondialisation de l'économie : un défi du XXI^{ème} siècle pour l'OIT

ISABELLE DAUGAREILH *

Table des matières

I.	Introduction	37
II.	La Déclaration tripartite de l'OIT sur les multinationales	42
	A. La consolidation de la répartition des rôles entre Etats et entreprises multinationales	42
	B. Les inflexions de la Déclaration sur les relations de l'OIT avec les acteurs de la mondialisation	46
III.	Une immixtion de l'OIT dans le dialogue social transnational à la rescousse des Etats membres	48
	A. Les formes d'intervention	49
	B. Les risques de l'immixtion	54
	Bibliographie	56

I. Introduction

Loin d'être le seul défi de l'Organisation internationale du Travail (OIT) pour le XXI^{ème} siècle, la mondialisation de l'économie est sans doute celui qui donne à tous les autres défis une résonance, une portée et une ampleur maximales. Parmi les vieux défis qui perdurent, qui n'en restent pas moins majeurs et qui se sont amplifiés, il y a celui de l'informalisation continue de l'économie. Parmi les nouveaux défis, il y a sans aucun doute celui lié au climat, à l'environnement et à l'épuisement des ressources naturelles, ainsi que celui engendré par la digitalisation de l'économie. Nonobstant, l'objectif final pour lequel a été créée l'OIT,

* Directrice de recherche CNRS, directrice du COMPTRASEC, UMR 5114 CNRS-Université de Bordeaux.

d'éradiquer la pauvreté, de défendre la dignité de l'homme, de mettre en place des mécanismes de protection contre les abus, l'exploitation et les risques sociaux et sanitaires pour la paix universelle, reste éminemment d'actualité. Pourquoi plus fondamentalement ne retenir que le défi de la mondialisation de l'économie dans cette contribution ?

Le droit international du travail, comme les droits nationaux, ont été conçus à partir du travail réalisé dans le cadre de l'usine – industrielle –, selon une organisation – scientifique – du travail avec deux parties à la relation de travail aisément identifiables – un employeur, chef d'entreprise, et un salarié, travailleur. La relation de travail est en principe soumise aux règles du droit du travail et des assurances sociales et fait l'objet de diverses déclarations aux organismes sociaux et de contrôle compétents. En principe, tous les travailleurs qui se trouvent dans une relation de travail subordonné, sauf ceux qui sont des indépendants, relèvent du champ de compétences du droit du travail, quel que soit le pays considéré. Or, plus de la moitié de la population mondiale active se trouve hors du droit social et hors de tout droit parce qu'elle est occupée à du travail informel. Dans certains pays émergents ou certaines sous-régions, l'emploi informel représente 80 % à 90 % de l'emploi total. Longtemps prisonnière d'une sémantique inappropriée, l'OIT, en adoptant la Recommandation OIT n° 204 de 2015, soutient les processus de transition vers l'économie formelle¹. Nonobstant, au lieu de diminuer, le phénomène qui n'est pas une caractéristique réservée aux pays émergents, croît inexorablement, notamment en raison d'un phénomène nouveau, l'intermédiation par des plateformes dans le secteur des services, mode d'organisation parfaitement adapté à une économie globalisée.

Le travail est en effet actuellement en proie à des transformations radicales avec l'avènement du numérique, de la dématérialisation, de la robotisation, des cobots, de l'homme augmenté, etc. Si, contrairement à certaines prédictions, le travail n'a pas connu sa fin, il n'en reste pas moins que l'avènement du numérique, considéré par d'aucuns comme la quatrième révolution, est soupçonné d'avoir des effets radicaux à l'origine de prédictions contradictoires entre le monde merveilleux de

¹ Voir CHARBONNEAU/SEIFERT, *Le travail*, 6-9. Voir également dans le même numéro de la RDTSS les articles de CHARMES, *Economie informelle* ; LAPEYRE, *L'organisation internationale*.

l'économie collaborative et la hantise d'un monde sans travail, ou, mieux, de *crowdworkers* – turc mécanique –, voire des usines intelligentes. Les impacts sont multiples et leur portée incertaine sur le plan économique, social et humain. Le numérique est supposé engendrer un bouleversement radical du fonctionnement de nos sociétés, de nos modes de vie, de notre intimité. En particulier, il vient subrepticement fissurer les modèles économiques traditionnels des entreprises et du travail subordonné. Ces transformations profondes du travail et du rapport de l'homme au travail du fait du numérique obligent, non pas à repenser les principes fondamentaux qui gouvernent le droit international du travail, mais sans doute à réaffirmer leur utilité et leur pertinence pour le XXI^{ème} siècle et à reformuler leur mise en œuvre pour qu'elle soit adaptée aux nouvelles conditions du travail, ce à quoi semble se préparer l'OIT au regard des réflexions menées dans le cadre des travaux du centenaire et des propositions émises par la Commission mondiale sur l'avenir du travail.

L'intermédiation du travail par des plateformes a ceci de commun avec l'informalisation de l'économie qu'elle cherche à échapper au champ d'application du droit du travail en prônant le statut de travailleur indépendant. L'OIT a, à cet égard, une posture sans doute plus claire que la plupart de ses Etats membres, qui consiste à considérer que tous les travailleurs, quel que soit leur statut, ont accès à un socle de droits sociaux – du travail et de la protection sociale – que ce soit sur le plan des droits individuels ou collectifs. L'Organisation l'a rappelé dans les objectifs qu'elle s'est fixés dans le cadre du centenaire ; elle dispose des instruments normatifs adaptés, au rang desquels figurent la Convention OIT n° 158 sur la relation de travail, les Conventions OIT n° 84 et 98, la Déclaration de 1998 sur les droits et principes fondamentaux au travail ainsi que la Recommandation OIT n° 202 sur les socles de protection sociale « pour toutes les formes d'emploi y compris le travail des indépendants »².

La globalisation de l'économie reste en revanche le défi le plus complexe et le plus bouleversant pour l'OIT. En effet, il y a 100 ans, lorsque l'OIT a été créée, le monde occidental, dramatiquement secoué par la

² Selon les termes du rapport de la Commission mondiale sur l'avenir du travail, Travailler pour bâtir un avenir meilleur, OIT, janvier 2019, 37.

Première Guerre mondiale, était organisé en espaces westphaliens et vivait au rythme de l'horloge et des règlements d'ateliers d'usines des débuts de la révolution industrielle. Le monde connaissait deux types de forteresses avec leur frontières et leur organisation : l'Etat et l'entreprise.

L'échec de l'insertion de la clause sociale dans le système des accords de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), enregistré lors de la Déclaration de Singapour de 1996 et confirmé lors de la Conférence ministérielle de Doha de 2001, est à l'origine d'une asymétrie normative et d'un vide juridique sur le plan mondial qu'aucune initiative institutionnelle n'est pour l'instant parvenue à combler ou à compenser. Au contraire, chaque tentative de réglementation internationale, régionale ou nationale (à l'exception de la France³, des Pays-Bas et du Royaume-Uni⁴), des dimensions sociale et environnementale du commerce international, a systématiquement été écartée au profit de normes de responsabilité sociale des entreprises, permettant de reporter l'avènement d'un droit social et environnemental de la mondialisation.

Tandis que les échanges économiques s'établissent sur la base de normes juridiques internationales ou régionales contraignantes, qu'il s'agisse des règles de l'OMC, des accords régionaux ou inter-régionaux de libre échange économique ou des traités bilatéraux d'investissement direct à l'étranger, la régulation des relations de travail et, plus généralement, l'impact social, environnemental et humain des activités des entreprises transnationales est relégué dans les brumes de la *soft law*. Le jeu de masques auquel se livrent les entreprises transnationales n'a d'égal que leur propension à tirer profit des ressources humaines et naturelles, sans se préoccuper sérieusement de leur épuisement, voire de leur tarissement définitif. La responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) a engendré une foultitude d'instruments, d'outils, d'acteurs, de

³ Avec l'adoption le 17 mars 2017 de la loi sur le devoir de vigilance des entreprises transnationales. Voir MOREAU, *L'originalité de la loi française*, 792 ; SACHS, *La loi sur le devoir*, 380-390 ; CAILLET, *Du devoir de vigilance*, 820-821.

⁴ Des initiatives dans des Etats membres de l'Union européenne sont aussi régulièrement inventoriées par divers auteurs dont la clause sur la transparence dans la chaîne d'approvisionnement de la loi contre l'esclavage moderne adoptée au Royaume Uni en 2016 (Modern Anti slavery Act), ou le projet de loi de 2017 sur la diligence raisonnable en matière de travail des enfants aux Pays Bas, ou encore en Suisse l'initiative populaire pour des entreprises multinationales responsables.

normes, de notions qui ont fait l'objet d'évaluations critiques dont la Déclaration tripartite sur les entreprises multinationales. En proie à des attentes d'effectivité de la part des acteurs de la société civile, le mouvement d'autorégulation connaît des formes d'hybridation des normes privées, ne serait-ce que par l'immixtion d'acteurs publics dans des procédures se réappropriant des notions ou des techniques ayant initialement trouvé leur berceau ou leur véhicule dans la RSE⁵. L'OIT fait partie des acteurs publics qui se sont appropriés ces normes et concourt largement à leur hybridation.

Comment répondre au décentrement de l'Etat et de l'OIT provoqué par la mondialisation ? Comment relever ce défi majeur ? L'OIT est une organisation internationale stato-centrée. Elle tire sa force, qui est aussi sa faiblesse, de ses Etats membres. L'Organisation, comme ses membres, fait face à cet acteur de la mondialisation que sont les entreprises transnationales ou les chaînes globales de valeur qui évoluent dans le paysage institutionnel sans personnalité juridique, sans responsabilité juridique, masquées et protégées de multiples voiles résultant de l'autonomie de chaque société constitutive du réseau, protégée dans ses actions ou omissions par l'effet relatif des contrats et par la territorialité des lois, sans compter l'absence de compétence universelle du juge. L'OIT apporte à ce jour deux types de réponses normatives qui ne s'adressent pas directement aux Etats, mais sur lesquels des effets par ricochet sont recherchés, dont un recentrage sur la scène mondiale. Ainsi, l'Organisation s'est, d'une part, adressée de longue date directement aux entreprises multinationales via la Déclaration tripartite, considérée comme un des instruments internationaux de *soft law* (II) ; d'autre part, elle s'immisce dans des formes d'autorégulation qu'elle hybride (III). Mais en tendant la main aux acteurs privés, l'OIT ne risque-t-elle pas de s'isoler de ses membres ?

⁵ Voir DAUGAREILH, *RSE*, 25-32.

II. La Déclaration tripartite de l'OIT sur les multinationales

L'OIT a attendu 40 ans pour revoir sa Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale adoptée à sa 204^{ème} session de novembre 1977 (quasiment un an après que l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) ait, de son côté, adopté Les Principes directeurs à l'intention des multinationales)⁶. Cette révision s'inscrit dans un mouvement d'ensemble de normes internationales adoptées sur le même sujet par d'autres organisations internationales avec lesquelles l'OIT entretient des relations institutionnelles. Il en est ainsi des Nations Unies à l'origine – à titre principal – des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « Protéger, respecter et réparer » de 2011⁷. C'est également au regard des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales révisés dès 2011, qu'était attendu le réexamen de la Déclaration de l'OIT. Cet environnement institutionnel, qui a connu ses propres évolutions normatives, est venu consolider l'approche de la répartition des rôles entre Etat et entreprises multinationales adoptée dès 1977 par l'OIT (A) tandis que l'on peut observer l'insertion dans la dernière version de la Déclaration de nouvelles pratiques de l'OIT avec les Etats et les entreprises multinationales (B).

A. La consolidation de la répartition des rôles entre Etats et entreprises multinationales

Souvent comparé et évalué à l'aune des Principes directeurs de l'OCDE, le texte de l'OIT est à l'évidence plus complet et plus connecté au droit international, à commencer par celui créé par l'OIT elle-même ; c'est le texte qui distingue, dès sa version de 1977, le périmètre d'action de l'entreprise multinationale de celui des Etats, en particulier des Etats

⁶ DE QUENAUDON/SACHS-DURAND, *Principes directeurs*, 655-656 ; GEIGER, *Instruments internationaux*, 413-428.

⁷ C'est aussi le cas du Programme de développement durable à l'horizon 2030 adopté en 2015 mais aussi de l'Accord de Paris de 2015 sur les changements climatiques.

hôtes⁸. Pourtant, le texte de l'OIT est resté dans l'ombre de celui de l'OCDE pour plusieurs raisons. En premier lieu, il se révèle bien plus complexe à appréhender et à intégrer. En deuxième lieu, le texte de l'OCDE a ses acteurs de la société civile expressément dotés de compétences et de capacités d'action ad hoc, dont la Commission syndicale internationale consultative (le Trade Union Advisory Committee, TUAC), qui est sans doute à l'origine d'une dynamique favorable à la promotion et à la défense du texte. En troisième lieu, les Principes ont acquis un écho hors les murs de l'OCDE grâce à la révision de 2000 qui a renforcé la procédure et l'organe de mise en œuvre des Principes pouvant être directement saisis notamment par le TUAC. En quatrième et dernier lieu, au moment où les Principes de l'OCDE devenaient visibles sur la scène normative mondiale, l'OIT se lançait dans une stratégie de promotion sans pareille de la Déclaration de 1998 sur les principes et droits fondamentaux de l'homme au travail, et son suivi. La révision de la Déclaration tripartite de l'OIT s'inscrit dans la perspective d'atteindre l'objectif de travail décent pour tous, consacré comme objectif universel dans le Programme de développement durable à l'horizon 2030 auquel a adhéré l'OIT.

Autant la Déclaration avait fait l'objet d'un vif débat au moment de son adoption sur sa nature juridique et spécialement sur son caractère contraignant ou non⁹, autant cela ne fut pas le cas au moment de son ultime révision. Plusieurs explications à cela. En 2017, l'OIT disposait-elle de moyens l'autorisant à se démarquer des autres organisations internationales qui ont toutes (Union Européenne (UE), Organisation internationale de normalisation (ISO), Organisation des Nations Unies (ONU), OCDE) renouvelé leurs propres normes sur les entreprises multinationales en enrichissant et en consolidant leur contenu respectif, en renforçant les procédures de contrôle et de mise en œuvre, sans remettre en cause leur rattachement à la *soft law* internationale. Par ailleurs, l'OIT a décidé de mener un ultime combat auprès des derniers Etats membres récalcitrants à la ratification des 8 conventions fondamentales, combat pour lequel sont appelées en renfort les entreprises transnationales en vertu de la Déclaration ici analysée. Dans ce contexte, il aurait été vain,

⁸ Dans ce sens voir DAUGAREILH, *La déclaration de principes tripartite*, 429-458.

⁹ Voir DAUGAREILH, *La Déclaration de principes tripartite*, 431 s.

voire contre-productif, de transformer la Déclaration tripartite en une convention internationale, qui reste ainsi un texte de *soft law* mais qui s'appuie, pour chacun des sujets traités, sur des conventions et des recommandations de l'OIT qui en donne une lecture et une explicitation différenciée, selon qu'elle s'adresse aux Etats ou aux entreprises. Par ailleurs, depuis 2016, existe au sein des Nations Unies une tentative de concevoir une nouvelle convention internationale sur les droits humains et le commerce international à l'initiative de quelques Etats membres et d'ONG, un projet adapté à l'impact multidimensionnel – social, environnemental, économique, humain, etc. – des activités des entreprises transnationales, ce qui ne pourrait pas être le cas d'une convention de l'OIT.

La Déclaration nonobstant le toilettage garde ses traits historiques. Elle se présente comme un des instruments internationaux de régulation juridique des activités des entreprises multinationales et se distingue des autres instruments internationaux en ce qu'elle est le seul instrument multilatéral, universel et tripartite. Elle a un objectif propre : « contribuer positivement au progrès économique et social et à la *concrétisation du travail décent pour tous* (...) ». L'insertion de la référence au travail décent est une marque propre à l'OIT (introduite en 1999 dans le discours de politique générale de M. Hansenne alors directeur de l'OIT et consacrée comme valeur centrale par la Déclaration de 2008 sur la justice sociale dans la mondialisation).

Une des modifications apportées à la Déclaration porte sur l'insertion (copier-coller) dans la première partie sur la politique générale, d'un bloc du texte des Principes de l'ONU sur la trilogie « *Protect Respect Remedy* » répartissant les compétences, les responsabilités et les champs d'intervention des Etats – d'accueil et du siège – d'un côté et des entreprises de l'autre. En s'appuyant sur cette trilogie, l'ONU s'est rapprochée de la lettre et de l'esprit du texte initial de la Déclaration de l'OIT. La référence aux Principes vient sur ce point consolider l'approche de l'OIT. Figure dans cet amendement un développement sur le devoir de diligence, notion importée du texte des Principes de l'ONU.

La nouvelle version du texte revient dans le chapitre consacré à l'objet et au champ d'application sur la définition du terme « entreprises multinationales » et ajoute à la précédente version, sans en utiliser explicitement la terminologie, la notion de « chaînes globales de valeur », forme d'organisation des entreprises transnationales sur laquelle l'OIT a

produit dans le cadre de son centenaire un rapport global¹⁰. « Il [le terme] tient compte aussi du fait que les entreprises multinationales fonctionnent souvent à travers leurs relations avec d'autres entreprises, dans le cadre de leur processus de production global et qu'à ce titre elles peuvent servir l'objet visé par la présente Déclaration ». Ces entreprises peuvent contribuer à « la jouissance des droits de l'homme y compris la liberté syndicale dans le monde entier », tout en considérant le risque et les conflits pouvant résulter de « concentrations abusives de puissance économique ». Comme l'ancienne version, le nouveau texte s'applique indifféremment aux entreprises multinationales comme aux entreprises nationales, du secteur privé comme du secteur public, aux Etats du siège comme à ceux d'accueil, et à l'ensemble des acteurs mobilisables, les entreprises, les gouvernements, les organisations syndicales, les organisations d'employeurs. Le texte est structuré de la même façon que l'ancienne version : il comprend les mêmes chapitres (Emploi, Formation, Conditions de travail et de vie, Relations professionnelles) et est doté d'une procédure renforcée du fait des observations très critiques faites sur l'inefficacité totale de l'ancienne version sur ce point particulier.

Le texte nouveau rappelle la place centrale de la Déclaration de 1998 sur les principes et droits fondamentaux de l'homme au travail et son suivi, et, en particulier, exprime une attente de la part des Etats n'ayant pas encore ratifié les 8 conventions fondamentales. Le texte prend les entreprises transnationales à partie en leur suggérant d'intervenir dans ce sens, ce qui est très nouveau dans un texte de l'OIT qui appelle, au fond, à la rescousse les entreprises pour faire plier les derniers Etats récalcitrants. « Les entreprises multinationales, à travers leurs activités, peuvent contribuer de manière significative à la réalisation de ses objectifs »¹¹. L'esprit diffère de la précédente version dans laquelle on se limitait à suggérer que les entreprises multinationales intègrent le contenu des conventions fondamentales dans leur politique sociale même si l'Etat du siège ou d'accueil ne les avait pas ratifiées. Avec la version de 2017 on fait appel à la capacité d'influence – positive – des entreprises

¹⁰ OIT, Le travail décent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales, CIT, 105^{ème} session, juin 2016. Résolution concernant le travail décent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales.

¹¹ Déclaration tripartite révisée, 2017.

sur les Etats, pour les entraîner à ratifier. Cette formulation interroge tant elle exprime implicitement un aveu d'impuissance de l'Organisation et de ses membres ! De manière plus générale, on est conduit à observer que la nouvelle version de la Déclaration « abandonne » l'idée que les Etats du siège puissent avoir un impact sur les entreprises transnationales tandis qu'on semble adhérer à l'idée de l'influence des entreprises sur les Etats.

B. Les inflexions de la Déclaration sur les relations de l'OIT avec les acteurs de la mondialisation

La Déclaration dans sa nouvelle version est proposée comme référence pour établir des partenariats multipartites, lancer et soutenir des initiatives de coopération internationale « en vue de remédier à bon nombre de problèmes, que ni les gouvernements, ni les entreprises, ne sont en mesure de résoudre seuls ». C'est un appel figurant dès l'introduction de la version 2017 de la Déclaration à l'hybridation des programmes et des normes, par nécessité et par réalisme¹². La Déclaration de l'OIT retient sur ce point les mêmes orientations que les textes des autres organisations internationales sur les entreprises transnationales, dans le sens où ils soutiennent des consultations des organisations syndicales internationales pour mettre en œuvre le devoir de diligence.

Sur la place des Etats, la Déclaration dans sa nouvelle version, semble avoir renoncé à ce que les Etats du siège interviennent auprès des entreprises multinationales qu'ils domicilient. Il en est de même des Etats d'accueil. Pour les uns et les autres, la Déclaration énonce une simple promotion de ses préceptes. La Déclaration dans sa nouvelle version aurait pu aller plus loin et aborder la question des traités bilatéraux d'investissement signés entre des Etats membres au bénéfice des entreprises transnationales. Elle aurait pu en effet encourager ses membres à ne pas accepter d'introduire des clauses de non modification de la législation – sociale – en vigueur au moment de la signature du traité, à intégrer les principes d'obligation, à faire respecter et protéger les droits humains et réparer les atteintes aux droits de l'homme – et par-delà, à ne pas admettre de clause pouvant remettre en cause ces

¹² Voir les conclusions DAUGAREILH, *RSE*, 15.

obligations internationales des Etats ainsi que les principes fixés dans la Déclaration tripartite sur l'ensemble des questions sociales qui y sont traitées.

Le Rapport de 2019 sur le dialogue social transnational fait état d'un résultat de l'assistance technique fournie par le BIT en faveur du dialogue social transnational en application de la Déclaration tripartite. Il s'agit d'une initiative du gouvernement japonais de promouvoir l'application de la Déclaration tripartite dans le secteur vietnamien de l'électronique dominé par des entreprises transnationales japonaises et coréennes. L'initiative regroupe la Chambre de commerce et d'industrie du Vietnam, la CGT du Vietnam, le ministère du travail, les entreprises multinationales et leurs fournisseurs directs au Vietnam. Un plan d'action pour des emplois plus nombreux et de meilleure qualité a été adopté ; un groupe de travail tripartite élargi sur la promotion de pratiques de travail socialement responsables dans le secteur de l'électronique a été créé¹³. C'est une contribution au dialogue social transnational multipartite (mandant tripartite national, entreprise transnationale, gouvernement du siège et du pays d'accueil) dans les chaînes d'approvisionnement mondiales.

Plus que la procédure d'examen des différends relatifs à l'application de la Déclaration¹⁴ qui reprend l'ancienne version et qui ne doit en aucun cas entrer en conflit avec les procédures internes de l'OIT, ce sont les procédures de suivi et de promotion qui ont évolué avec la nouvelle version. Concernant la procédure de suivi, la nouvelle version compile sans discriminer dans une annexe consacrée aux outils opérationnels, des outils de promotion aux niveaux national, régional et international via des points focaux nationaux tripartites (référence est faite à la Convention OIT n° 144 sur les consultations tripartites relatives aux normes internationales de 1976). Mais ces points focaux qui rappellent les points de contact nationaux (PCN) des Principes directeurs de l'OCDE ne sont pas obligatoires pour les Etats membres.

¹³ Rapport sur le dialogue social transnational, OIT, 2019, 4-15.

¹⁴ La procédure peut être ouverte par un gouvernement, une organisation syndicale nationale d'employeurs ou de travailleurs ou une organisation internationale d'employeurs ou de travailleurs. Il revient au Conseil d'administration d'approuver la réponse à apporter qui fera l'objet d'une publication au Bulletin Officiel du BIT.

Un deuxième outil apparaît dans cette annexe qui rend visible une pratique de l'OIT, lorsqu'elle est sollicitée, de participer au dialogue social transnational, soit au moment de la signature d'un Accord Cadre International, soit à l'occasion de la mise en œuvre d'une clause d'arbitrage en vertu de laquelle elle serait l'arbitre. Le texte va plus loin en ce sens que l'OIT peut être sollicitée sur l'application des principes de la Déclaration menée en concertation entre une entreprise transnationale et un syndicat ; elle peut l'être aussi pour offrir un « terrain neutre » pour examiner des « questions d'intérêt mutuel ». A cette fin, est établie « une liste de facilitateurs qualifiés auxquels il apporte un appui, si nécessaire, pour faire en sorte qu'ils s'acquittent efficacement de leurs fonctions ». En d'autres termes, le texte stipule que des experts de l'OIT peuvent contribuer à faciliter le dialogue social transnational. Comment ne pas voir dans le texte une volonté affichée d'immixtion dans la négociation collective transnationale et donc de soutien à une forme d'hybridation d'un processus d'autorégulation. La promotion du dialogue sous toutes ses formes, et notamment dans les chaînes globales de valeur, est au cœur des instruments internationaux des organisations internationales et tient une place dans la dernière version de la Déclaration qu'elle n'avait pas dans la précédente.

III. Une immixtion de l'OIT dans le dialogue social transnational à la rescousse des Etats membres

L'OIT, dans le cadre de son centenaire, s'est intéressée au travail décent dans les chaînes globales de valeur, considérant que le dialogue social transnational en est une condition. Elle a invité les Etats membres à favoriser ce dialogue et le BIT à le soutenir. L'OIT, tout au long de ce processus de consultation, a cherché à mettre en exergue son rôle et son apport particulier au dialogue social transnational. Ce dernier donne lieu à la production de normes généralement négociées et conclues entre une entreprise transnationale et une organisation syndicale internationale. C'est donc a priori un dialogue bilatéral et non tripartite. L'OIT pourrait s'inscrire dans une démarche de transposition du tripartisme sur le plan mondial. Mais telle n'est pas l'option retenue. En effet, lorsque l'OIT intervient dans des modes d'autorégulation – hors enceinte de l'entreprise transnationale – qui ont pour champ d'application

des territoires nationaux, elle s'inscrit dans des processus multilatéraux. C'est pourquoi, on peut soutenir l'hypothèse que l'hybridation de l'autorégulation pourrait avoir pour effet de venir en soutien aux Etats et aux acteurs nationaux.

Selon le rapport de 2019 de l'OIT y relatif, le dialogue social n'est pas défini de manière universelle, il peut revêtir diverses formes et prendre diverses expressions. « Il peut avoir lieu dans le cadre d'instances ad hoc ou institutionnalisées, de mécanismes bipartites ou multipartites, ou de dispositifs publics ou privés d'autoréglementation élaborés dans le contexte d'une dynamique d'intégration économique et d'organisation de la production au sein des chaînes d'approvisionnement mondiales toujours plus complexes »¹⁵. Cette diversification est d'émergence récente et fait suite au drame du Rana Plaza ; elle se traduit par un éventail d'accords ayant une dimension transnationale, rassemblant des accords-cadres mondiaux (ou encore appelés accords-cadres internationaux ou accords d'entreprise transnationale), des accords bilatéraux (d'une multinationale avec le syndicat de la société mère applicables dans toute la chaîne globale de valeur)¹⁶, des accords multi-entreprises conclus avec des syndicats mondiaux applicables dans un seul pays (Accord incendie et sécurité au Bangladesh), des accords multi-entreprises conclus avec les syndicats mondiaux applicables dans un seul pays et dans un seul secteur (accords en vertu de la stratégie des Accords-cadres transnationaux, ACT).

Deux exemples d'intervention de l'OIT dans des formes de dialogue social transnational ont permis de replacer des Etats sur la scène mondiale des relations professionnelles (A) avec tous les risques que cela suppose (B).

¹⁵ Rapport pour la discussion d'experts sur le dialogue social transnational – Genève – 12-15 février 2019, BIT, MECBSD/2019.

¹⁶ L'exemple de ce type d'accord est l'accord Mango, conclu en juillet 2018 entre Mango et les CCOO (Confederación Sindical de Comisiones Obreras).

A. Les formes d'intervention

Le premier des exemples est le programme de l'OIT, *Better work*¹⁷ ; le deuxième est la négociation collective transnationale dans le cadre de l'accord multipartites prenantes sur la sécurité au Bangladesh au lendemain de la tragédie du Rana Plaza¹⁸.

La stratégie *Better Work* consiste à organiser une évaluation indépendante du respect des normes du travail (les normes fondamentales de l'OIT et la législation nationale sur la rémunération, le contrat de travail, la santé, la sécurité et la durée du travail) dans les usines de textile des pays adhérant au programme. Le processus d'évaluation peut être rapproché de systèmes de certification¹⁹. Il s'agit d'identifier les besoins de mise en conformité – et non de sanctionner – dans les usines et de soutenir les améliorations, de favoriser l'engagement de l'usine sur le long terme en impliquant tous les acteurs publics (gouvernement), économiques (acheteurs internationaux, entreprises locales) et sociaux (syndicats/ONG) dans un dialogue à tous les niveaux. C'est une démarche de coopération et d'apprentissage continu, comparable à celle suivie par l'OIT vis-à-vis de ses Etats membres, ce qui se traduit par un système d'évaluation dont la philosophie repose sur la confiance et l'engagement des acteurs locaux²⁰. Les résultats du programme *Better Work* sont multiples. L'amélioration globale des conditions de travail a renforcé la viabilité et la robustesse des usines impliquées dans le programme qui ont, de fait, mieux résisté à la crise financière de 2008. La transparence, la crédibilité, la fiabilité et la régularité des rapports d'évaluation, la collaboration sur le lieu de travail, la modernisation de la gestion du personnel, la participation d'acteurs publics et privés, aux

¹⁷ Voir DUMAS, *L'action du BIT*, 461-472 ; VARGHA, *Promouvoir le travail décent*, 395-409.

¹⁸ DAUGAREILH, *Opposabilité*, 183.

¹⁹ Voir DESJARDINS, *Contribution à l'analyse critique*, 247-428.

²⁰ Les conseillers *Better Work* sont recrutés localement et formés pour mener les évaluations par le biais du service conseil. Les visites sont annoncées, les rapports sont transmis aux directeurs d'usine et vendus sous réserve de l'accord du directeur d'usine aux donneurs d'ordres internationaux. Le premier rapport est anonyme pour donner la possibilité aux usines de se mettre en conformité. A partir du deuxième rapport, le nom de l'usine est indiqué. Un rapport de synthèse est établi au niveau national de l'industrie textile ; les rapports sont publiés et consultables par le public. Une fois l'évaluation des besoins de mise en conformité effectuée, un comité consultatif paritaire pour l'amélioration des conditions de travail est mis en place dans chaque usine.

niveaux national et international, constituent une combinaison favorable à l'amélioration réelle des conditions d'emploi dans les usines des pays émergents. L'expérience *Better Work* est celle d'un accord multipartite dans lequel l'OIT joue un rôle majeur en associant ce qui a fait son succès historique, à savoir les Etats représentés de manière tripartite, à ce qui fait la spécificité des chaînes globales de valeur, à savoir les donneurs d'ordre ou acheteurs internationaux.

C'est d'une certaine façon le même type d'accord qui a été conclu au lendemain de la tragédie du Rana Plaza, à la différence que l'Accord Bangladesh porte uniquement sur la sécurité en matière d'incendie des entreprises du textile au Bangladesh, qu'il est définitif et contraignant, ce qui est un « plus » par rapport aux Accords cadres internationaux (ACI)²¹. L'Accord Bangladesh comprend également des engagements de la part des entreprises donneuses d'ordre, de financer le coût de la mise en conformité, de rester au Bangladesh pendant au moins deux des cinq années suivant la mise en œuvre du programme et de maintenir les relations d'affaires dans un volume au moins comparable. Comme dans le programme *Better Work*, des comités de santé et sécurité sont mis en place dans tous les ateliers concernés. L'Accord reconnaît le droit aux travailleurs de refuser un travail dangereux et de s'opposer à s'introduire dans un bâtiment à risque ; les entreprises signataires peuvent exiger des ateliers inspectés qu'ils maintiennent la relation d'emploi des travailleurs et paient l'intégralité des salaires durant la fermeture temporaire pour travaux de l'établissement pour une durée maximale de 6 mois. Cet Accord se présente, de par ces caractéristiques sus-énoncées, comme un troisième mode d'autorégulation à caractère hybride par l'association d'acteurs privés et publics. Il est l'ultime évolution de l'autorégulation en vertu de la Responsabilité sociétale des entreprises (RSE).

L'Accord Bangladesh suggère en creux un retour de l'Etat, une redécouverte du territoire national non pas comme une entrave, mais comme une contrainte positive permettant de fixer les limites d'un périmètre

²¹ Pour une analyse comparative et pluridisciplinaire des ACI voir DAUGAREILH, *RSE*. Voir également de la même auteure, *Enjeux et limites* ; MOREAU, *La spécificité* ; BOURGUIGNON/MIAS, *Les accords-cadres*.

géographique stable²² sur lequel peut se concevoir effectivement un contrôle assumé par un système d'inspection publique associé à l'autorité de l'État. On restaure ainsi un niveau d'intervention national, qui présente au moins deux avantages, celui de mettre sur un pied d'égalité en termes d'obligations les entreprises, et celui de redonner à l'État une capacité d'action et de régulation. Ce niveau territorial favorise l'émergence de nouvelles protections dans les conditions de travail et de vie des salariés impliqués dans les chaînes de valeur globale. Cet « accompagnement » de l'OIT qui peut sembler périphérique²³ est, en réalité, une reconnaissance de l'entière légitimité et responsabilité de l'État face aux chaînes globales de valeur. On estime ainsi que le territoire national est la bonne échelle pour faire évoluer une situation de déficit en matière de conditions de travail vers un état satisfaisant. Il est clair que l'efficacité des institutions et des initiatives ne doit pas être évaluée isolément mais de manière combinée et cumulée, car c'est bien un ensemble d'actions convergentes et d'acteurs divers qui permet d'espérer des résultats tangibles et d'ampleur²⁴. Le BIT, dans son rapport de 2018 sur le dialogue social et le tripartisme, indique que depuis la signature de l'Accord au Bangladesh aucun accident mortel n'est survenu suite à un incendie, ou de risques électriques ou structurels dans les usines couvertes par l'Accord et dotées de plans d'action en matière de sécurité et santé au travail. Néanmoins, ayant constaté des retards dans la mise en œuvre des plans d'action, un nouvel Accord a été conclu pour trois ans avec IndustriALL et Uni Global Union impliquant plus de 50 marques recourant à 1173 usines de prêt-à-porter, l'Accord incluant en outre les fournisseurs fabriquant du linge de maison, des tissus et des produits annexes²⁵.

Avec ce scénario, on a pu constater que la pièce manquante du puzzle constitué par ces expérimentations, y compris celles managées par l'OIT, était l'Etat du siège social de la société mère ou donneuse d'ordre. La loi française sur le devoir de vigilance vient en partie combler ce vide en donnant à l'Etat d'origine le statut d'un acteur doté d'une capacité d'intervention juridique auprès des sociétés « têtes » des chaînes glo-

²² Contrairement au périmètre continuellement mouvant de l'entreprise transnationale.

²³ Voir dans ce sens HYDE, *Nine Lessons from Rana Plaza*.

²⁴ MOREAU, *Travail forcé*, 413.

²⁵ BIT, *Dialogue social et tripartisme*, Rapport VI, CIT 107^{ème} session, 2018, 50.

bales de valeur dans une perspective principalement préventive. Ceci étant dit, le scénario que permet d'imaginer le législateur français de 2017 présente, par rapport au précédent, des avantages que nous avons déjà pu mettre en exergue²⁶. Il est le seul qui, sur un plan social, environnemental, de santé et de sécurité permet d'avoir une approche globale en s'appuyant sur un secteur (filière) et/ou un territoire²⁷, ce qui est un gage d'efficacité et d'égalité entre toutes les entreprises d'un secteur donné ou d'un territoire donné.

Entre les initiatives sectorielles pluripartites et la loi sur le devoir de vigilance, on raccorde le territoire avec le transnational en mettant en scène l'État hôte et l'État d'accueil sans lesquels, toute tentative de régulation s'avère sinon vaine, du moins vouée à l'échec.

Ces modes opératoires distincts comprennent des points communs. Le premier, c'est leur caractère multipartite qui associe autour d'un même objectif les différents acteurs du commerce international, les donneurs d'ordres internationaux (versus entreprises transnationales), les sous-traitants et/ou fournisseurs, l'État d'accueil, l'OIT, les organisations syndicales mondiales et/ou nationales. Le deuxième point commun, c'est de prendre explicitement pour référence les normes internationales du travail de l'OIT, qui jouent un rôle classique d'assistance technique et une fonction plus originale de tiers-garant de l'application du texte. Le troisième point commun, c'est de mettre en place des conditions de travail décentes pour renforcer les capacités de commercer internationalement. Le quatrième point commun, c'est l'engagement des entreprises transnationales de ne pas se retirer de la relation d'affaire durant la mise en œuvre du programme, voire de s'impliquer financièrement dans la mise à niveau opérée des conditions de travail chez les co-contractants concernés.

Le dialogue social transnational d'entreprise s'est ainsi hybridé, suite au drame du Rana Plaza au Bangladesh, donnant lieu à la conclusion d'un accord sectoriel (textile) sur la sécurité incendie juridiquement contrai-

²⁶ DAUGAREILH, *Il dovere*, 76.

²⁷ Dans un important rapport sur l'entreprise, objet d'intérêt collectif, remis au ministre du travail le 9 mars 2018, l'une des recommandations, n° 3, n'est autre que la suivante : « accompagner le développement de labels RSE sectoriels et de faire de la RSE un outil de renforcement du dialogue social dans les branches professionnelles ». NOTAT/SENARD/BARFETY, *L'entreprise*, 9.

gnant entre IndustriALL Global Union et Uni global d'une part, et d'autre part, plusieurs multinationales (220 acheteurs couvrant plus de 2 millions de travailleurs ayant des relations d'affaire avec 1700 usines au Bangladesh), le BIT assurant la présidence du comité d'orientation de cet accord. C'est le premier accord multilatéral dans lequel l'Etat d'accueil est impliqué comme acteur devant contribuer à l'objectif recherché à travers de la formation à la sécurité de ses agents de contrôle et du renforcement des effectifs de ses services d'inspection. Sans les Etats d'accueil, l'objet des accords-cadres internationaux restera au mieux confiné dans l'espace de l'entreprise transnationale – les entreprises nationales qui lui sont liées – au pire restera vain. Sans les Etats d'accueil et les acteurs sociaux locaux, les normes transnationales auront beau s'enrichir dans leur contenu et se multiplier, elles pourront se chevaucher mais ne parviendront pas à s'articuler et à se renforcer mutuellement.

B. Les risques de l'immixtion

L'articulation des normes suppose un agencement des acteurs. Contrairement au passé et à la tendance encore dominante, plus on va vers le local et plus s'impose la nécessité d'une multiplicité d'acteurs et surtout d'acteurs non nationaux aux côtés d'acteurs nationaux. L'exemple du textile montre que si l'objectif est d'avoir une vision d'ensemble des conditions de travail et d'évoluer vers un travail réellement décent, ce secteur (comme d'autres) sur le plan national ne peut plus être régulé par les seuls acteurs nationaux tandis qu'au niveau transnational des acteurs de ce niveau suffisent.

Le risque est sans doute de porter atteinte à une vision de la souveraineté des Etats d'une part, et d'autre part, de déplacer des conflits d'intérêts, de valeur ou de modèle du niveau mondial vers le niveau local. Le risque est alors le refus par l'Etat concerné de jouer le jeu et de se désolidariser des stratégies de l'OIT quitte à renoncer au projet d'améliorer les conditions de travail et de vie des travailleurs. C'est peut-être la partition qui s'est jouée fin 2018 au Bangladesh avec la décision de l'Etat, dans le cadre d'un recours devant la Cour Suprême, de poser des conditions à l'application de l'Accord en matière de sécurité incen-

die qui avait pourtant été prolongé en juillet 2018 pour une durée de 3 ans (31 mai 2021) en raison d'un bilan mitigé²⁸.

Le gouvernement du Bangladesh entend ainsi « reprendre en main » la situation en exigeant de soumettre toute décision prise en vertu de l'Accord à l'autorisation d'un comité gouvernemental, en défendant aux inspecteurs de l'Accord d'identifier toute nouvelle infraction à la sécurité et interdisant de prendre des mesures contre les propriétaires d'usines qui menacent ou licencient des travailleurs ayant des requêtes ou des plaintes en matière de sécurité. L'Accord prévoyait un transfert à terme des compétences à un organisme national d'inspection. Mais l'OIT et les différents partenaires à l'Accord considèrent, à ce jour, que les conditions ne sont pas remplies pour un tel transfert. L'Etat du Bangladesh est soutenu dans sa position par l'Association des fabricants et des exportateurs de vêtements (BGMEA). Le risque est donc grand pour l'OIT, si ce n'est de perdre la confiance d'Etats membres, du moins de faire face à des résistances de la part de certains acteurs nationaux, dont la posture peut s'appuyer sur des influences contraires, agissant en rivalité du point de vue des normes et des acteurs. Le fait qu'il y ait eu en plus et (d'une certaine façon) contre l'Accord une Alliance rassemblant la plupart des marques américaines opposées à la présence syndicale dans l'Accord et au caractère contraignant de ce dernier est une base potentielle pour des revirements de doctrine.

Cet incident renforce l'idée que la reconquête des territoires doit se faire avec l'ensemble des acteurs présents sur la chaîne mondiale, des acteurs mondiaux et nationaux et en particulier avec les organisations syndicales locales. C'est la condition pour éviter l'impasse de la territorialité des normes. C'est la raison pour laquelle des accords-cadres mondiaux conclus notamment dans le textile (H&M²⁹, Inditex et Tchibo), comme dans d'autres secteurs, concentrent leurs efforts sur la mise en œuvre, l'installation de mécanismes de règlement des litiges et de ges-

²⁸ Plus de 100 000 risques d'incendie ont été identifiés auxquels il a été remédié en grande partie. Plus de 2 millions de travailleurs ont été formés à la sécurité dans plus de 1000 usines. Mais plus de 50 % des usines ne disposent pas d'alarmes incendie adéquates ou de systèmes de détection de fumée ; 40 % des usines n'ont toujours pas achevé les travaux de rénovation.

²⁹ Mise en place de comités nationaux de surveillance chez H&M au Bangladesh, en Indonésie, au Myanmar et en Turquie.

tion conjointe et sur la formation de délégués d'ateliers sur l'application de ces accords.

Finalement le défi de la globalisation à relever pour l'OIT sur un plan normatif est de développer ses propres capacités d'intervention et d'inventivité tout en restant dans le jeu des autres organisations internationales qui régissent les échanges commerciaux. Sur un plan institutionnel, le défi de la globalisation réside dans le rapport de l'OIT à ses Etats membres, en les remettant en scène dans un jeu multipartite d'acteurs dont elle est elle-même partie, avec le risque de perdre le rapport institutionnel privilégié et d'ouvrir un jeu aux aléas des forces économiques et politiques antagonistes. L'OIT peut relever ce défi et appréhender les risques en s'appuyant sur ses propres normes et en particulier sur la Déclaration tripartite qui s'adresse à de multiples acteurs (gouvernements (accueil/siège), entreprises (transnationales, nationales), organisations syndicales (de travailleurs et d'employeurs) et sur des normes d'autorégulation hybridées qui s'appliquent à un secteur sur un territoire national donné et sur un sujet donné (sécurité/salaire).

L'OIT a su présenter et faire des quatre droits fondamentaux la matrice universelle d'une régulation de la dimension sociale de la mondialisation de l'économie dont les accords-cadres mondiaux sont une des expressions. L'OIT sait être un tiers-garant dans le cadre de normes d'autorégulation hybrides. Il lui reste maintenant à convaincre les Etats membres de la plus-value d'adhérer à sa stratégie en faveur du travail décent qui suppose d'accepter que des acteurs non nationaux soient associés à des régulations d'application nationale.

Bibliographie

BOURGUIGNON RÉMI/MIAS ARNAUD, Les accords-cadres internationaux : étude comparative des ACI conclus par les entreprises françaises, Rapport pour le bureau de l'OIT en France, décembre 2017.

CAILLET MARIE-CAROLINE, Du devoir de vigilance aux plans de vigilance : quelle mise en œuvre ?, in : Droit social 10 (2017), pp. 819-827.

CHARBONNEAU ALEXANDRE/SEIFERT ACHIM (coord.), Le travail dans l'économie informelle – Un défi pour le droit social, in : RDTSS 3 (2017), pp. 6-9.

CHARMES JACQUES, Economie informelle, protection sociale : les termes d'un bilan, in : RDTSS 3 (2017), pp. 10-17.

DAUGAREILH ISABELLE, Il dovere di vigilancia « alla francese » : un'opportunità per gli accordi quadro internazionali ? in : *Sindacato e contrattazione nelle multinazionali – Dalla normativa internazionali all'analisi empirica*, Fausta Guarriello/Claudio Stanzani, Milan 2018, pp. 76-96 (cité : DAUGAREILH, *Il dovere*).

DAUGAREILH ISABELLE, Enjeux et limites du contrôle des ACI : l'exemple des entreprises françaises, in : *La RSE, vecteur d'un droit de la mondialisation ?*, Isabelle Daugareilh, 1^{ère} éd., Bruxelles 2017, pp. 55-78 (cité : DAUGAREILH, *Enjeux et limites*).

DAUGAREILH ISABELLE, La déclaration de principes tripartite de l'OIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale, in : *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Isabelle Daugareilh, Bruxelles 2010, pp. 429-457 (cité DAUGAREILH, *La déclaration de principes tripartite*).

DAUGAREILH ISABELLE, La responsabilité sociale des entreprises en quête d'opposabilité ?, in : *Prendre la responsabilité au sérieux*, Alain Supiot/Mireille Delmas Marty (dir.), Paris 2015, pp. 183-199 (cité : DAUGAREILH, *Opposabilité*).

DAUGAREILH ISABELLE, *La RSE, vecteur d'un droit de la mondialisation ?*, 1^{ère} éd., Bruxelles 2017 (cité : DAUGAREILH, *RSE*).

DE QUENAUDON RENÉ/SACHS-DURAND CORINNE, Les principes directeurs de l'OCDE, quelle efficacité ?, in : *Revue droit du travail* 11 (2010), pp. 655-656.

DESJARDINS MARIE-CLAUDE, Contribution à l'analyse critique de la certification du commerce équitable depuis une perspective juridique – l'exemple du secteur viticole, Thèse Université de Laval, 2013.

DUMAS LAETICIA, L'action du BIT en matière de RSE : l'exemple Better Work, in : *La RSE vecteur d'un droit de la mondialisation ?*, Isabelle Daugareilh, 1^{ère} éd., Bruxelles 2017, pp. 462-472.

GEIGER RAINER, Instruments internationaux de responsabilité de l'entreprise : le rôle de l'OCDE, in : *Responsabilité sociale de l'entreprises transnationale et globalisation de l'économie*, Isabelle Daugareilh, Bruxelles 2010, pp. 413-428.

HYDE ALAN, Nine Lessons from Rana Plaza: Implications for the Emerging System of Global Labor Rights, Labour Law Research Network, Amsterdam 2015.

LAPEYRE FRÉDÉRIC, L'organisation internationale face au travail dans l'économie informelle, in : RDTSS 3 (2017), pp. 18-33.

MOREAU MARIE-ANGE, L'originalité de la loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance dans les chaînes d'approvisionnement mondiales, in : Droit social 10 (2017), pp. 792-797 (cité : MOREAU, *L'originalité*).

MOREAU MARIE-ANGE, La spécificité des accords mondiaux d'entreprise en 2017 : originalité, nature, fonctions, Rapport pour le BIT France, 2017 (cité : MOREAU, *La spécificité*).

MOREAU MARIE-ANGE, Travail forcé et sous-traitance dans l'industrie textile en Asie : réflexion sur l'action de l'OIT, in : Droit Social 5 (2014), pp. 413-422 (cité : MOREAU, *Travail forcé*).

NOTAT NICOLE/SENARD JEAN-DOMINIQUE/BARFETY JEAN-BAPTISTE, L'entreprise objet d'intérêt collectif, Rapport aux Ministres de la transition écologique, de la justice, de l'économie et du Travail, 9 mars 2018.

SACHS TATIANA, La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation, in : Droit social 6 (2017), pp. 380-390.

VARGHA CORINNE, Promouvoir le travail décent dans les chaînes de production mondiale. L'expérience de Better Factories Cambodia, in : Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie, Isabelle Daugareilh, Bruxelles 2010, pp. 395-409.

Le revenu de substitution en cas d'incapacité de travail consécutive à la maladie

ANNE-SYLVE DUPONT *

Table des matières

I.	Introduction	59
II.	Etat des lieux et justification	60
	A. L'absence de protection sociale	61
	1. Principe	61
	2. Exceptions	63
	B. Les réflexions helvétiques	64
	1. La « lex Forrer » de 1899	65
	2. La « loi sur l'assurance-maladie et accidents » de 1911	66
	3. La loi sur l'assurance-maladie de 1994	69
	4. Les discussions ultérieures	69
	5. Synthèse	71
III.	Influence des réflexions internationales	72
	A. La ratification de la Convention OIT n° 102	72
	B. Autres textes internationaux	76
IV.	Conclusion	77
	Bibliographie	78

I. Introduction

Depuis les origines de la sécurité sociale, comprise comme la réponse de l'Etat au risque de paupérisation découlant de la réalisation de certains événements, garantir un revenu de substitution aux personnes

* Professeure aux Facultés de droit de Genève et Neuchâtel. L'auteure remercie Mmes Ruth-Esther N'goran, MLaw, et Audrey Voutat, MLaw, avocate, toutes deux assistantes-doctorantes à la Faculté de droit de Neuchâtel, pour leur soutien à la documentation du manuscrit.

empêchées de travailler, par la maladie notamment, est l'une des mesures essentielles.

Dans les textes de l'Organisation internationale du Travail en matière de protection sociale, cette préoccupation transparaît à de nombreuses reprises, notamment dans la norme minimum de sécurité sociale¹.

Bien que la Suisse se soit dotée, au fil des ans, de mécanismes de protection sociale dans l'ensemble plutôt performants, elle n'a pas voulu garantir de protection sociale dans l'hypothèse d'une incapacité de travail pour cause de maladie. Cette contribution est l'occasion de rappeler les solutions choisies et les réflexions qui ont présidé à ce choix.

Dans la mesure où cette contribution s'inscrit dans le contexte général de l'examen de la réception des normes de l'OIT en droit suisse et, plus généralement, de l'influence que ces normes ont pu et pourront avoir sur lui, il est intéressant d'examiner dans quelle mesure la position helvétique au sujet de la protection sociale en cas de maladie a pu être impactée par les discussions autour de la ratification de la Convention OIT n° 102 concernant la sécurité sociale, et quelle valeur les textes internationaux peuvent avoir pour le développement du droit suisse.

II. Etat des lieux et justification

En droit suisse, les personnes connaissant une période d'incapacité de travail ne sont pas toutes logées à la même enseigne. En fonction du risque social à l'origine de cette période d'incapacité, elles bénéficieront d'une protection plus ou moins étendue.

Ainsi, en cas d'accident², les personnes salariées bénéficieront d'une couverture de leur revenu, par le biais de l'assurance-accidents obligatoire, à hauteur de 80 % pendant une durée a priori indéterminée, la fin du droit intervenant au moment de la stabilisation de la personne assurée³. Si une atteinte à la santé, qu'elle soit d'origine malade ou

¹ Convention OIT n° 102 concernant la sécurité sociale du 28 juin 1952 (RS 0.831.102).

² Pour les personnes occupées plus de huit heures par semaine pour le même employeur, le même régime s'applique pour tout accident, qu'il soit professionnel ou non professionnel.

³ Voir art. 16, 17 et 19 LAA.

accidentelle, survient pendant une période au service de la Confédération⁴, une compensation équivalente est garantie⁵. Dans le cas d'une maladie « classique », en revanche, la protection sociale est, pour l'essentiel, inexistante (A). Cette différence s'explique essentiellement par les caractéristiques politiques de la Suisse, et par des raisons historiques (B).

A. L'absence de protection sociale

1. Principe

En cas de maladie, les assurances sociales helvétiques offrent une protection étendue s'agissant de la prise en charge des soins de santé. Principalement pris en charge dans le cadre de l'assurance-maladie⁶, ils peuvent également être financés par d'autres régimes d'assurance en fonction du risque qui s'est réalisé, comme l'assurance-accidents en cas d'accident ou l'assurance-invalidité en cas d'infirmité congénitale.

L'octroi d'un revenu de substitution n'est en revanche pas prévu dans le cadre de l'assurance sociale. Si la loi sur l'assurance-maladie contient bien un chapitre consacré à l'assurance d'indemnités journalières, il s'agit d'un régime facultatif⁷.

Dans la conception helvétique, la protection du salaire en cas de maladie relève de la réglementation applicable au contrat de travail. Ainsi, c'est le contrat individuel de travail, éventuellement la convention collective (CCT) à laquelle la branche est soumise, en dernière analyse les règles du Code des obligations sur le contrat de travail qui déterminent les obligations de l'employeur en cas d'incapacité non fautive de travailler, singulièrement en cas de maladie.

La solution prévue par le Code des obligations, qui s'applique dans le plus grand nombre des cas, et qui est reprise, avec des modalités parfois plus généreuses, dans les CCT et dans les réglementations de droit public, est une obligation faite à l'employeur de verser le salaire

⁴ Voir art. 1a LAM.

⁵ Art. 28 al. 2 LAM. Voir également *infra* II.A.2.

⁶ Art. 3 ss LAMal.

⁷ Voir art. 67 ss LAMal.

pendant une période limitée dans le temps⁸. Cette période augmente en fonction de l'ancienneté. Ainsi, durant la première année de service, l'obligation de l'employeur est limitée à trois semaines. Sa durée augmente ensuite en fonction d'échelles établies par la pratique, dont l'usage est reconnu par les tribunaux⁹. Elle reste toutefois assez courte puisqu'un droit au salaire de six mois n'est atteint qu'à partir de la 20^{ème} année de service¹⁰.

Cette solution a pour effet, paradoxalement, de pénaliser les personnes qui changent fréquemment d'emplois, symptôme possible d'une santé fragile les exposant davantage à des périodes d'incapacité de travail, en particulier sur le plan de la santé mentale¹¹.

L'employeur peut se libérer de son obligation en offrant aux personnes qu'il emploie une protection équivalente, qui doit être prévue par écrit, dans le contrat individuel de travail, dans un contrat-type ou dans une convention collective¹². En pratique, une majorité d'employeurs fait usage de cette possibilité, et conclut avec des compagnies d'assurance privées des polices collectives soumises à la loi sur le contrat d'assurance (LCA), prévoyant le versement d'indemnités journalières aux travailleuses et aux travailleurs empêchés de travailler en raison d'une maladie. Les modalités de ces polices peuvent varier. Dans la grande majorité des cas, elles prévoient la couverture du salaire à hauteur de 80 % du salaire brut pendant une durée de 730 jours, éventuellement après un délai d'attente de 14 ou 30 jours durant lesquels l'employeur doit le plein salaire si une autre solution n'a pas été consignée dans le contrat de travail¹³. Ces aménagements sont jugés offrir une protection équivalente aux obligations découlant du Code des obligations¹⁴.

⁸ Voir art. 324a al. 1 CO. Voir LONGCHAMP, art. 324a CO N 25 ss. A noter que cette obligation n'incombe à l'employeur que si les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou s'ils ont été conclus pour plus de trois mois (voir art. 324a al. 1 CO).

⁹ Voir art. 324a al. 2 CO. Voir LONGCHAMP, art. 324a CO N 27.

¹⁰ Voir FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Annexe III, 103.

¹¹ Sur cette question, voir DUPONT, *RDS 2019*, 46 s.

¹² Voir art. 342a al. 4 CO.

¹³ Voir LONGCHAMP, art. 324a CO N 37.

¹⁴ Voir LONGCHAMP, art. 324a CO N 37.

Dans de très rares cas, toujours moins nombreux en pratique¹⁵, la police d'assurance peut être conclue auprès d'une caisse-maladie offrant des contrats soumis aux art. 67 ss LAMal. Ces contrats présentent certains avantages, comme l'obligation pour l'assureur d'assurer toutes les personnes employées, sans pouvoir refuser celles qui représenteraient des mauvais risques¹⁶. Si la possibilité de formuler des réserves à la couverture d'assurance existe, la loi limite leur durée à cinq ans au maximum¹⁷. Finalement, le contentieux est soumis aux règles de la loi sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), ce qui implique une procédure de type administratif¹⁸, dans laquelle le juge a le devoir d'instruire la cause d'office¹⁹, et qui est gratuite en instance cantonale²⁰.

2. Exceptions

Par exception, la perte de revenu en cas d'incapacité de travail ensuite de maladie bénéficie, comme nous l'avons évoqué plus haut²¹, d'une couverture sociale dans le cadre de l'assurance militaire, pour autant que la maladie se manifeste et soit annoncée ou constatée de toute autre façon pendant le service militaire, et qu'elle ne soit pas manifestement sans lien avec ce dernier²². La couverture de la perte de revenu connaît des modalités similaires à celle de l'assurance-accidents²³.

Les bénéficiaires d'indemnités journalières versées par l'assurance-chômage ont droit, en cas d'incapacité de travail causée par une maladie, à 30 indemnités journalières par cas de maladie, mais au plus à 44 indemnités à l'intérieur de leur délai-cadre d'indemnisation²⁴. Cette

¹⁵ Office fédéral de la santé publique, Statistiques de l'assurance-maladie obligatoire 2017, T 6.02 Assureurs, assurés, primes et prestations selon le type de contrat (individuel/collectif).

¹⁶ Voir art. 67 LAMal.

¹⁷ Voir art. 69 al. 2 LAMal.

¹⁸ FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 309 N 560 et 259 N 457 ss. Pour la procédure applicable en cas de litige concernant une police d'assurance soumise à la LCA, voir DUPONT, *Procès civil social*, N 25 ss.

¹⁹ Voir art. 43 LPGA.

²⁰ Voir art. 61 let. a LPGA.

²¹ Voir *supra* II.

²² Art. 5 al. 1 et 2 LAM.

²³ Voir *supra* II.

²⁴ Voir art. 28 LACI.

solution s'avérant particulièrement défavorable aux personnes qui contractent une maladie de longue durée pendant la période d'indemnisation par l'assurance-chômage, certains cantons ont créé des assurances perte de gain spécifiques en cas de maladie²⁵. Si les modalités concrètes de ces assurances varient, elles ont pour point commun de garantir le paiement des indemnités journalières si l'incapacité de travail perdure au-delà de 30 jours, pendant une durée qui ne peut toutefois dépasser celle durant laquelle la personne assurée aurait eu droit aux indemnités de chômage²⁶.

B. Les réflexions helvétiques

La solution helvétique que nous venons d'exposer s'explique par des raisons historiques, idéologiques et politiques, la Suisse ayant la triple particularité d'être un Etat fédéral, profondément marqué par les idées libérales, et organisé en la forme d'une démocratie directe. Il en résulte une réelle difficulté à concevoir la protection sociale comme un projet global. En effet, le fédéralisme retient la Confédération d'agir au plan national tant qu'elle n'en a pas reçu la compétence dans la Constitution, processus qui, en lui-même, suppose de convaincre une majorité de la nécessité de l'intervention de l'Etat fédéral. Cette démarche n'est pas aisée lorsque la conviction de la responsabilité individuelle est gravée dans l'inconscient collectif. Dans ce contexte, un transfert ponctuel de compétences est davantage susceptible de succès, raison pour laquelle la Confédération s'est progressivement vue créditée de compétences pour agir dans les différentes branches de la sécurité sociale, plutôt qu'en un seul tenant pour la sécurité sociale dans son ensemble²⁷.

Un transfert de compétences ne signifie par ailleurs pas encore que la Confédération ait les coudées franches, puisque chaque proposition de loi est soumise à la possibilité du référendum populaire qui, s'il aboutit, suppose à nouveau de réunir la majorité des votantes et des votants

²⁵ Vaud et Genève.

²⁶ Pour plus de détails sur ces régimes cantonaux, voir DUPONT, *RDS 2019*, 55 s. Sur le régime vaudois, voir SCHORDERET, 16 ss.

²⁷ Pour plus de détails à ce sujet, voir DUPONT, *La Suisse et la sécurité sociale*, 195 ss.

autour du projet, ce qui n'est pas nécessairement aisé compte tenu de la diversité des intérêts représentés au sein de la population²⁸.

S'agissant de la protection sociale en cas de maladie, elle a connu, jusqu'ici, une histoire en trois temps, la question du revenu de substitution ayant été abordée à chacune de ces étapes (1-3). Depuis l'entrée en vigueur de l'assurance-maladie obligatoire, en 1996, la question du revenu de substitution en cas d'incapacité de travail à cause d'une maladie a régulièrement été évoquée au plan politique, sans toutefois conduire les autorités politiques à changer d'avis à ce sujet (4).

1. La « lex Forrer » de 1899

La compétence de légiférer en matière d'assurance-maladie et d'assurance-accidents est, chronologiquement, la première compétence qui ait été confiée à la Confédération en matière de protection sociale, en 1890. Il s'agissait de la suite logique de l'adoption, dans la Constitution de 1874²⁹, d'une compétence pour légiférer en matière de protection des travailleuses et des travailleurs, qui avait permis l'adoption, en 1877, de la loi sur les fabriques, ancêtre de l'actuel loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr)³⁰.

Un premier projet de loi a été adopté par le Parlement en 1899, projet passé à la postérité sous l'intitulé de Lex Forrer, du nom du Conseiller national Ludwig Forrer, qui l'avait rédigé. Il s'agissait d'un projet qualifié de novateur, couvrant de manière globale les risques maladie, accidents et maternité, et incluant la protection des soldats en service. Si la protection était limitée aux travailleuses et aux travailleurs salariés, elle

²⁸ L'échec récent de la réforme des pensions (« Prévoyance 2020 ») est un exemple de la difficulté de réunir une majorité autour d'un projet concernant la sécurité sociale.

²⁹ Il s'agissait de l'art. 34 de la Constitution fédérale de 1874 (RO 1 1).

³⁰ Pour plus de détails à ce sujet, voir GNAEGI, 38 s. ; Dictionnaire historique de la Suisse (www.hls-dhs-dss.ch), rubrique « Lois sur les fabriques ».

s'étendait néanmoins à une majorité d'entre eux³¹ et permettait aux autres de s'assurer de manière facultative³².

En cas de maladie, la Lex Forrer prévoyait, outre la prise en charge des frais médicaux, *une compensation pour la perte de revenu à hauteur de 60 % durant une année*³³.

La Lex Forrer a été rejetée par près de 70 % des votants³⁴ le 20 mai 1900³⁵. Elle a fait l'objet d'une vaste coalition contre elle, formée aussi bien des milieux industriels et des assureurs privés que des caisses de secours catholiques et corporatistes, ces dernières craignant la perte de leurs prérogatives et l'ingérence de l'Etat dans leurs affaires. Au cours de la campagne précédant la votation, la dimension du projet a été critiquée, et, d'une manière générale, l'étatisation, la centralisation et le bureaucratisme ont été dénoncés. Il y a eu peu de critiques sur les différentes modalités de l'assurance prévue, et, en particulier, la couverture de la perte de revenu en cas de maladie n'a pas été spécifiquement critiquée³⁶. C'est apparemment le caractère obligatoire de l'assurance-maladie qui a cristallisé les oppositions, indépendamment des prestations prévues³⁷.

2. La « loi sur l'assurance-maladie et accidents » de 1911

Tirant les leçons de la votation de 1900, mais sans abandonner pour autant l'idée d'améliorer la protection sociale des travailleurs, ni la voie choisie pour ce faire, à savoir celle de l'assurance sociale, le Conseil fédéral a formulé une nouvelle proposition législative. Ce nouveau projet conservait la proposition d'une assurance-accidents obligatoire

³¹ Contrairement à l'assurance-maladie mise en place en Allemagne sous l'égide du Chancelier Bismarck, qui ne s'adressait qu'aux travailleurs les plus pauvres et les plus exposés, voir GNAEGI, 43.

³² Pour davantage de détails sur la Lex Forrer, voir l'ouvrage de KNÜSEL/ZURITA. Voir également le Message du Conseil fédéral du 10 décembre 1906 concernant les assurances contre les maladies et les accidents, FF 1906 VI 213 ss, 217.

³³ Message LAMA (voir note 32), 217. GNAEGI, 45 ; FRAGNIÈRE/GIROD, 39, rubrique Assurance-maladie.

³⁴ La forme masculine est ici utilisée à dessein, les femmes n'ayant acquis le droit de vote au niveau fédéral qu'en 1971.

³⁵ GNAEGI, 45 ; KNÜSEL/ZURITA, 165.

³⁶ Pour plus de détails sur les critiques et les débats entre opposants et défenseurs, voir KNÜSEL/ZURITA, 139 et 165-170.

³⁷ Voir KNÜSEL/ZURITA, 139 et 165-170.

pour les travailleuses et les travailleurs salariés, mais abandonnait celle d'une assurance-maladie obligatoire.

De fait, la loi sur l'assurance-maladie et accidents (LAMA³⁸), adoptée en 1911 et confirmée – de peu – en votation populaire en février 1912, ne prévoit, pour le volet maladie, pas d'obligation d'assurance, et se limite à octroyer des subventions aux caisses-maladies reconnues qui, de leur côté, se voient imposer quelques obligations minimales³⁹.

Dans ce contexte, la loi prévoit que les caisses reconnues doivent, à leurs propres frais, fournir à ceux de leurs assurés qui y ont droit, soit le traitement médical, soit une indemnité journalière qui ne peut être inférieure à CHF 1.- par jour⁴⁰, au plus tard dès le troisième jour qui suit le début de la maladie⁴¹. Lors des discussions parlementaires, ce point avait fait l'objet de discussions, le Conseil national souhaitant encourager les caisses qui fournissaient aussi bien les soins qu'une compensation financière⁴², le Conseil des Etats entendant quant à lui interdire l'assurance des enfants pour une indemnité journalière, « parce qu'elle risqu[ait] trop de provoquer des abus »⁴³.

Le risque de surassurance a également été évoqué, le Conseil national ayant proposé d'amender l'art. 10 LAMA dans ce sens que les caisses devaient vérifier, notamment, que les personnes assurées ne recevaient pas davantage que le gain dont ils se trouvaient privés du fait d'une pluralité de rapports d'assurance⁴⁴. Ce point a finalement été abandonné dans le texte finalement entré en vigueur.

³⁸ RO 28 351.

³⁹ L'article premier de la LAMA était libellé en ces termes : « La Confédération encourage l'assurance en cas de maladie en accordant, conformément à la présente loi, des subsides aux caisses d'assurance en cas de maladie (al. 1). Toutes les caisses d'assurance en cas de maladie qui satisfont aux dispositions de la présente loi ont droit aux subsides fédéraux ; elles s'organisent à leur gré, en tant que la loi ne contient pas de disposition contraire (al. 2) » (RO 29 351).

⁴⁰ Le montant minimal de l'indemnité journalière a été augmenté à CHF 2.-, en 1965 (RO 1964 978).

⁴¹ Voir art. 12 LAMA (RO 28 355).

⁴² Rapport du 2 mai 1908 de la commission du Conseil national chargée de l'étude du projet de loi sur l'assurance contre les maladies et les accidents (FF 1908 III 463), 466.

⁴³ Rapport du 20 novembre 1909 de la commission du Conseil des Etats chargée de l'étude du projet de loi sur l'assurance contre les maladies et les accidents (FF 1909 VI 512), 516.

⁴⁴ Voir BO 1910 CN 363.

Durant les premières années de vie de la LAMA, l'indemnité journalière en cas de maladie avait la faveur des assurés, les montants versés par les caisses-maladie à ce titre représentant, en 1915, plus du double de ceux qui étaient versés pour les soins de santé. Ce n'est qu'en 1925 que ces derniers deviennent la part la plus importante des prestations versées par les caisses-maladie⁴⁵.

Il est intéressant de relever que la LAMA a fait l'objet d'une multitude de tentatives de révision, dont seulement une a abouti⁴⁶. Plusieurs d'entre elles ont porté sur la compensation du revenu en cas d'incapacité de travail en raison d'une maladie, essentiellement dans le but de rendre la couverture sociale obligatoire.

Ainsi, à la suite d'une initiative lancée par le Parti socialiste en 1970 « pour une meilleure assurance-maladie »⁴⁷ et d'un rapport rédigé deux ans plus tard par une commission d'experts⁴⁸, le Conseil fédéral a proposé un contre-projet qui prévoyait, notamment, une couverture obligatoire de la perte de revenu pour les travailleuses et les travailleurs salariés, par le biais d'indemnités journalières financées paritairement par les personnes assurées et par leurs employeurs, la cotisation étant fixée en pourcentage du salaire⁴⁹. Ce contre-projet a été rejeté en votation populaire en décembre 1974 par plus de 70 % de la population⁵⁰, la couverture obligatoire de la perte de salaire ne semblant à nouveau pas avoir été un élément décisif pour cette issue.

L'idée d'introduire une couverture sociale obligatoire en cas d'incapacité de travail causée par une maladie a été abandonnée à l'issue d'une nouvelle tentative de révision de la LAMA, initiée en 1981 par le Conseil

⁴⁵ Voir Message du Conseil fédéral du 19 mars 1973 à l'appui d'un projet modifiant la constitution fédérale dans le domaine de l'assurance-maladie, accidents et maternité et rapport sur l'initiative populaire pour une meilleure assurance-maladie (FF 1973 I 908), 913 s.

⁴⁶ Voir Message du Conseil fédéral du 6 novembre 1991 concernant la révision de l'assurance-maladie (FF 1992 I 77), 90.

⁴⁷ Le texte proposé par les initiateurs est disponible sur le site Internet de la Confédération (<https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/vi/visg7t.html>). Les résultats ont été publiés dans la Feuille fédérale (FF 1973 I 909).

⁴⁸ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 19 mars 1973 à l'appui d'un projet modifiant la constitution fédérale dans le domaine de l'assurance-maladie, accidents et maternité et rapport sur l'initiative populaire pour une meilleure assurance-maladie (FF 1973 I 919).

⁴⁹ Voir Message rév. LAMA 1973 (note 45), 948 s.

⁵⁰ GNAEGI, 78.

fédéral⁵¹. Si cette proposition persévérât pourtant dans la voie d'un renforcement de la protection sociale sous cet angle-là, les Chambres fédérales abandonnèrent l'idée en raison des vives critiques émises lors des débats parlementaires⁵². Cette nouvelle tentative de révision sera à son tour rejetée en votation populaire en décembre 1987, sans que cet abandon ne joue de rôle décisif dans cette issue.

3. La loi sur l'assurance-maladie de 1994

Amorcée pour résoudre les divers problèmes constatés dans la mise en œuvre de la LAMA⁵³, la révision de l'assurance-maladie a débouché sur l'adoption, en mars 1994, de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal), entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1996.

La LAMal prévoit principalement un régime obligatoire d'assurance pour les soins de santé (assurance obligatoire des soins⁵⁴). Elle prévoit aussi un régime facultatif d'indemnités journalières⁵⁵ destiné à toute personne domiciliée ou travaillant en Suisse et est âgée de 15 à 65 ans⁵⁶. Le caractère facultatif de l'assurance d'indemnités journalières avait été préconisé par la commission d'experts chargée d'établir le projet de loi, option confirmée par la majorité des avis exprimés dans le cadre de la procédure de consultation. L'introduction d'une assurance obligatoire d'indemnités journalières était perçue par certains comme une menace pour la révision de la loi sur l'assurance-maladie, dont l'échec n'était pas envisageable en raison du sentiment d'urgence suscité par l'augmentation massive des coûts de la santé durant les dernières décennies⁵⁷.

4. Les discussions ultérieures

Depuis l'entrée en vigueur de la LAMal, en 1996, la question de l'absence de protection sociale en cas d'incapacité de travail découlant

⁵¹ Message du Conseil fédéral du 19 août 1981 sur la révision partielle de l'assurance-maladie (FF 1981 II 1069).

⁵² Voir Message LAMal (note 46), 93.

⁵³ Voir Message LAMal (note 46), 79 et 87 s.

⁵⁴ Art. 3 ss LAMal.

⁵⁵ Art. 67 ss LAMal.

⁵⁶ Voir art. 67 al. 1 LAMal.

⁵⁷ Voir Message LAMal (note 46), 108 et 121 s.

de maladie a régulièrement été évoquée par les instances politiques fédérales. Dans le cadre d'une révision très partielle de la loi, le Conseil fédéral a répondu à plusieurs interventions parlementaires déposées depuis son entrée en vigueur⁵⁸ qu'il n'était pas le moment de procéder à l'introduction d'une assurance sociale obligatoire, au vu des charges financières supplémentaires qu'engendrerait une telle modification. Il n'a cependant pas fermé la porte à une révision ultérieure⁵⁹.

D'autres interventions ont suivi⁶⁰, jusqu'à ce que, en 2004, le Conseil fédéral soit requis par la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national d'évaluer la législation actuelle et ses insuffisances, et de présenter au Parlement un rapport assorti d'éventuelles propositions législatives⁶¹.

En réponse à cette interpellation, le Conseil fédéral a remis un rapport au mois de septembre 2009⁶², dans lequel il parvenait à la conclusion, après avoir décrit en détail les solutions législatives en vigueur, qu'elles étaient suffisantes, dans la mesure où elles offraient une protection adéquate à la grande majorité des travailleurs. Il a toutefois pris en considération de possibles améliorations, mais a renoncé à suivre les pistes évoquées en raison du climat politique et économique⁶³.

Les auteurs des (nombreuses) interventions postérieures à ce rapport ont régulièrement été renvoyés à ses conclusions⁶⁴, qui ont été reprises dans une deuxième étude dont le Conseil fédéral avait été chargé au

⁵⁸ Curiavista, objets n° 96.3283 (Ip. Brunner/CE), 97.1100 (Question Borei/CN), 97.3173 (Mo. Schmid/CN) et 97.3294 (Mo. Maury-Pasquier/CN).

⁵⁹ Message du Conseil fédéral du 21 septembre 1998 concernant l'arrêté fédéral sur les subsides fédéraux dans l'assurance-maladie et la révision partielle de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (FF 1999 I 727), 763 s.

⁶⁰ Pour une liste exhaustive, voir SCHORDERET, 21 (annexe 1).

⁶¹ Curiavista, objet n° 04.3000 : Lacunes et incohérences de la LAMal en matière d'indemnités journalières, 25 février 2004 (Po. CSSS/CN).

⁶² Evaluation du système d'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie et propositions de réforme, Rapport du Conseil fédéral du 30 septembre 2009 en réponse au postulat 04.3000 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national, disponible sur le site Internet de l'OFSP (www.bag.admin.ch/dam/bag/en/dokumente/kuv-aufsicht/krankenvversicherung/reformvorschlaege-taggeldversicherung-krankheit.pdf.download.pdf/evaluation-reformvorschlaege-taggeld-november-2009-f.pdf).

⁶³ Voir Rapport du CF 2009 (note 62).

⁶⁴ Pour une liste de ces interventions, voir DUPONT, *RDS 2019*, 53 ; SCHORDERET, 21 (annexe 1).

sujet de la création d'une assurance générale de revenus⁶⁵. Au terme d'un troisième rapport consacré à la coordination des indemnités journalières en cas de maladie versées par les assureurs privés avec les prestations des assurances sociales, le Conseil fédéral relève des lacunes qui, pourtant, n'entraînent selon lui pas de nécessité de légiférer⁶⁶.

5. Synthèse

Ce survol historique révèle qu'aux premiers temps de l'assurance-maladie et pendant plus de 80 ans, les autorités politiques étaient plutôt favorables à l'instauration d'une protection obligatoire du revenu en cas de maladie, à tout le moins pour ce qui concerne les travailleurs salariés. Dans la même logique que l'on retrouvera au moment des discussions sur le revenu de base inconditionnel⁶⁷, il apparaît, dès les premières discussions au sujet de l'assurance-maladie, qu'il est difficile de concevoir le versement d'indemnités journalières aux personnes qui ne réalisent pas de revenus, singulièrement aux enfants. Dès lors que les soins de santé sont pris en charge par l'assurance, une compensation complémentaire n'est pas nécessaire.

L'idée d'une assurance obligatoire d'indemnités journalières a été mise de côté assez tard, dans les années 1980, pour des motifs d'opportunité politique : au regard des particularités du système helvétique, les révisions de grande ampleur peinent davantage à convaincre que celles qui s'adaptent au rythme des « petits pas »⁶⁸.

Compte tenu du nombre d'interventions politiques dénonçant les insuffisances de la législation actuelle, qui fait la part belle au commerce de l'assurance privée, sans que les personnes assurées ne bénéficient,

⁶⁵ Couverture sociale du revenu chez les actifs. Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat du 12 juin 2009 (09.3655/Schenker Silvia « Assurance générale du revenu », du 14 septembre 2012, texte disponible sur le site Internet de l'OFAS (www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/politique-sociale/soziale-absicherung/couverture-sociale-du-revenu.html)).

⁶⁶ Coordination entre les assurances d'indemnités journalières et les prestations du 1^{er} et du 2^{ème} piliers. Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat 12.3087 Nordmann du 7 mars 2012, du 28 juin 2017 (texte disponible sur le site Internet du Parlement). Sur toute cette question, voir DUPONT, *RDS* 2019, 53 s.

⁶⁷ Message du 24 août 2014 concernant l'initiative « pour un revenu de base inconditionnel » (FF 2014 6322).

⁶⁸ GREBER, N 730.

dans ce contexte, de protection particulière, il est étonnant que le Conseil fédéral, respectivement d'autres acteurs de la scène politique, ne se montrent pas plus entreprenants. Certaines évolutions de notre société et du monde du travail devraient néanmoins inciter les autorités politiques à se montrer créatives plus rapidement qu'elles ne le pensent⁶⁹.

III. Influence des réflexions internationales

Dans les documents que nous avons consultés pour retracer l'histoire des réflexions helvétiques sur l'assurance d'un revenu de substitution en cas d'incapacité de travail causée par une maladie, il n'est que très peu question des travaux menés, à la même époque pourtant, au sein des organisations internationales, singulièrement de l'Organisation internationale du Travail.

Dans le cadre de la ratification de différents textes édictés sous l'égide de cette dernière, mais aussi d'autres organisations internationales, il a fallu aborder la question du revenu de substitution en cas de maladie. Nous étudierons dans ce chapitre ce que les autorités suisses ont pu en dire, et les éventuels impacts de ces réflexions sur l'évolution des discussions nationales, en distinguant les discussions autour de la ratification de la norme minimum de sécurité sociale (Convention OIT n° 102 ; A) de celles qui ont accompagné d'autres textes adoptés sous l'égide de l'OIT ou d'autres organisations internationales (B).

A. La ratification de la Convention OIT n° 102

Si l'on fait abstraction de la Convention OIT n° 18 concernant la réparation des maladies professionnelles⁷⁰, que la Suisse a ratifiée en 1927⁷¹, le premier texte ayant confronté cette dernière à la question d'une couverture obligatoire de la perte de revenu en cas de maladie est

⁶⁹ Pour une vision globale des problèmes induits par la législation actuelle, Voir DUPONT, *RDS* 2019, 45 ss.

⁷⁰ RS o.832.21.

⁷¹ En Suisse, les maladies professionnelles sont couvertes dans le cadre de l'assurance-accidents obligatoire (LAA).

la Convention OIT n° 102 concernant la sécurité sociale (norme minimum) de 1952. Cette convention prévoit en effet une troisième partie consacrée aux indemnités de maladie, dont l'objectif est d'inciter les Etats signataires à couvrir « l'incapacité de travail résultant d'un état morbide et entraînant la suspension du gain telle qu'elle est définie par la législation nationale »⁷².

Après que le principe de l'élaboration d'une convention fixant une norme minimum de sécurité sociale a été accepté lors de la 34^{ème} session de la Conférence internationale du Travail⁷³, la Convention OIT n° 102 a été adoptée lors de la session suivante⁷⁴. Les représentants de la Suisse se sont prononcés en faveur tant du principe de l'adoption de la Convention que, par la suite, de ses modalités⁷⁵.

S'est alors posée la question de savoir si la Suisse pouvait envisager de ratifier cette convention. Dans son rapport de 1953, le Conseil fédéral décrit de manière détaillée la structure et le contenu de la Convention OIT n° 102, ainsi que la procédure de ratification, partiellement à la carte⁷⁶. Il examine ensuite soigneusement, pour chaque branche de la sécurité sociale, la conformité du droit suisse avec les exigences de l'OIT, et parvient à la conclusion que malgré l'étendue de la protection offerte à la population helvétique, la législation sociale n'est, à ce moment de l'histoire du pays, pas suffisamment développée pour répondre aux exigences de la norme minimum, à l'exception de la législation en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles⁷⁷.

S'agissant, spécifiquement, de la partie consacrée aux indemnités de maladie, le Conseil fédéral confronte la réalité helvétique aux exigences de la Convention. Cette dernière prévoit des quotas de personnes qui doivent être incluses dans la couverture, laissant aux Etats le choix de se référer à la qualité de travailleur ou de résidant, ou encore de prendre en

⁷² Art. 14 de la Convention OIT n° 102 (RS 0.831.102).

⁷³ Voir Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 12 décembre 1952 sur la trente-quatrième session de la conférence internationale du travail (FF 1952 III 810), 814.

⁷⁴ Voir Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 18 décembre 1953 sur la trente-cinquième session de la conférence internationale du travail (FF 1953 III 1021), 1024.

⁷⁵ Voir Rapport 1952 (note 73), 814 ; Rapport 1953 (note 74), 1024.

⁷⁶ Voir art. 2 de la Convention OIT n° 102.

⁷⁷ Voir Rapport 1953 (note 74), 1042 ss et 1049 s.

considération les revenus⁷⁸ ; elle prescrit le versement de prestations durant 26 jours par cas⁷⁹, de sorte à couvrir au minimum 45 % du salaire⁸⁰. A cet égard, le Conseil fédéral constate que si une proportion suffisante de la population active est vraisemblablement couverte, la quotité et la durée de la couverture du salaire sont insuffisantes dans la majorité des cas⁸¹. Le Conseil fédéral souligne, s'agissant du premier défaut, que le développement des conventions collectives de travail rendant obligatoire l'assurance pour une indemnité journalière pourrait rapidement y remédier. Demeurerait alors la seconde difficulté⁸².

La question de la ratification de la Convention OIT n° 102 reste alors en suspens pendant de longues années. Du fait, notamment, de l'amélioration des prestations versées dans le cadre de l'assurance-vieillesse et survivants⁸³ et de l'entrée en vigueur de l'assurance-invalidité⁸⁴, le Conseil fédéral estime, en 1976, que la Suisse est désormais en mesure de ratifier cinq des neuf parties de la Convention OIT n° 102, soit les parties relatives aux prestations de vieillesse (V), aux prestations en cas d'accidents du travail et de maladies professionnelles (VI), aux prestations aux familles (VII), aux prestations d'invalidité (IX) et aux prestations de survivants (X). Il souligne que « pour la ratification des quatre autres parties, bien que dans certains cas et sur certains points les normes requises par la Convention OIT n° 102 soient largement atteintes, il faut encore attendre le prochain développement de la législation nationale et espérer en particulier que la révision de certaines lois d'assurances sociales actuellement en cours – assurance-chômage, assurance-maladie – pourra être conçue de façon à permettre

⁷⁸ Voir art. 15 de la Convention OIT n° 102.

⁷⁹ Voir art. 18 de la Convention OIT n° 102.

⁸⁰ Convention OIT n° 102, annexe à la partie XI.

⁸¹ Voir Rapport 1953 (note 74), 1043.

⁸² Voir Rapport 1953 (note 74), 1043.

⁸³ Voir RO 1972 2537 et RO 1974 1589.

⁸⁴ Adoptée en 1956, la loi fédérale du 9 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI ; RS 831.20) est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1959.

de nouvelles ratifications ultérieures »⁸⁵. La ratification est acceptée par les Chambres, respectivement en mars et en juin 1977⁸⁶.

Pour mémoire, à cette même période, l'idée d'introduire une couverture sociale obligatoire en cas d'incapacité de travail causée par une maladie n'a pas encore été écartée⁸⁷, de sorte que dans l'esprit du Conseil fédéral, la ratification de la partie III de la Convention OIT n° 102 restait envisageable. Il est intéressant, dans ce contexte, de relever que les discussions en droit interne au sujet de l'assurance-maladie, singulièrement de la couverture de la perte de revenu, ne transparaissent pas dans les discussions au sujet de l'adoption de la Convention OIT n° 102.

A l'inverse, les discussions amorcées en 1953 en vue de la ratification de la Convention OIT n° 102 ne sont pas mentionnées dans les discussions au sujet du droit interne. Dans son message en vue de l'adoption de la LAMal, le Conseil fédéral mentionne les instruments adoptés dans le cadre du Conseil de l'Europe, singulièrement le Code européen de sécurité sociale. Dans ce contexte, il est indiqué que la révision de la loi sur l'assurance-maladie s'inscrit dans la ligne des prescriptions du Conseil de l'Europe, mais que malgré la révision en cours, il resterait impossible de ratifier les parties II et III du Code européen, concernant respectivement le traitement médical et les indemnités journalières en cas de maladie⁸⁸.

Les instruments de l'Organisation internationale du Travail ne sont pas évoqués. Dans la mesure où, s'agissant de la perte de salaire en cas de maladie, la réglementation du Code européen de sécurité sociale est similaire à celle de la Convention OIT n° 102⁸⁹, on peut imaginer que si le Conseil fédéral s'était prononcé sur l'opportunité d'une ratification de la troisième partie de ce second instrument, il serait parvenu à la même conclusion d'une impossible ratification. Les trois caractéristiques du

⁸⁵ Message du Conseil fédéral du 17 novembre 1976 concernant trois conventions de l'Organisation internationale du Travail et du Conseil de l'Europe, relatives à la sécurité sociale (FF 1976 III 1345), 1374.

⁸⁶ BO 1997 CE 2 et BO 1977 CN 895.

⁸⁷ Voir *supra* II.B.

⁸⁸ Voir Message LAMal (note 46), 210 s.

⁸⁹ Cpr art. 13 à 18 de la Convention OIT n° 102 et art. 13 à 18 du Code européen de sécurité sociale (RS 0.831.104).

régime (facultatif) d'indemnités journalières selon la LAMal rendant la solution helvétique non conforme avec les instruments internationaux sont la limitation du droit à 720 jours durant une période de 900 jours, l'absence de participation de l'employeur au financement des primes et la fixation individuelle du montant de l'indemnité journalière, sans égard pour le revenu de la personne assurée.

B. Autres textes internationaux

L'harmonisation des législations nationales en matière de sécurité sociale fait l'objet d'autres textes, pour certains traitant de la protection sociale dans son ensemble, comme le Code européen de sécurité sociale, pour d'autres de manière sectorielle, comme la Convention OIT n° 168 concernant la promotion de l'emploi et la protection contre le chômage⁹⁰ ou la Convention OIT n° 128 concernant les prestations d'invalidité, de vieillesse et de survivants⁹¹.

Menant les mêmes réflexions qu'à l'égard de la Convention OIT n° 102, la Suisse a partiellement ratifié le Code européen de sécurité sociale, la partie consacrée aux indemnités journalières en cas de maladie ne l'ayant pas été, comme nous l'avons évoqué ci-dessus. Notons que la Suisse, qui a pourtant signé la Charte sociale européenne en 1976, ne l'a toujours pas ratifiée, malgré deux tentatives (en 1987 et en 2004). Ce texte fait l'objet d'une opposition de principe, notamment parce qu'elle suppose l'engagement des Etats, sous la rubrique « droit à la sécurité sociale », à maintenir le régime de sécurité sociale à un niveau satisfaisant, au moins égal à celui nécessaire pour la ratification du Code européen de sécurité sociale⁹².

Les conventions sectorielles de l'OIT ont plus volontiers été ratifiées par la Suisse, toujours après que le droit helvétique avait atteint les standards internationaux. Ainsi, la Convention OIT n° 128 a été ratifiée en 1977, soit après l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité et après que le montant des rentes de vieillesse a été

⁹⁰ RS 0.822.726.8.

⁹¹ RS 0.831.105.

⁹² Voir art. 12 de la Charte sociale (révisée).

augmenté⁹³. Quant à la Convention OIT n° 168, elle a pu être ratifiée très rapidement (1990) car l'assurance-chômage obligatoire venait d'entrer en vigueur (1983) au moment de sa signature (1988).

IV. Conclusion

Au terme de notre analyse, nous parvenons à la conclusion que la question du revenu de substitution en cas de maladie illustre de manière presque caricaturale l'attitude de la Suisse face à ses engagements internationaux, en matière de sécurité sociale à tout le moins.

Nous avons montré que dans l'élaboration de sa législation en matière de protection sociale, la Suisse ne s'est pas, ou peu, laissée influencer par les conventions internationales, y compris celles qu'elle avait signées. Son attitude face à la Convention OIT n° 102 montre qu'elle n'a jamais eu le souhait de s'en inspirer pour améliorer la protection sociale des personnes vivant sur son territoire. La ratification de la Convention, ou plus exactement de certaines de ses parties, est intervenue uniquement lorsque la législation interne était d'ores et déjà conforme aux réquisits de l'Organisation internationale du Travail. La même attitude a été adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe.

Cette posture n'est pas propre au domaine de la sécurité sociale, et correspond à une pratique établie qui se comprend aisément compte tenu de la configuration politique helvétique et du caractère toujours aléatoire du processus législatif dans un système de démocratie directe⁹⁴. Il est cependant intéressant de relever que dans le discours helvétique, l'absence de conformité du droit interne avec les objectifs

⁹³ L'assurance-invalidité est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1960 (RO 1959 85) ; les rentes AVS ont été augmentées dès le 1^{er} janvier 1973 (RO 1972 2537).

⁹⁴ Septième rapport sur la Suisse et les conventions du Conseil de l'Europe du 19 janvier 2000 (FF 2000 1083), 1086. A noter une exception, lors de l'examen de la Convention OIT n° 183 sur la protection de la maternité du 15 juin 2000 (C 183), qui impose entre autres de compter le temps d'allaitement comme temps de travail ; le Conseil fédéral avait proposé la ratification de cette convention en précisant qu'il n'y avait dans le droit suisse qu'une « divergence mineure » qui pouvait être corrigée sans toucher à la loi fédérale (voir Avis du conseil fédéral sur le rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 10 novembre 2011 portant sur l'initiative parlementaire – ratification de la Convention n° 183 de l'OIT sur la protection de la maternité [FF 2012 1623], 1625).

de la Convention OIT n° 102 aurait empêché *ex lege* sa ratification⁹⁵, ce qui ne ressort ni de son texte, ni de son interprétation⁹⁶.

Par ailleurs, la Suisse n'est, sur le plan interne, de loin pas restée inactive depuis l'adoption de la Convention OIT n° 102, l'essentiel des lois en matière de protection sociale ayant été adopté durant la seconde moitié du XX^{ème} siècle. S'agissant spécifiquement de l'idée d'une protection du revenu pendant une période d'incapacité de travail causée par une maladie, on a pu voir que ce n'est qu'au détour d'une énième tentative de réviser l'assurance des soins qu'elle a été abandonnée.

Cette idée pourrait-elle être remise à l'ordre du jour ? A notre sens, c'est une issue incontournable. En effet, la protection par le biais du droit du travail et des assurances privées présente des lacunes qui menacent tout l'édifice de la protection sociale⁹⁷. Il ne faut cependant pas s'attendre à ce que les conventions internationales soient le motif d'une refonte de ce système, encore moins le prétexte, compte tenu du climat politique actuel. Seul un large consensus populaire à l'intérieur du pays est susceptible de convaincre les autorités politiques de la nécessité d'un changement.

Bibliographie

DUPONT ANNE-SYLVIE, La Suisse et la sécurité sociale : ce qui prend du temps finit par être bien (chapitre XIII), in : La Sécurité sociale – Universalité et modernité – Approche de droit comparé, Isabelle Daugareilh/Marlyse Badel, Paris 2019, pp. 191 ss (cité : DUPONT, *La Suisse et la sécurité sociale*).

DUPONT ANNE-SYLVIE, La compensation financière de l'incapacité de travail, in : RDS 138 (2019) I, pp. 37 ss (cité : DUPONT, *RDS 2019*).

DUPONT ANNE-SYLVIE, La procédure applicable en matière d'assurances à l'assurance-maladie sociale, in : Le procès civil social, François

⁹⁵ Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur la trente-cinquième session de la conférence internationale du travail (FF 1953 III 1021), 1049.

⁹⁶ Voir art. 2 de la Convention OIT n° 102. Voir également SERVAIS, N 118 ss.

⁹⁷ Nous avons expliqué ces lacunes en détail dans notre contribution à la RDS 2019.

Bohnet/Anne-Sylvie Dupont (édits), Neuchâtel 2018, pp. 91 ss (cité : DUPONT, *Le procès civil social*).

FAVRE CHRISTIAN/MUNOZ CHARLES/TOBLER ROLF, *Le contrat de travail, code annoté*, Lausanne 2010.

FRAGNIÈRE JEAN-PIERRE/GIROD ROGER, *Dictionnaire suisse de politique sociale*, 2^{ème} éd., Lausanne 2002.

GREBER PIERRE-YVES, *Droit international et européen de la sécurité sociale : ONU, OIT et Conseil de l'Europe*, Bâle 2011.

GNAEGI PHILIPPE, *Histoire, structure et financement des assurances sociales*, 4^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle 2017.

KNÜSEL RENÉ/ZURITA FELIX, *Assurances sociales : une sécurité pour qui ? La loi Forrer et les origines de l'Etat social en Suisse*, Lausanne 1979.

LONGCHAMP GUY, ad art. 324a CO, in : *Commentaire du contrat de travail*, Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édits), Berne 2013, pp. 204 ss.

SCHORDERET PIERRE-ANTOINE, *L'assurance d'indemnité journalière en cas de maladie : une lacune dans le système de protection sociale ?*, Artias (Dossier du mois), août 2016 (disponible sur le site Internet www.artias.ch).

SERVAIS JEAN-MICHEL, *International Labour Law*, 5^{ème} éd., Alphen-sur-le-Rhin 2017.

Les normes de l'OIT et les discours sur le temps de travail en Suisse

Vers un contrôle accru des personnes salariées sur leur temps ?

KARINE LEMPEN */MARIE MAJOR **

Table des matières

I.	Introduction	82
II.	Travail ou « repos » ?	84
	A. « Temps de repos » : finalités selon l'OIT	85
	1. Protection de la santé physique et psychique	85
	2. Protection de la vie sociale	86
	3. Accomplissement des tâches domestiques	86
	4. Synthèse	87
	B. « Temps de travail »	88
	C. « Périodes de disponibilité »	91
III.	Travail ou « repos » ? Zones grises en cas de travail à domicile	92
	A. Renouveau du travail à domicile	92
	B. Travail domestique : assistance 24 heures sur 24	94
	1. Réalité en Suisse et dans le monde	94
	2. Règles spéciales	95
	3. Règles générales	97
	4. Décomptes horaires	98
	5. Vers un « droit à l'indisponibilité »	100
	C. Télétravail à domicile (« Home Office »)	103
	1. Réalité en Suisse et dans le monde	103
	2. Règles générales	104

* Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

** Titulaire du brevet d'avocate, CAS Droit du travail. Les auteures remercient Mmes Roxane Taleb et Elsa Perdaems, doctorantes à la Faculté de droit, du soutien apporté lors de la préparation de cette contribution.

3. Règles spéciales	108
4. Vers un « droit à la déconnexion »	109
5. Vers un assouplissement du cadre légal	111
6. Antagonisme des discours et similarité des arguments	112
7. Numérisation et « conciliation travail-famille »	113
D. Synthèse	115
IV. Travail rémunéré et travail de soins gratuit : comment concilier ?	116
A. Droit de demander des aménagements	116
1. « Droit » à la flexibilité	116
2. Traités onusiens	117
3. En Europe	119
4. En Suisse	120
B. Changement du taux d'occupation	123
1. Contrainte au temps partiel	123
2. Droit de réduire durant un certain temps	124
C. Congés pour assister des proches malades	127
V. Conclusion	128
Bibliographie	132

I. Introduction

Depuis cent ans, le temps est au cœur de l'activité normative de l'Organisation internationale du Travail. En 1919, la première convention adoptée par la Conférence internationale du Travail fixait, sur le plan mondial, la durée maximale du travail à huit heures par jour et quarante-huit heures par semaine¹. Au fil des années, suivant les transformations sociales, le droit de l'OIT s'est enrichi d'un grand nombre de conventions et recommandations concernant le temps de travail². Quand bien même la plupart de ces instruments n'ont pas été ratifiés par la Suisse, les dispositions de la loi fédérale sur le travail³ relatives à la durée du travail reflètent les standards internationaux⁴.

¹ Convention OIT n° 1 du 28 novembre 1919 sur la durée du travail (C001).

² Voir SERVAIS, *Droit international*, N 566.

³ Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr), RS 822.11.

⁴ Voir UEBE, *Arbeitsrecht*, N 1331-1335 au sujet des maxima prévus à l'art. 9 LTr.

A l'heure où le Parlement fédéral s'interroge sur la pertinence de ces normes dans un monde professionnel en pleine mutation⁵, cette contribution souhaite mettre en évidence l'émergence, en Suisse et ailleurs, de deux discours antagonistes sur la flexibilisation du temps de travail. Alors que le premier préconise un *assouplissement* des règles relatives à la durée et à l'enregistrement du travail, le second propose, en revanche, de *mieux encadrer* et documenter le travail effectué. Paradoxalement, les arguments invoqués de part et d'autre sont souvent les mêmes, à savoir la protection de la santé et la réalisation de l'égalité entre femmes et hommes grâce à une meilleure conciliation entre vie professionnelle et vie privée.

Les travaux de l'OIT sur le développement durable et la promotion d'un « temps de travail décent »⁶ montrent que la réalisation de ces deux objectifs – santé et égalité – passe par la mise en place d'une « flexibilisation encadrée », propre à accroître le *contrôle* des personnes salariées sur leur temps⁷. Une première étape sur le chemin qui mène vers ce que les anglophones nomment la « *Time Sovereignty* » – ou « *Zeitsouveränität* » en allemand – consiste à définir le « temps de travail » et le « temps de repos ».

Nous verrons dans la partie II que les plages de « repos » ne sont pas uniquement destinées au développement des loisirs, mais visent aussi à rendre possible l'accomplissement de tâches bénévoles d'assistance et de soins (*care*) aux proches, en sus du travail rémunéré.

Face à la nécessité de trouver un équilibre entre ces différents domaines de l'existence, le travail à domicile connaît, depuis quelques décennies, un regain d'intérêt.

La partie III s'intéresse à deux formes contemporaines de travail à domicile : d'une part, le travail domestique accompli par du personnel logé au sein du ménage employeur et, d'autre part, le télétravail réalisé à domi-

⁵ Voir notamment l'avant-projet du 18 juin 2018 relatif à l'initiative parlementaire (iv. pa.) 16.414 GRABER « Introduire un régime de flexibilité partielle dans la loi sur le travail et maintenir des modèles de temps de travail éprouvés », présenté *infra* partie III.C.5.

⁶ Voir OIT, *Garantir un temps de travail décent pour l'avenir*, Rapport du BIT, Conférence internationale du Travail, 107^{ème} session, 2018 (cité BIT, *Temps de travail décent*).

⁷ OIT, *L'initiative pour les femmes au travail : un nouvel élan pour l'égalité*. Rapport du Directeur général, Conférence internationale du Travail, 107^{ème} session, 2018, Genève, N 69-74.

cile au moyen des outils numériques. Dans les deux cas, il semble que le droit peine à considérer le travail à domicile comme du travail à part entière. Le décloisonnement des sphères privées et professionnelles rend la distinction entre « temps de travail » et « temps de repos » particulièrement délicate. À cet égard, la question de savoir si le *Home Office* favorise véritablement la conciliation des responsabilités professionnelles et familiales mérite une réponse nuancée.

La partie IV montre que, partout en Europe, la nécessité de favoriser la conciliation entre travail rémunéré et travail de soin gratuit pousse les partenaires sociaux à renégocier les normes sur le temps de travail. Divers pays européens ont mis en place des aménagements, tel que le droit de changer son taux d'activité, à la baisse ou à la hausse, en fonction des circonstances de la vie, comme l'arrivée d'un enfant, le vieillissement des parents ou la nécessité de se former à un nouveau métier.

En guise de conclusion, la partie V souligne que ce type d'aménagements permet de prendre en considération les parcours non linéaires et renforce le contrôle des personnes salariées sur leur temps mais ne change fondamentalement pas la répartition du travail rémunéré et non rémunéré entre femmes et hommes. En Suisse et ailleurs, l'ancienne revendication relative à une réduction généralisée du temps de travail semble revenir sur le devant de la scène.

II. Travail ou « repos » ?

La présente partie s'intéresse tout d'abord au « repos » et à sa raison d'être (A) pour ensuite mieux cerner le « temps de travail » (B) et évoquer l'existence d'un troisième temps, dit « temps de présence » ou « périodes de disponibilité » (C).

A. « Temps de repos » : finalités selon l'OIT

1. Protection de la santé physique et psychique

Une des acceptions du terme « repos » est le « délassement physique et mental » qui résulte de la « cessation des efforts » fournis par une personne pour un travail⁸.

Afin de garantir ce délassement et pour mettre fin aux conditions de travail déplorables qui régnaient dans certaines branches au début du XX^{ème} siècle, les premières conventions de l'OIT ont, dès 1919, réglementé la durée du travail dans les secteurs de l'industrie⁹, du commerce et des bureaux¹⁰.

En limitant la durée du travail à 8 heures par jour et 48 heures par semaine, ces conventions reconnaissaient implicitement, pour la première fois sur le plan international, des périodes minimales de repos journalier et hebdomadaire¹¹.

Dans un second temps, dès 1921, des conventions sur le repos hebdomadaire ont consacré, pour les mêmes domaines d'activité, le principe d'un repos minimal hebdomadaire de « vingt-quatre heures consécutives » pour « chaque période de sept jours »¹².

En 1924, une « recommandation sur l'utilisation des loisirs » définit le repos comme un temps de récupération physique – incluant des heures suffisantes de sommeil – et psychique, durant lequel les personnes salariées doivent pouvoir « faire ce qui leur plaît »¹³. Ainsi, l'OIT soulignait

⁸ Dictionnaire en ligne de l'Académie française, 9^{ème} édition.

⁹ C 001.

¹⁰ Convention OIT n° 30 sur la durée du travail (commerce et bureaux) du 28 juin 1930 (C 030).

¹¹ BIT, *Temps de travail décent*, N 159 ss.

¹² Convention OIT n° 14 sur le repos hebdomadaire dans l'industrie du 17 novembre 1921 (C 014) ; art. 2 § 1 ; Convention OIT n° 106 sur le repos hebdomadaire dans le commerce et les bureaux du 26 juin 1957 (C 106), art. 6. Voir aussi la Recommandation OIT n° 103 du 26 juin 1957 (R 103) préconisant une « période de repos hebdomadaire d'au moins trente-six heures, si possible consécutives », art. 1.

¹³ Préambule de la Recommandation n° 21 sur l'utilisation des loisirs du 5 juillet 1924 (R 021), désormais abrogée.

l'importance du temps libre et des loisirs avant même que la Déclaration universelle des droits de l'homme n'y consacre un article spécifique¹⁴.

2. Protection de la vie sociale

Le repos a également vocation à permettre le développement de relations sociales¹⁵. Ainsi, divers instruments de l'OIT limitent la possibilité de travailler selon des horaires « asociaux » (le soir, la nuit et le week-end)¹⁶.

A titre d'exemple, la Convention n° 14 de l'OIT, prévoit que le jour de congé hebdomadaire doit, autant que possible, être le même pour l'ensemble du personnel et coïncider avec les « jours consacrés par la tradition ou les usages du pays ou de la région »¹⁷. La Convention n° 171 de l'OIT¹⁸ vise à protéger non seulement la santé, mais aussi la vie familiale et sociale des personnes travaillant la nuit.

3. Accomplissement des tâches domestiques

Alors que la Convention n° 171 de l'OIT sur le travail de nuit concerne les personnes salariées sans distinction de sexe, le premier instrument de l'OIT sur ce thème, la Convention n° 4 de l'OIT, prohibait l'emploi nocturne dans les établissements industriels pour les femmes uniquement¹⁹.

À l'époque, cette interdiction était présentée comme une « mesure de santé publique visant à réduire le taux de mortalité féminine et infantile et à améliorer le bien-être physique et moral des femmes grâce à une nuit de repos plus longue, lui permettant de s'acquitter plus aisément de

¹⁴ Signée le 10 décembre 1948. Art. 24 : « Toute personne a droit au repos et aux loisirs et notamment à une limitation raisonnable de la durée du travail et à des congés payés périodiques ». Voir aussi art. 7 let. d. du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I, RS o.103.1).

¹⁵ BIT, *Temps de travail décent*, N 204.

¹⁶ Voir notamment BIT, *Le temps de travail décent, Equilibrer les besoins des travailleurs avec les exigences des entreprises*, Programme des conditions de travail et d'emploi, 2007, 7, avec les références.

¹⁷ Art. 2 § 3 C 014.

¹⁸ Convention OIT n° 171 sur le travail de nuit du 26 juin 1990 (C 171).

¹⁹ Convention OIT n° 4 sur le travail de nuit du 28 novembre 1919 (C 004). Les cas de force majeure étaient réservés, art. 3-4.

ses tâches ménagères »²⁰. Le travail de nuit des femmes était jugé « immoral » et « contraire aux valeurs familiales » puisque susceptible de distraire ces dernières de leur rôle de maîtresse du foyer²¹.

Le « repos » dont devaient bénéficier les femmes grâce à l'interdiction du travail de nuit n'avait donc pas pour finalité le développement de loisirs mais la prise en charge des tâches domestiques, préalable nécessaire à la pleine participation des hommes au marché du travail²².

Au fil des décennies, l'interdiction du travail de nuit a été levée pour les femmes exerçant des postes de direction²³ puis celles occupées dans les services de l'hygiène et du bien-être²⁴. Finalement jugées obsolètes²⁵, les Conventions n° 4 et 41 de l'OIT ont été abrogées en 2017 par la Conférence internationale du Travail.

4. Synthèse

Dès les premières années de son existence, l'OIT a souligné l'importance du repos et des loisirs.

Alors que la Convention n° 14 et la Recommandation n° 21 insistent sur la nécessité de garantir aux ouvriers « un temps suffisant pour faire ce qui leur plaît »²⁶, la Convention n° 4 interdit aux femmes de travailler la nuit dans l'industrie de façon à protéger la maternité et à permettre l'accomplissement par les mères de famille du travail domestique non rémunéré.

²⁰ Rapport III (1B) de la 89^{ème} session de la Conférence internationale du Travail (CIT) (2001), Etude d'ensemble des rapports concernant la Convention (n° 4) sur le travail de nuit (femmes), 1919, la Convention (n° 41) (révisée) du travail de nuit (femmes), 1934, la Convention (n° 89) sur le travail de nuit (femmes) (révisée), 1948, et le Protocole de 1990 relatif à la Convention sur le travail de nuit (femmes) (révisée), 1948, 27, N. 36.

²¹ Allant même jusqu'à « pousser les hommes à l'alcoolisme ». Rapport III (1B) N 36 (n 20). Voir aussi BIT, *Temps de travail décent*, N 401.

²² Dans ce sens : CONAGHAN, *Time to Dream*, 6-7, souligne que l'assignation des femmes à la sphère privée à la fois limitait la possibilité pour ces dernières de participer au marché du travail et rendait possible la pleine participation des hommes à ce marché.

²³ Convention OIT n° 41 (révisée) du travail de nuit des femmes du 19 juin 1934 (C 041).

²⁴ Convention OIT n° 89 (révisée) sur le travail de nuit des femmes du 9 juillet 1948 (C 089).

²⁵ Rapport VII (1), Abrogation de quatre conventions internationales du travail et retrait de deux conventions internationales du travail.

²⁶ Voir le préambule R 021.

Fondée sur le modèle de « l'homme pourvoyeur du revenu de la famille » (« *full-time male breadwinner* »)²⁷ et de la femme donneuse de soin, dont l'accès au marché du travail est subordonné à la réalisation des tâches domestiques, la Convention n° 4 a depuis peu été abrogée. La Recommandation n° 21 sur l'utilisation des loisirs n'est, elle aussi, plus en vigueur²⁸.

Au niveau des Nations Unies, le droit au repos et aux loisirs demeure consacré par l'article 24 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et par l'article 7 let. d. du Pacte ONU I.

De nos jours, selon le Comité CDESC, « le repos et les loisirs, la limitation de la durée du travail et les congés périodiques » ont vocation à aider « les travailleurs », quel que soit leur sexe, « à maintenir un équilibre approprié entre les responsabilités professionnelles, familiales et personnelles » ainsi qu'à « éviter les états de tensions, les accidents et les maladies liés au travail »²⁹.

B. « Temps de travail »

Le « temps de travail » (ou « durée du travail ») est circonscrit par le « temps de repos ». Mutuellement exclusifs³⁰, ces deux temps structurent le quotidien des personnes salariées.

La Convention n° 30 sur la durée du travail définit ainsi, de manière binaire, la durée de travail comme « le temps pendant lequel le personnel est à la disposition de l'employeur ; seront exclus les repos pendant lesquels le personnel n'est pas à disposition »³¹.

La durée du travail est limitée non seulement par les temps de repos, mais aussi par les maxima quotidien ou hebdomadaire prévus dans les

²⁷ CONAGHAN, *Time to dream*, 10.

²⁸ Recommandation retirée par décision de la Conférence internationale du Travail à sa 92^{ème} session (2004).

²⁹ CDESC, Observation générale n° 23 (2016) sur le droit à des conditions de travail justes et favorables (Doc. NU E/C.12/GC/23), § 46.

³⁰ Voir UEBe, *Arbeitsrecht*, N 1317 avec les références à la jurisprudence de la CJUE.

³¹ Art. 2 C 030.

Conventions n° 1, 30 et 47³² ainsi que par les règles de la Convention n° 171 sur le travail de nuit.

Bien que la Suisse n'ait ratifié aucun de ces instruments – invoquant notamment la répartition des compétences entre Confédération et cantons et le champ d'application trop large des conventions³³ – la loi fédérale sur le travail reflète néanmoins les standards internationaux relatifs à la durée du travail³⁴.

La LTr est applicable aux personnes salariées des entreprises privées et publiques, sous réserve de diverses exceptions sur lesquelles nous reviendront³⁵. La loi contient des dispositions visant à protéger la santé³⁶ et des prescriptions sur les durées de travail³⁷ et de repos³⁸. En particulier, la LTr limite la « durée du travail » à 45 heures³⁹ ou 50 heures par semaine, selon le type d'activité (art. 9 LTr).

Lors de son adoption, le Conseil fédéral relevait que la fixation d'une « durée maximum du travail a pour but non seulement de protéger la vie et la santé des travailleurs, mais encore de procurer à ceux-ci, comme ils le réclament, plus de loisirs ». Jugés admissibles par les « physiologues

³² Convention OIT n° 47 des quarante heures du 22 juin 1935 (C 047).

³³ Voir FF 1991 III 898, 912-916 expliquant que le champ d'application de la Convention OIT n° 171 sur le travail de nuit, qui englobe presque tous les travailleurs salariés, pose des difficultés, le législateur fédéral n'ayant pas la compétence de régler les conditions de travail du personnel des cantons et des communes. Le champ d'application de la loi sur le travail est un des facteurs expliquant que la Suisse n'ait pas non plus ratifié la Convention OIT n° 156 sur les travailleurs ayant des responsabilités familiales du 23 juin 1981 (C 156) (dont l'art. 2 précise que la Convention s'applique à l'ensemble des branches et des catégories de travailleurs et dont il sera question infra dans la partie IV.A.). Voir Objet du CF 86.008 Rapport sur le programme législatif « Égalité des droits entre hommes et femmes » du 26 février 1986, FF 1986 I 1132, ch. 6.3.3.2. S'agissant de la durée du travail, voir FF 1920 V 443, 504 ss.

³⁴ Voir UEBE, *Arbeitsrecht*, N 1331-1334, qui précise tout de même que la limite des 50 heures fixée à l'art. 9 al. 1 let. b LTR pour certains groupes professionnels va au-delà des standards internationaux et européens.

³⁵ Art. 2-4 LTr. Comme expliqué dans la partie III, les ménages privés (art. 2 al. 1 let. g) et les « travailleurs qui exercent une fonction dirigeante élevée » (art. 3 let. d), notamment, sont exclus du champ d'application.

³⁶ Art. 6, 35 et 36a LTr.

³⁷ Durée maximum de la semaine de travail (art. 9 LTr), travail de jour et travail du soir (art. 10), travail compensatoire (art. 11), travail supplémentaire (art 12 et 13).

³⁸ Voir en particulier les dispositions relatives aux pauses (art. 15), au repos quotidien (15a), au travail de nuit (art. 16ss), au travail du dimanche (art. 18ss), aux jours fériés (art. 20a).

³⁹ Initialement 46 heures en 1964. En 1975, une ordonnance du Conseil fédéral fixe la durée hebdomadaire légale du travail à 45 heures, RO 1975 2343 ; FF 1975 II 2265 ss.

du travail et du point de vue de la santé publique »⁴⁰, les maxima retenus correspondaient à ceux consacrés dans diverses conventions collectives et contrats individuels de travail au début des années soixante⁴¹.

Sous l'angle de la LTr, la question de savoir si on se trouve en présence de « temps de travail » est déterminante pour savoir, dans un but de protection de la santé, si la durée maximale du travail a été dépassée. L'éventuelle rémunération de ce temps est une question de droit privé⁴².

La loi ne définit pas la « durée du travail ». En revanche, l'art. 13 de l'Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail (OLT 1)⁴³ prévoit, à l'instar de la Convention n° 30, que la « durée de travail est le temps pendant lequel le travailleur doit se tenir à la disposition de l'employeur ». Selon la doctrine, cette notion doit être comprise de façon à inclure « tout laps de temps que le travailleur passe dans l'intérêt prépondérant de l'employeur conformément à la volonté de ce dernier »⁴⁴.

La qualification d'une période comme « temps de travail » est ainsi étroitement liée à la question de savoir si la personne salariée a passé ou non cette période dans l'intérêt prépondérant de la partie employeuse.

En revanche, l'endroit où se trouve la personne salariée (sur le lieu de travail⁴⁵ ou ailleurs) n'est pas déterminant. De plus, une période peut être comptabilisée comme du temps de travail même lorsqu'aucune prestation concrète n'a été fournie⁴⁶.

⁴⁰ Message loi sur le travail, FF 1960 II 885, 947.

⁴¹ FF 1960 II 885, 944-947.

⁴² VON KAENEL, N 7 *ad art.* 9 LTr; RUDOLPH/VON KAENEL, *Eclairage*, 172; NORDMANN/LOOSER N 14 *ad art.* 9 ArG. Voir aussi : WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 38.

⁴³ Ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (OLT 1), RS 822.111.

⁴⁴ VON KAENEL, N 5 *ad art.* 9 LTr; RUDOLPH/VON KAENEL, *Eclairage*, 171. La « volonté » se détermine sur la base de principes développés par la jurisprudence de droit privé en lien avec les heures supplémentaires (art. 321c al. 1 CO) et doit notamment être admise lorsque la partie employeuse *tolère* l'accomplissement d'une tâche en connaissance de cause, voir VON KAENEL, N 5 *ad art.* 9 LTr; NORDMANN/LOOSER N 12 *ad art.* 9 ArG.

⁴⁵ Le lieu de travail doit être compris comme « tout endroit où le travailleur doit se tenir pour effectuer le travail, dans l'entreprise ou en dehors » (art. 18 al. 5 OLT 1).

⁴⁶ VON KAENEL, N 5 *ad art.* 9 LTr; NORDMANN/LOOSER N 13 *ad art.* 9 ArG.

C. « Périodes de disponibilité »

Selon le droit de l'OIT, la notion de « temps de travail » est susceptible d'inclure les moments durant lesquels la personne salariée ne fournit aucune prestation concrète mais se tient prête à répondre aux éventuelles sollicitations de la partie employeuse et ne peut, pour cette raison, disposer librement de son temps⁴⁷. Nous verrons plus loin que l'OIT a plus particulièrement reconnu la nécessité de tenir compte de ces « périodes de disponibilité » en lien avec le travail domestique⁴⁸.

La loi fédérale sur le travail traite d'une forme spécifique de disponibilité, à savoir le service de piquet. A teneur de l'art. 14 al. 1 OLT 1, « est réputé service de piquet 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 en cas de situation d'urgence, effectuer des visites de contrôle ou faire face à d'autres situations particulières analogues »⁴⁹.

Ainsi, le piquet implique la fourniture d'une prestation supplémentaire à celle normalement convenue, afin de remédier à une situation extraordinaire⁵⁰.

Lorsque le service de piquet est accompli « dans l'entreprise »⁵¹, l'intégralité du temps doit être pris en considération lors du calcul de la durée de travail, que la personne salariée soit intervenue ou non (art. 15 al. 1 OLT 1)⁵². Lorsque le service de piquet est effectué « en dehors de l'entreprise », seul le temps pendant lequel la personne salariée accomplit effectivement une tâche doit être compté dans la durée du travail,

⁴⁷ BIT, *Temps de travail décent*, N 703 note 128.

⁴⁸ Voir art. 10 § 3 Convention OIT n° 189 et art. 8 § 1 Recommandation OIT n° 201 pour le secteur de l'économie domestique (examiné *infra* partie III. B). Voir aussi Art. 4 al. 2 Convention OIT n° 153 dans le domaine du transport routier.

⁴⁹ Sauf exceptions (art. 14 al. 3 OLT 1), le service de piquet ne peut excéder 7 jours par période de 4 semaines et la personne salariée ne peut être affectée à aucun service de piquet pendant les deux semaines consécutives à son dernier service (art. 14 al. 2 OLT1).

⁵⁰ En cela, le service de piquet se distingue du travail sur appel : NORDMANN/LOOSER N 31-32, 37 *ad* art. 9 ArG ; ZEIN, *Aménager*, 531ss. Voir aussi voir TF 4A_334/2017 du 4 octobre 2017, c. 2.3.

⁵¹ Le service de piquet est réputé intervenir dans l'entreprise lorsque la personne salariée doit intervenir dans un laps de temps très court. Voir NORDMANN/LOOSER, N 33 *ad* art. 9 ArG avec les références.

⁵² En principe, ce temps doit être rémunéré. Voir, parmi d'autres WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 38 ; NORDMANN/LOOSER, N 38 *ad* art. 9.

ainsi que le temps de trajet entre le domicile et le lieu de travail (art. 15 al. 2 OLT 1)⁵³.

Selon le Tribunal fédéral, la distinction entre le piquet accompli dans et en-dehors de l'entreprise repose sur l'idée selon laquelle la personne salariée jouit d'une plus grande liberté et a davantage de « possibilités de se reposer » hors de l'entreprise⁵⁴.

Mais comment appréhender les situations où le lieu de travail coïncide avec le domicile privé la personne salariée ? En particulier, comment identifier les périodes de disponibilité devant être considérées comme du temps de travail dans le cas où la personne salariée travaille à domicile ?

La troisième partie de cette contribution tente de répondre à cette question en examinant deux formes de travail à domicile, à savoir le travail domestique accompli par une personne logée par le ménage privé qui l'emploie et le télétravail à domicile (*Home Office*).

III. Travail ou « repos » ? Zones grises en cas de travail à domicile

A. Renouveau du travail à domicile

Essentiellement accompli par des femmes dans l'industrie horlogère ou textile, le travail à domicile, courant en Suisse jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle⁵⁵, fait l'objet de règles spéciales en matière de protection de la santé et de durée du travail.

⁵³ Le seul fait de s'être tenu à disposition hors de l'entreprise peut donner lieu à une indemnisation si la personne salariée n'a pour cette raison pas pu jouir librement de son temps. Tel sera le cas lorsque cette dernière doit se tenir prête à intervenir dans un très bref délai, par exemple 15 minutes : TF 4A_94/2010 du 4 mai 2010, c. 4.4 ; TF 4A_11/2016 du 7 juin 2016, c. 4.1. Voir aussi NORDMANN/LOOSER, N 38 *ad* art. 9 avec les références doctrinales.

⁵⁴ TF 4A_94/2010 du 4 mai 2010, c. 4.4 ; TF 4A_11/2016 du 7 juin 2016, c. 4.1.

⁵⁵ Conseil fédéral, Conséquences juridiques du télétravail, rapport du 16 novembre 2016 en réponse au postulat 12.3166 Meier-Schatz, ch. 4.1 (cité : CF, *Télétravail*).

En 1996, l'OIT s'est dotée d'une convention spécifique sur le travail à domicile⁵⁶. L'article 4 de cet instrument exhorte les Etats à « promouvoir, autant que possible l'égalité de traitement entre les travailleurs à domicile et les autres travailleurs salariés », notamment « en matière de sécurité et de santé au travail »⁵⁷. Au sujet du temps de travail, la Recommandation n° 184 précise que « le délai fixé pour achever un travail ne devrait pas être tel qu'il prive le travailleur à domicile de la possibilité de bénéficier d'un temps de repos journalier et hebdomadaire comparable à celui dont bénéficient les autres travailleurs »⁵⁸.

En Suisse, la loi fédérale sur le travail à domicile contient une disposition similaire intitulée « protection contre le surmenage »⁵⁹. Peu connue, cette loi s'applique aux « travaux artisanaux et industriels accomplis à la main ou à la machine qu'un travailleur exécute, seul ou à l'aide de membres de sa famille, dans son propre logement ou dans un autre local de son choix, et contre versement d'un salaire »⁶⁰. Vu la perte d'importance de cette forme d'activité en Suisse, cette législation spéciale est rarement appliquée de nos jours⁶¹.

Depuis quelques décennies, d'autres formes de travail à domicile gagnent en importance.

D'une part, l'économie domestique est actuellement en plein essor. En effet, la progression constante du travail rémunéré des femmes, le vieillissement de la population ainsi que l'insuffisance et le coût des structures de prise en charge entraînent une augmentation de la demande d'aide à domicile, sous forme de soins aux enfants ou aux personnes âgées⁶².

⁵⁶ Convention OIT n° 177 sur le travail à domicile du 20 juin 1996.

⁵⁷ Art. 4 al. 1 et al. 2 let. c. Voir aussi l'art. 7 de la Convention.

⁵⁸ Recommandation OIT n° 184 sur le travail à domicile du 20 juin 1996, art. 23. Sur la portée de ces instruments, voir SERVAIS, *Droit international*, N 735-742.

⁵⁹ Loi fédérale du 20 mars 1981 sur le travail à domicile (LTrD), RS 822.31, art. 7. Voir aussi l'art. 8 sur la protection de la vie et de la santé.

⁶⁰ Art. 1 al. 4 LTrD.

⁶¹ Pour une définition du travail à domicile traditionnel et les statistiques en Suisse, CF, *Télétravail*, ch. 3.1.3 et 4.1.

⁶² Parmi d'autres : OIT, *Temps de travail des travailleurs domestiques logés chez l'employeur*, Note d'information n° 7, 2014, 3. En Suisse : Conseil fédéral, *Soins aux personnes âgées : encadrer la migration pendulaire*, rapport du 29 avril 2015 en réponse au postulat 12.3266 Schmid-Federer, ch. 2.1 (cité : CF, *Soins aux personnes âgées*).

D'autre part, les nouvelles technologies de l'information et de la communication (TIC) ont pour conséquence un recours de plus en plus fréquent au télétravail à domicile (*Home Office*)⁶³.

En cas de travail numérique à domicile, comme en cas de travail domestique accompli par des personnes logeant au sein du ménage qui les emploient, la frontière entre vies professionnelle et privée tend à s'effacer.

Déjà centrale lors de l'élaboration des normes susmentionnées régissant le travail à domicile au sens traditionnel du terme⁶⁴, la question de l'applicabilité des dispositions générales sur le temps de travail à des activités accomplies dans des locaux privés, où les inspections ne sont en principe pas autorisées à pénétrer, garde toute son actualité.

La présente partie examine les règles relatives à la protection de la santé et à la durée du travail en cas de travail domestique (B) ainsi que de télétravail à domicile (C).

B. Travail domestique : assistance 24 heures sur 24

1. Réalité en Suisse et dans le monde

En Suisse et dans le monde, le recours au personnel domestique se développe comme une « stratégie » mise en place par les ménages privés pour remédier aux tensions croissantes entre responsabilités professionnelles et familiales⁶⁵. Traditionnellement, le travail domestique implique à la fois des tâches ménagères, comme le nettoyage, la lessive ou les courses, et l'assistance aux personnes dépendantes (enfants, personnes âgées ou handicapées)⁶⁶.

Le « travail domestique avec logement chez l'employeur est sans doute l'une des plus anciennes professions pour les femmes dans la plupart

⁶³ Pour la Suisse, voir CF, *Télétravail*, ch. 4. 2.1-4. 2.2.

⁶⁴ Voir SERVAIS, *Droit international*, N 735 ss au sujet de la Convention OIT n° 177.

⁶⁵ OIT, *Magazine Travail*, 68 (2010), Travail décent pour les travailleurs domestiques, 4.

⁶⁶ Mais non les soins médicaux : voir CF, *Soins aux personnes âgées*, ch. 2.4. Voir aussi le champ d'application relatif à l'Ordonnance du 20 octobre 2010 sur le contrat-type de travail pour les travailleurs de l'économie domestique (CTT économie domestique), RS 221.215.329.4, art. 3.

des pays du monde entier »⁶⁷. Les travailleuses concernées sont souvent des migrantes cherchant à subvenir aux besoins de leurs proches restés dans le pays d'origine. Vu la distance qui les sépare de leur propre famille, il n'est pas rare que ces dernières soient « considérées comme " libres " de travailler de longues heures chez les autres »⁶⁸.

Le personnel de maison à domicile « *Live-In* »⁶⁹ peut être engagé selon un horaire fixe ou variable. Lorsque l'engagement porte sur la prise en charge d'une personne dépendante, il est fréquent que les horaires de travail soient dictés par les besoins – généralement imprévisibles – de cette dernière. Une assistance 24 heures sur 24, par une ou plusieurs personnes logeant dans le ménage, peut être nécessaire⁷⁰.

De façon générale, les employés domestiques, en particulier « *Live-In* », figurent parmi les personnes salariées qui travaillent le plus longtemps et dont les horaires sont les plus imprévisibles, avec des conséquences négatives importantes sur la santé et la vie privée⁷¹.

Face à ce constat, l'OIT a jugé nécessaire de consacrer la plus récente de ses conventions aux conditions de travail dans le secteur de l'économie domestique⁷².

2. Règles spéciales

a) *Convention n° 189 de l'OIT sur le travail domestique*

La Convention n° 189 de l'OIT concernant le travail décent pour les travailleuses et travailleurs domestiques⁷³ ne fixe aucune durée maximale

⁶⁷ OIT, *Temps de travail des travailleurs domestiques logés chez l'employeur*, Note d'information n° 7, 2014, 1.

⁶⁸ *Ibid.*, 2.

⁶⁹ Sur cette notion, voir MEDICI, *Migrantinnen*, 6 ; SCHILLIGER, *24-h-Betreuung*, 166 ; VOGLER, *Haushaltshilfen*, 4.

⁷⁰ Voir VOGLER, *Haushaltshilfen*, 5 ; CF, *Soins aux personnes âgées*, ch.2.1.

⁷¹ OIT, *Temps de travail des travailleurs domestiques logés chez l'employeur*, Note d'information n° 7, 2014, 4-5.

⁷² Pour un résumé des débats qui ont mené à l'adoption de cette convention, voir TOMEI/BELSER, *Nouvelles normes*, 471 ss.

⁷³ Convention OIT n° 189 concernant le travail décent des travailleuses et travailleurs domestiques du 16 juin 2011 (C 189), RS 0.822.728.9, ratifiée le 12 novembre 2014.

du travail mais prévoit un temps de repos hebdomadaire minimal de 24 heures consécutives⁷⁴.

Afin de limiter l'étendue des zones grises entre « temps de travail » et « temps de repos », la Convention précise que « les périodes pendant lesquelles les travailleurs domestiques ne peuvent disposer librement de leur temps et restent à la disposition du ménage pour le cas où celui-ci ferait appel à eux doivent être considérées comme du temps de travail dans la mesure déterminée par » le droit national⁷⁵.

La Recommandation OIT n° 201 de l'OIT encourage les Etats à régler le « nombre maximal d'heures de disponibilité » exigibles et la façon dont pourrait s'effectuer leur calcul⁷⁶. Le temps de travail, y compris les « périodes de disponibilité » devrait être « fidèlement » documenté⁷⁷.

Selon la Convention, les Etats doivent faire en sorte que le personnel domestique soit informé de façon appropriée sur ses conditions d'emploi, notamment la durée du travail et les périodes de repos⁷⁸.

Enfin, la Convention souligne la nécessité d'assurer aux travailleurs domestiques qui vivent au sein du ménage des « conditions de vie décentes », respectueuses de la « vie privée »⁷⁹. Lors des périodes de repos ou de congés, ces derniers ne devraient « pas être obligés de rester au sein du ménage » ou avec ses membres⁸⁰.

⁷⁴ Art. 10 § 2.

⁷⁵ Art. 10 § 3 C 189. TOMEI/BELSER, *Nouvelles normes*, 476-477 relèvent que la rédaction de cette « disposition sur l'astreinte » a suscité de vives controverses.

⁷⁶ Voir l'art. 9 § 1 de la Recommandation OIT n° 201 sur les travailleuses et travailleurs domestiques du 16 juin 2011 (R 201).

⁷⁷ Art. 8 § 1 R 201.

⁷⁸ Art. 7 C 189.

⁷⁹ Art. 6.

⁸⁰ Art. 9 let. b.

b) Contrats-types de travail pour l'économie domestique

En Suisse, la durée du travail et du repos pour le personnel domestique est réglée spécifiquement par les cantons via les contrats-types de travail ordinaires (CTT) prévus à l'art. 359 al. 2 CO⁸¹.

Sauf accord contraire, le contrat-type de travail s'applique directement aux rapports de travail qu'il régit (art. 360 al. 1 CO), peu importe que les parties en aient ou non eu connaissance⁸². Le CTT ordinaire se caractérisant par sa nature dispositive, ces dernières peuvent convenir de déroger à certaines de ses dispositions. En principe cependant, dans le secteur de l'économie domestique, les accords contraires au détriment de la personne salariée doivent respecter l'exigence de forme écrite (art. 360 al. 2 CO)⁸³.

Notons que les dispositions impératives du code des obligations l'emportent sur les règles des contrats-types de travail qui leur seraient contraires (art. 359 al. 3 *cum* 358 CO)⁸⁴.

3. Règles générales

Le Code des obligations contient des règles impératives relatives au temps de travail et de repos, qui s'appliquent à tous les rapports de droit privé.

En particulier, l'art. 329 CO fonde le droit à un jour de congé hebdomadaire et aux congés usuels⁸⁵. De plus, l'art. 321c CO subordonne la réalisation d'heures supplémentaires à la condition, notamment, que la personne salariée puisse « s'en charger », eu égard à sa situation personnelle et familiale⁸⁶.

⁸¹ Le CTT « ordinaire », fondé sur l'art. 359 CO, est à distinguer de celui prévu aux articles 360a ss CO, qui vise à fixer un *salaire* minimum impératif pour une durée limitée. Pour un aperçu des CTT régissant l'économie domestique en Suisse, voir MEDICI, *Migrantinnen*, 86-95; LEMPEN/SALEM, *Travail domestique*, 81-85; VÖGLER, *Haushaltshilfen*, 37-41.

⁸² TF, 4P.277/2003 du 2 avril 2004, c. 3.1; TF, 4C.2/2013 du 10 juillet 2013, c. 1.3.

⁸³ Tous les CTT cantonaux relatifs au travail domestique exigent la forme écrite pour déroger aux dispositions concernant la durée du travail. Voir MEDICI, *Migrantinnen*, 89; JEANNERAT/MAHON, N 10 *ad* art. 360 CO.

⁸⁴ JEANNERAT/MAHON, N. 17 *ad* art. 359 CO.

⁸⁵ Voir aussi l'art. 329a afférent aux vacances et l'art. 329g sur le congé maternité.

⁸⁶ Voir DUNAND, N 20-22 *ad* art. 321c CO.

De façon plus générale, l'art. 328 CO oblige la partie employeuse à protéger la santé physique et psychique de son personnel⁸⁷. Le devoir de protection de la personnalité est particulièrement marqué en cas de communauté domestique au sens de l'art. 328a CO⁸⁸.

Dans ce contexte, le Tribunal fédéral a jugé que des horaires de travail excessifs peuvent porter atteinte à la personnalité et donner droit à une indemnité pour tort moral au sens de l'art. 49 CO. Une indemnité de CHF 12'000.- a, par exemple, été allouée à une domestique mineure qui avait travaillé presque sans interruption 13 heures par jour sur une période de 13 mois, sans congés ni vacances, contre une faible rémunération⁸⁹.

En revanche, le législateur ayant choisi d'exclure les ménages privés du champ d'application de la loi sur le travail (art. 2 al. 1 let. g LTr)⁹⁰, ses règles protectrices relatives à la durée du travail et du repos (art. 9 ss LTr) ne sont pas invocables par le personnel de maison.

Les règles sur l'enregistrement du temps de travail (art. 46 LTr et 73 OLT 1) ou sur le service de piquet (art. 14 et 15 OLT 1) ne trouvent pas davantage application, ce qui rend délicate, en pratique, l'identification du temps de travail.

4. Décomptes horaires

L'inapplicabilité de la loi sur le travail aux ménages privés rend ses dispositions sur l'enregistrement du temps de travail inopérantes. Or, sans documentation systématique, les heures de travail effectuées par le personnel « *Live-In* » s'avèrent très difficiles à prouver⁹¹.

⁸⁷ DUNAND, N 13 *ad* art. 328 CO.

⁸⁸ Voir MEDICI, *Migrantinnen*, 79-83; LEMPEN/SALEM, *Travail domestique*, 87; VOGLER, *Haushaltshilfen*, 17-19.

⁸⁹ TF, 4C.94/2003 du 23 avril 2004. En revanche, le Tribunal du travail du canton de Zurich a jugé, dans un arrêt ANo80423 du 9 août 2010, qu'une présence hebdomadaire de 108 heures, dont 50 heures de travail actif et 50 heures de piquet de nuit (« *Schlafpikett* ») ne portait pas atteinte à la personnalité.

⁹⁰ Pour une analyse critique des raisons de cette exclusion, voir LEMPEN/SALEM, *Travail domestique*, 86-88.

⁹¹ Sur la difficulté de prouver les horaires devant les tribunaux, voir LEMPEN/SALEM, *Travail domestique*, 90-91.

Afin de remédier à cette situation, certains cantons ont introduit dans leur contrat-type sur l'économie domestique une obligation d'enregistrer le temps de travail⁹². La partie employeuse est tenue d'établir un décompte des heures⁹³ qui, dans certains cantons, doit être signé par la personne salariée⁹⁴. La fréquence à laquelle ce décompte doit être établi est rarement précisée⁹⁵. Parfois, un droit de consultation par la personne salariée est expressément prévu⁹⁶.

En outre, un modèle de CTT élaboré en 2018 par le SECO⁹⁷ à l'intention des cantons en matière de prise en charge 24 heures sur 24 fixe de nouvelles normes, notamment en matière d'enregistrement du temps de travail. En particulier, il est prévu qu'un décompte détaillé soit visé chaque semaine par les parties au contrat⁹⁸. Une telle exigence suit la Recommandation OIT n° 201⁹⁹ et contribue à faciliter la preuve des heures de travail.

Les cantons qui n'ont pas encore adopté les normes minimales fixées par le modèle de CTT sont tenus de les intégrer dans leur propre CTT sur l'économie domestique d'ici à l'été 2019.

Rappelons toutefois que les CTT susceptibles de contenir des règles sur les décomptes horaires à établir sont de nature dispositive¹⁰⁰. Les parties

⁹² Parmi les cantons francophones, tel est le cas des cantons de Genève (art. 10bis al. 3 du Contrat type de travail avec salaires minimaux impératifs de l'économie domestique (CTT-Edom), RS/GE J 1 50.03), du Valais (art. 10 al. 9 du contrat-type de travail pour le personnel de l'économie domestique du Valais, Bulletin officiel) et Vaud (art. 14 de l'Arrêté établissant un contrat-type de travail pour le personnel des ménages privés (ACTT-mpr), RSV 222.105.1).

⁹³ CTT-Edom ; ACTT-mpr.

⁹⁴ Art. 10 al. 9 du contrat-type de travail pour le personnel de l'économie domestique du Valais, Bulletin officiel.

⁹⁵ Parmi les cantons susmentionnés, seul le canton du Valais prévoit la signature mensuelle (art. 10 al. 9).

⁹⁶ Contrat-type de travail pour l'économie domestique (CTT économie domestique), RSB 222.153.22. Même sans disposition explicite dans un CTT, le droit d'accès aux données personnelles est garanti par l'art. 8 de la Loi du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD), RS 235.1.

⁹⁷ SECO, Modèle de CTT complétant les contrats-types de travail cantonaux pour les travailleurs de l'économie domestique conformément à l'art. 359 al. 2 CO (cité : Modèle CTT).

⁹⁸ Modèle CTT, let. S al. 2.

⁹⁹ Art. 8 § 1. Pour un modèle de tableau-type d'enregistrement et d'explications, voir OIT, *Working around the clock? A manual for trainers to help live-in domestic workers count their working time*, 23 septembre 2014.

¹⁰⁰ Voir *supra* partie III.B.2.b.

au contrat individuel demeurent dès lors libres de renoncer par écrit (art. 360 al. 2 CO) à l'enregistrement du temps de travail¹⁰¹.

5. Vers un « droit à l'indisponibilité »

Comme déjà exposé, la Convention n° 189 définit les « périodes de disponibilité » comme celles « pendant lesquelles les travailleurs domestiques ne peuvent disposer librement de leur temps et restent à la disposition du ménage pour le cas où celui-ci ferait appel à eux »¹⁰². La question de savoir dans quelle mesure ces périodes doivent être considérées comme du « temps de travail » est particulièrement délicate à trancher lorsque la personne salariée vit dans le ménage qui l'emploie.

a) *Inapplicabilité des règles sur le service de piquet*

En l'absence de règle spécifique, les tribunaux suisses tendent à se référer aux art. 14 et 15 OLT 1 sur le service de piquet¹⁰³, bien que ces dispositions ne soient pas applicables aux ménages privés, comme souligné plus haut. Si l'on peut saluer les efforts déployés pour prendre ainsi en considération les périodes de disponibilité dans le contexte de l'économie domestique, force est de constater que l'application des art. 14 et 15 OLT 1 au personnel « *Live-In* » s'avère inadéquate à deux égards : d'une part en raison du fait que la distinction effectuée à l'art. 15 OLT 1 entre le travail effectué « dans l'entreprise » et « hors de l'entreprise » se prête mal à prendre en considération le fait que le domicile de la personne salariée est précisément dans l'entreprise. D'autre part, il peut être difficile de déterminer dans un cas concret si les heures « de disponibilité » sont effectuées pour « porter secours dans une situation d'urgence », « en sus du travail habituel » (art. 14 al. 1 OLT 1) ou dans le cadre de celui-ci.

¹⁰¹ Sans pour autant devoir respecter les conditions posées par la loi sur le travail et ses ordonnances (en particulier l'art. 73 OLT 1), non applicables aux ménages privés (art. 2 al. 1 let. g LTr).

¹⁰² Au sens de l'art. 10 § 2 C 189 mentionné *supra* partie III.B.2.a.

¹⁰³ A titre d'illustration, voir un arrêt rendu par la Cour de justice du canton de Genève le 18 janvier 2017, CAPH/14/2017, c. 5.4. Voir aussi l'arrêt 4A_96/2017 rendu par le TF dans la même affaire, dont le considérant 2.2 explique que la cour cantonale « n'est pas partie d'une notion juridique erronée du service de piquet à rémunérer ».

b) *Modèle de CTT pour la prise en charge 24 heures sur 24*

Depuis 2018, le modèle de CTT susmentionné¹⁰⁴ reconnaît le « temps de présence »¹⁰⁵ comme un « élément caractéristique de la prise en charge 24h/24 », qui donne droit à une rémunération¹⁰⁶

Le « temps de présence » est défini comme « le temps passé par le travailleur/la travailleuse dans le foyer ou dans les pièces occupées par la personne assistée, sans accomplir un travail actif, mais en se tenant à disposition de la personne assistée »¹⁰⁷.

En pratique, la question de savoir si le personnel « *Live-In* » se tient « à disposition » ou est en train de se reposer reste délicate à trancher. Faut-il considérer la personne salariée qui vit au domicile d'enfants ou de seniors susceptibles de l'appeler à tout moment comme étant continuellement « disponible » pour répondre aux besoins du ménage ?

La jurisprudence semble répondre par l'affirmative lorsque les enfants ou les seniors se trouvent dans une situation de dépendance et que personne d'autre dans le ménage n'est en mesure de s'en occuper.

c) *Critère de la dépendance*

Dans un cas récent, la Cour de justice du canton de Genève a jugé qu'une employée domestique était, dans le cadre de son activité habituelle de jour, « constamment » à disposition des « triplés » du ménage, « représentant les employeurs », sauf durant les périodes de prise en charge par leurs parents ou d'autres tiers¹⁰⁸.

Lors d'une autre affaire, le Tribunal fédéral a admis que « la présence de nuit d'une employée logée sur place » n'était devenue nécessaire, et ne devait être rémunérée, qu'à partir du moment où un certificat médical attestait que la personne âgée n'était plus autonome et avait besoin d'une garde nocturne¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Partie III.B.5.a.

¹⁰⁵ Le temps de présence n'est toutefois pas pris en compte dans la durée de travail hebdomadaire (let. E) qui est composé du travail « actif » et limité à 44 heures par semaine (let. D al. 1), soit un temps en-deçà des durées prévues actuellement par les CTT cantonaux.

¹⁰⁶ En fonction de l'intensité de l'assistance (let. E et K).

¹⁰⁷ Let. E.

¹⁰⁸ CAPH/56/2018 du 23 avril 2018, c. 2.7.

¹⁰⁹ TF 4A_96/2017 du 14 décembre 2017, c. 2.2.

Si le critère de dépendance est aisé à appliquer dans le cas d'enfants en bas âge, qui ne peuvent raisonnablement être laissés seuls la nuit, il peut s'avérer délicat à apprécier s'agissant d'adultes, notamment lorsque l'état de santé d'une personne âgée se dégrade progressivement pour finalement aboutir à une perte totale d'autonomie.

Par exemple, dans le cas précité du service de piquet de nuit, l'employée résidait dès le début de la relation contractuelle au domicile de l'employeur et il ne ressort pas de l'état de fait que l'employeur eût formellement exigé d'elle, au moment de la perte d'autonomie, une présence à domicile de nuit¹¹⁰.

Eu égard aux conséquences sur la rémunération de l'employée domestique, il eût été souhaitable que les parties déterminent précisément, dès le départ puis au fur et à mesure de l'évolution de la situation, si la présence de nuit était nécessaire ou non.

Dans les cas de prise en charge « intense »¹¹¹, le modèle de CTT mis à disposition par le SECO exige de la partie employeuse qu'elle examine régulièrement la situation et, après avoir effectué une pondération des intérêts, prenne des mesures concrètes pour adapter l'organisation de la prise en charge¹¹², le cas échéant en recourant aux services de tiers.

Si le devoir de documenter le temps de travail présenté au point précédent permet d'identifier avec précision l'activité déployée (travail actif, temps de présence, pauses, interventions durant le temps de présence, heures supplémentaires, etc.)¹¹³, l'obligation de réévaluer régulièrement les besoins a le mérite de clarifier la volonté des parties pour le futur et de permettre à la personne salariée de bénéficier d'une meilleure maîtrise de son temps. À cet égard, les nouveaux standards posés par le modèle de CTT doivent être salués.

¹¹⁰ *Ibidem*. Voir aussi l'état de fait contenu dans l'arrêt CAPH/14/2017 précité.

¹¹¹ « 2 à 3 fois par nuit » selon la let. K c. du modèle de CTT.

¹¹² Let. E al. 2.

¹¹³ Voir let. S al. 2.

C. Télétravail à domicile (« *Home Office* »)

1. Réalité en Suisse et dans le monde

La présente section s'intéresse au télétravail effectué à domicile¹¹⁴, de façon régulière ou occasionnelle, au moyen des technologies de l'information et de la communication. En effet, dans le monde entier, ce mode d'exercice à distance de l'activité salariée s'avère avoir des répercussions sur la durée du travail ainsi que sur les périodes de repos¹¹⁵.

L'impact sera plus ou moins prononcé selon que le télétravail remplace (totalement ou partiellement¹¹⁶) le travail de bureau ou qu'il s'agit de télétravail informel, réalisé de façon souvent non rémunérée¹¹⁷, en sus des heures contractuellement convenues (« phénomène des heures supplémentaires cachées »¹¹⁸). De même, en présence de télétravail à domicile régulier, l'identification des heures de travail sera plus ou moins ardue selon que le contrat prévoit des horaires fixes ou que seul aura été convenu un pourcentage du travail pouvant être effectué depuis la maison¹¹⁹.

De façon générale, l'agence Eurofound et le BIT mentionnent, comme première conséquence du télétravail, un *allongement de la durée* du travail¹²⁰. Un tel effet paraît logique lorsque le télétravail vient s'ajouter au travail convenu. En pratique, la frontière entre le télétravail formel, en lieu et place du travail de bureau, et le télétravail informel, addition-

¹¹⁴ Le télétravail « à domicile » doit être distingué du télétravail « nomade ». Selon un rapport du Conseil fédéral du 16 novembre 2016, « le télétravailleur mobile n'a pas de lieu fixe de travail et se déplace d'un endroit à l'autre, alors que le télétravailleur à domicile travaille à son domicile privé » (CF, *Télétravail*, ch. 3.2.2). Les tâches accomplies grâce aux moyens de télécommunication pourraient aussi être réalisées dans les locaux de l'entreprise (CF, *Télétravail*, ch. 3.1).

¹¹⁵ BIT, *Temps de travail décent*, N 736.

¹¹⁶ Sur le télétravail « total » ou « alterné » (avec une activité dans les locaux de l'entreprise), ainsi que le télétravail « partiel » (ne portant que sur certaines tâches comme la lecture de courriels), voir CF, *Télétravail*, ch. 3.2.3, 3.5.

¹¹⁷ Voir EUROFOUND/OIT, *Working everywhere*, 23 avec le renvoi à des études en Grande-Bretagne et en Inde.

¹¹⁸ Voir CF, *Télétravail*, ch. 7.4.1.1, avec les références.

¹¹⁹ Voir MÜLLER/MADUZ, *Arbeitszeit*, 466-467.

¹²⁰ Selon le rapport EUROFOUND/OIT, *Working everywhere*, 21-23, en Europe et dans d'autres régions du monde, les personnes qui font du télétravail tendent à travailler plus d'heures que celles qui travaillent exclusivement dans les locaux de l'entreprise. Le tableau 5 montre que ce constat vaut aussi pour le télétravail accompli à domicile de façon régulière.

nel, est toutefois difficile à tracer¹²¹. Dans les deux cas, le télétravail paraît entraîner un *déplacement des horaires* de travail en soirée et la nuit (entre 18 h 00 et 24 h 00)¹²². En outre, les personnes qui font du télétravail à domicile ont, plus souvent que celles ne recourant pas à cette modalité, tendance à faire des heures supplémentaires durant le week-end¹²³.

Au vu de ces évolutions, la question de savoir si les règles générales relatives à la durée du travail et à la protection de la santé s'appliquent et peuvent être mises en œuvre en cas de télétravail gagne en importance. Autrement dit, « le travail numérique est-il du travail ordinaire »¹²⁴ ?

2. Règles générales

a) *Protection de la personnalité et de la santé*

En Suisse, la personne qui accomplit une partie de son travail depuis son domicile est en principe fondée à se prévaloir des dispositions du Code des obligations sur le contrat de travail et notamment de l'art. 328 CO relatif à la protection de la personnalité¹²⁵.

En outre, contrairement au travail domestique dont il a été question plus haut¹²⁶, le télétravail est soumis aux règles impératives de la loi fédérale sur le travail¹²⁷, bien que cette loi ne donne aux autorités de con-

¹²¹ EUROFOUND/OIT, *Working everywhere*, 21-22. En particulier, lorsque le temps de travail convenu ne suffit pas pour atteindre les objectifs fixés par l'entreprise, la question de savoir si les heures accomplies depuis la maison sont ordonnées, tolérées ou cachées est parfois difficile à trancher.

¹²² *Ibid.*, 23-24.

¹²³ *Ibid.*, 24.

¹²⁴ MEIER/PÄRLI/SEILER, *Futur du dialogue social*, N 228 ss.

¹²⁵ Voir CF, *Télétravail*, ch. 6.2.1, 7.3.5.

¹²⁶ Voir partie III.B. et art. 2 let. g LTr.

¹²⁷ GEISER, *Neue Arbeitsformen*, 566-567 ; DOMENIG, *Homeoffice*, N 833. En effet, les personnes qui recourent au *Home Office* ne sont pas des « travailleurs à domicile » au sens de de l'art. 3 let. f LTr et de la loi fédérale sur les travailleurs à domicile (LTrD), évoquée au chiffre suivant. Il se peut qu'elles « exercent une fonction dirigeante élevée » au sens de l'art. 3 let. c LTr. Toutefois, même dans ce cas, les dispositions relatives à la protection de la santé (art. 6, 35 et 35a LTr) trouvent application (art. 3a let. b LTr). Voir aussi CF, *Télétravail*, ch. 6.2.2, 6.3.1.

trôle aucun droit d'accès au domicile privé des télétravailleurs et télétravailleuses¹²⁸.

Ainsi, l'art. 6 LTr oblige la partie employeuse à « protéger la santé des travailleurs » et à les préserver autant que possible d'un « surmenage »¹²⁹. L'exigence selon laquelle le personnel doit être joignable de façon quasi-permanente contrevient à ce devoir et, de façon plus générale, à l'obligation de protection de la personnalité prévue à l'art. 328 CO¹³⁰. Le fait que le télétravail présuppose un degré important d'autonomie de la personne salariée¹³¹ ne libère aucunement la partie employeuse de son devoir de protection¹³².

b) Durée du travail et du repos

De même, la possibilité de faire du télétravail ne rend pas pour autant inopérantes les prescriptions figurant aux art. 9 ss LTr en matière de durée du travail et repos. En particulier, la limite hebdomadaire de 45 ou 50 heures (art. 9 al. 1 LTr) doit être respectée¹³³.

Un repos quotidien d'au moins onze heures consécutives doit être garanti (art. 15a al. 1 LTr) et le travail de nuit ou dominical est prohibé (art. 16, 18 LTr)¹³⁴. Dès lors, sauf cas justifiant une dérogation (art. 17, 19 LTr), « le fait de relever ses emails ou d'être atteignable après 23 h 00 ou le dimanche est tout simplement interdit »¹³⁵.

¹²⁸ L'art. 45 al. 1 LTr prévoit uniquement une obligation de renseigner. Voir BLES, N 20 *ad* art. 45 ArG ; CF, *Télétravail*, ch.7.3.4.

¹²⁹ Art. 6 al. 1 et 2 LTr.

¹³⁰ VON KAENEL, *Ständige Erreichbarkeit*, 2-3 ; DUNAND, *Internet au travail*, 51 ; WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 338 ; CF, *Télétravail*, ch. 7.3.1,7.4.1.2.

¹³¹ Tenue de collaborer aux mesures de protection (art. 6 al. 3 LTr et art. 10 OLT 3).

¹³² DOMENIG, *Homeoffice*, N 847. Il est dès lors étonnant qu'un règlement en vigueur dans le canton de Genève exige du télétravailleur qu'il veille au respect des règles relatives à la protection de la santé et « décharge l'Etat de Genève de son obligation de contrôle dans ce domaine » (voir l'art. 20 al. 2 du règlement sur le télétravail du 30 juin 2010, RS/GE B 5 05.13).

¹³³ Les « travailleurs qui exercent une fonction dirigeante élevée » au sens de l'art. 9 OLT 1 ne sont pas tenus de respecter cette limite (voir l'art. 3 let. d LTr). Toutefois, même pour cette catégorie, le devoir de mettre à disposition sa force de travail ne saurait être illimité. Voir MICHEL, *Cadres supérieurs*, 201-216, qui se fonde notamment sur les art. 27 al. 2 CC, 328 CO et 6 LTr (auxquels renvoie l'art. 3a let. b LTr).

¹³⁴ CF, *Télétravail*, ch. 7.4.1.2.

¹³⁵ MEIER/PARLI/SEILER, *Futur du dialogue social*, N 236.

Sous réserve des hypothèses où le recours à des heures supplémentaires (art. 321c CO) ou à du travail supplémentaire (art. 12 LTr) est autorisé, la direction d'une entreprise doit non seulement s'abstenir de distribuer des tâches en-dehors des horaires de travail usuels mais aussi prévenir les sollicitations de ce type entre membres du personnel¹³⁶.

L'application des règles de la LTr relative à la durée du travail est liée à la question de savoir si les périodes au cours desquelles la télétravailleuse ou le télétravailleur est disponible *via* Internet pour répondre aux demandes de la partie employeuse doivent être qualifiées ou non de « temps de travail » au sens de l'art. 13 al. 1 OLT ¹³⁷.

Si le télétravail à domicile n'est pas réalisé afin de faire face à une « situation particulière » au sens de l'art. 14 al. 1 OLT 1, « en sus du travail habituel », l'art. 15 al. 2 OLT 1, selon lequel « le temps consacré à un service de piquet hors de l'entreprise compte comme durée du travail *dans la mesure de l'activité effectivement déployée pour l'employeur* », n'est pas applicable¹³⁸.

Selon le Conseil fédéral, des périodes au cours desquelles la télétravailleuse ou le télétravailleur se tient prêt à répondre aux sollicitations professionnelles peuvent, selon les circonstances du cas d'espèce, être qualifiées de « temps de travail » *même lorsqu'en définitive aucun travail effectif n'est accompli*¹³⁹.

Il s'agira, dans chaque cas, de déterminer si la personne salariée a pu utiliser son temps librement¹⁴⁰ malgré le fait qu'elle était munie de son ordinateur portable ou d'autres outils afin de satisfaire les éventuels besoins de l'entreprise ou si, en revanche, elle passé son temps « dans

¹³⁶ MÜLLER, *Arbeitszeit*, 468 ; WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 338-339.

¹³⁷ Sur la notion de temps de travail, voir les explications données dans la partie II.B. Voir aussi CF, *Télétravail*, ch. 7.4.1.3.

¹³⁸ CF, *Télétravail*, ch. 7.4.1.3. Italiques ajoutés par nos soins. Il peut arriver qu'un service de piquet soir réalisé grâce au télétravail (voir MÜLLER, *Arbeitszeit*, 466) mais le télétravail en soi ne peut être qualifié de service de piquet. Selon CIRIGLIANO (*Numérisation*, 444), cependant, les principes dégagés par le Tribunal fédéral en lien avec l'indemnisation du service de piquet (ATF 124 III 249, c. 3) s'appliquent par analogie.

¹³⁹ CF, *Télétravail*, ch. 7.4.1.3, qui se réfère à VON KAENEL, *Ständige Erreichbarkeit*, 4 ; RUDOLPH/VON KAENEL, *Aktuelle Fragen*, 198. Du même avis : MEIER/PÄRLI/SEILER, *Futur du dialogue social*, N 233-235.

¹⁴⁰ Voir partie II.C.

l'intérêt principal de son employeur »¹⁴¹. Dans cette seconde hypothèse, il convient de considérer ce temps comme du « temps de travail » et de le compter dans la durée du travail au sens des art. 9 ss LTr¹⁴².

A fortiori, les heures passées à répondre aux courriels, par le biais d'un *Smartphone* par exemple, sont susceptibles d'être « qualifiées d'heures de travail »¹⁴³.

La documentation des heures de travail numérique effectuées joue un rôle central pour savoir si les maxima fixés par la LTr ont été atteints¹⁴⁴. Les systèmes électroniques d'enregistrement permettent de saisir aisément ces heures à distance, depuis la maison¹⁴⁵.

c) Enregistrement du temps de travail

Afin de permettre le contrôle du respect des normes de la LTr, la durée du travail doit faire l'objet d'un enregistrement (art. 46 LTr, art. 73 et 73b OLT 1).

Aux conditions prévues à l'art. 73a OLT 1¹⁴⁶, il est toutefois permis de renoncer à cette exigence pour les membres du personnel au bénéfice d'une grande autonomie dans l'organisation de leur travail et de la fixation des horaires. La possibilité de faire du télétravail figure parmi les facteurs indiquant un degré élevé d'autonomie¹⁴⁷.

La renonciation à l'enregistrement du travail implique que d'autres mesures, notamment d'information et de sensibilisation¹⁴⁸, devront être mises en place pour assurer le respect des prescriptions de la LTr¹⁴⁹.

¹⁴¹ VON KAENEL, N 5 *ad* art. 9 LTr, auquel renvoient MÜLLER/MADUZ, N 3 *Vorbemerkungen* zu 9-14 ; ZEIN, *Aménager*, 533. Voir aussi VON KAENEL, *Ständige Erreichbarkeit*, 4.

¹⁴² Voir NORDMANN/LOSSER, N 14 *ad* art. 9 LTr.

¹⁴³ MICHEL, *Cadres supérieurs*, 247. L'auteur précise que si le suivi des courriels est exceptionnel, et non régulier, et que les conditions énoncées à l'art. 321c CO sont réunies, les heures devront être qualifiées d'heures supplémentaires et rémunérées en conséquence.

¹⁴⁴ Parmi d'autres : DOMENIG, *Homeoffice*, N 941.

¹⁴⁵ Voir BIT, *Temps de travail décent*, N 817-820 ; MEIER/PÄRLI/SEILER, *Futur du dialogue social*, N 267-268.

¹⁴⁶ Sur les assouplissements proposés au Parlement et l'avant-projet de révision de l'art. 46 LTr, voir *infra* 3.

¹⁴⁷ SECO, Art. 73a OLT 1, 173a-2.

¹⁴⁸ Voir MÜLLER/MADUZ, *Arbeitszeit*, 298, qui se réfèrent au catalogue de mesures figurant dans la Convention du 1^{er} janvier 2016 sur la saisie du temps de travail (CSTT), en annexe à la Convention relative aux conditions de travail du personnel bancaire (CPB).

3. Règles spéciales

Le fait que les règles générales relatives à la protection de la santé et à la durée du travail s'appliquent en cas de télétravail ne rend pas superflue l'adoption de normes spéciales en la matière¹⁴⁹.

Dans le secteur public, le droit du personnel de la Confédération prévoit expressément la possibilité d'effectuer du télétravail avec l'accord de l'autorité compétente (art. 64-64a OPers et 33 O-OPers¹⁵¹)¹⁵².

Depuis le 1^{er} janvier 2018, les « directives relatives aux formes de travail mobile dans l'administration fédérale » précisent que le travail accompli à domicile par des personnes n'appliquant pas l'horaire fondé sur la confiance doit être enregistré avec le code « Travail mobile » dans le système de saisie du temps de travail¹⁵³. « Lorsque des collaborateurs veulent travailler à domicile régulièrement, il est nécessaire d'en fixer les conditions (par ex. joignabilité et temps de réaction) dans une convention écrite »¹⁵⁴.

Les cantons qui, comme Genève, se sont dotés d'un règlement spécifique sur le télétravail, prévoient en général aussi que ses modalités d'exercice, en particulier la durée du travail, son organisation et « la fréquence des contacts entre le télétravailleur et son supérieur hiérarchique » doivent faire l'objet d'un accord écrit¹⁵⁵.

¹⁴⁹ Un blocage des serveurs de l'entreprise durant la nuit le week-end peut aussi être envisagé. À ce sujet, voir partie III.C.4 (Vers un droit à a déconnexion).

¹⁵⁰ Au niveau de l'UE, l'Accord-cadre sur le télétravail du 16 juillet 2002 précise que « les télétravailleurs bénéficient des mêmes droits, garantis par la législation et les conventions collectives applicables, que les travailleurs comparables dans les locaux de l'entreprise. Cependant, pour tenir compte des particularités du télétravail, des accords spécifiques complémentaires collectifs et/ou individuels peuvent être nécessaires » (ch. 4).

¹⁵¹ Ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération (OPers), RS 172.220.111.3 ; Ordonnance du DFF du 6 décembre 2001 concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (O-OPers), RS 172.220.111.31.

¹⁵² Dans un arrêt du 22 novembre 2017 (A-5819/2016), le Tribunal administratif fédéral précise que ces dispositions ne confèrent *aucun droit* à faire du Home Office (c. 3.4.6.1). Des motifs médicaux peuvent toutefois rendre un tel aménagement nécessaire. Un refus devra être dûment justifié (c. 3.4.6.2 à 3.4.7). Arrêt commenté par CANDRIAN, *Résiliation*, 4 et KAMBER, *Anspruch*, 536-538.

¹⁵³ ch. 2.5.

¹⁵⁴ ch. 2.4, qui renvoie à un modèle de convention annexé aux directives.

¹⁵⁵ Règlement du 30 juin 2010 sur le télétravail (RTt), RS/GE B 5 05.13, art. 8.

En ce qui concerne le secteur privé, la Suisse n'a jusqu'à présent pas jugé utile de légiférer spécifiquement sur le télétravail¹⁵⁶. Diverses propositions, antagonistes, sont toutefois débattues au Parlement.

4. Vers un « droit à la déconnexion »

Afin de lutter contre l'« hyperconnectivité » susceptible de mener à l'épuisement professionnel, une motion déposée en 2017 au Conseil national¹⁵⁷ demande l'introduction en Suisse d'un « droit explicite à la déconnexion », inspiré par les mesures prises dans les pays qui nous entourent¹⁵⁸.

En Belgique, la loi du 26 mars 2018 relative au renforcement de la croissance économique et de la cohésion sociale ne prévoit pas à proprement parler un tel droit, mais exige de la partie employeuse qu'elle organise une « concertation » avec les représentants du personnel au sujet de la « déconnexion du travail » et de « l'utilisation des moyens de communication digitaux »¹⁵⁹.

Le Conseil fédéral est d'avis que la « joignabilité dans l'entreprise » doit faire l'objet de directives internes ou être règlementée dans le contrat individuel de travail, via des accords passés avec la représentation du personnel ou encore au moyen des conventions collectives de travail¹⁶⁰.

Afin d'éviter les inégalités entre membres du personnel au sein d'une entreprise ou d'une branche, ce dernier instrument paraît particulièrement approprié pour déterminer des « "îlots de repos" dans les

¹⁵⁶ Rappelons que la loi fédérale sur le travail à domicile ne s'applique pas au télétravail à domicile et que les art. 351 ss CO n'ont pas davantage été conçus pour couvrir ce mode d'exécution du travail. Voir *supra* partie III.A. (Renouveau du travail à domicile).

¹⁵⁷ Mo. 17.3201 MAZZONE, GROUPE DES VERTS, « Déconnexion en dehors des heures de travail. Préciser le cadre légal pour accompagner l'évolution technologique du travail », non encore traité.

¹⁵⁸ Le Code du travail français a été le premier à mentionner le « droit à la déconnexion » comme un objet sur lequel doit porter la négociation collective (voir l'art. L-2242-8 al. 7 dans la version modifiée par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016). Depuis peu, une section entière est consacrée au télétravail : art. L-1222-9 à 1222-11 modifiés par la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018. Voir notamment l'art. 1222-9 al. 2 ch. 4 selon lequel l'accord collectif ou, à défaut, la charte élaborée par l'employeur détermine les « plages horaires durant lesquelles l'employeur peut habituellement contacter le salarié en télétravail ».

¹⁵⁹ La loi du 26 mars 2018 relative au renforcement de la croissance économique et de la cohésion sociale, MB 30/03/2018, art. 15-17.

¹⁶⁰ Avis du Conseil fédéral du 17 mai 2017 en réponse à la motion 17.3201.

échanges de courriels ainsi que des règles pour l'utilisation de WhatsApp et d'autre canaux de communication »¹⁶¹. La branche des télécommunications, qui souvent promet à sa clientèle de pouvoir être atteignable 24 heures sur 24 où qu'elle se trouve sur la planète, paraît être la première en Suisse à prévoir, pour son personnel, le droit à la non-joignabilité dans une CCT¹⁶².

La réflexion sur un *droit* à la déconnexion ne peut se faire sans aborder la question du *devoir* de ne pas se connecter en-dehors des heures usuelles de bureau. Le contrôle du respect de ce devoir peut rendre nécessaire un suivi de l'activité informatique des collaborateurs et collaboratrices. Une telle surveillance électronique doit s'opérer en conformité avec les règles de protection des données¹⁶³.

Afin de lutter contre le télétravail « sauvage », certaines entreprises préfèrent prévoir dans un accord collectif un blocage des serveurs informatiques pendant la nuit et le dimanche¹⁶⁴. D'autres font un pas supplémentaire en envisageant un effacement automatique des courriels envoyés hors des heures autorisées. Ainsi, le message envoyé à une heure indue n'attend pas d'être lu le lendemain mais est directement renvoyé à son expéditeur¹⁶⁵. D'autres encore privilégient la voie de l'enregistrement systématique des tâches accomplies en-dehors des horaires normaux afin que ce travail numérique soit rémunéré¹⁶⁶. Quel que soit le système choisi, des exceptions sont prévues pour les cadres supérieurs.

¹⁶¹ CIRIGLIANO, *Numérisation*, 444-445.

¹⁶² Selon syndicom, la CCT Sunrise 2018-2021 est la première de Suisse à prévoir un droit à la déconnexion en-dehors de heures de travail : <https://syndicom.ch/fr/branches/telecom/sunrise/cctsunrise2018-2021> (consulté le 21 janvier 2019). Voir aussi l'article 2.3.4 (Home Office) de la CCT Swisscom 2018-2021.

¹⁶³ Voir notamment DUNAND, N 85 ss *ad* art. 328b CO.

¹⁶⁴ Le SECO mentionne un tel blocage comme une mesure possible d'accompagnement à l'enregistrement simplifié du travail : commentaire art. 73b OLT 1, 173b-2, auquel se réfèrent MEIER/PARLI/SEILER, *Futur du dialogue social*, N 249. L'entreprise Volkswagen a été une des premières à mettre en place en 2012 un système de blocage. Exemple cité notamment par MÜLLER, *Arbeitszeit*, 469 et SCHWAAB, *in* FISCHER, *Cinq propositions*, 10.

¹⁶⁵ Voir un article paru le 18 décembre 2017 dans le magazine Spiegel online : <http://www.spiegel.de/karriere/porsche-betriebsratschef-will-e-mails-nach-feierabend-loeschen-lassen-a-1183842.html> (consulté le 21 février 2019).

¹⁶⁶ Tel est le cas de l'entreprise BMW, mentionnée dans l'étude EUROFOUND/OIT, *Working everywhere*, 50. Voir aussi BIT, *Temps de travail décent*, N 748-749.

5. Vers un assouplissement du cadre légal

Alors que certains partis au Parlement demandent l'introduction de nouveaux droits en lien avec le télétravail, comme le droit à la déconnexion auquel aspire le Groupe des Verts¹⁶⁷, d'autres préconisent en revanche un assouplissement des normes encadrant l'exercice du travail à distance.

Une initiative BURKART déposée en 2016 par le Groupe libéral-radical propose notamment de réviser l'art. 15a LTr de façon à ce qu'une prestation « de courte durée et fournie occasionnellement » – par exemple le fait de répondre rapidement à un courriel professionnel depuis son *smartphone* en attendant que les enfants aient mis leurs chaussures pour partir à l'école – « ne constitue pas une interruption de la durée du repos ». En outre, l'article 19 LTr devrait être révisé de façon à ce que le travail dominical ne soit pas interdit lorsqu'il est effectué à domicile « par des travailleurs qui peuvent fixer eux-mêmes leurs horaires de travail »¹⁶⁸.

Par ailleurs, la Commission de l'économie du Conseil des Etats a récemment mis en consultation deux avant-projets de révision de la loi sur le travail¹⁶⁹. Les assouplissements projetés ne visent pas spécifiquement le télétravail mais concernent des personnes ayant souvent recours à cette modalité, à savoir le personnel dirigeant ainsi que les « spécialistes qui disposent d'un pouvoir d'appréciation important dans leur domaine de spécialité », « d'une grande autonomie dans leur travail », et qui « peuvent dans la majorité des cas fixer eux-mêmes leurs horaires de travail et ne travaillent pas selon des plans de service prédéfinis »¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Mo. 17.3201 MAZZONE, GROUPE DES VERTS, « Déconnexion en dehors des heures de travail. Préciser le cadre légal pour accompagner l'évolution technologique du travail », mentionnée au chiffre précédent.

¹⁶⁸ Iv. pa. 16.484 BURKART, GROUPE LIBÉRAL-RADICAL, « Assouplir les conditions encadrant le télétravail ». L'initiative propose aussi de réviser l'art. 10 al. 3 LTr de façon à ce le travail de jour et du soir soit compris dans un espace de 17 heures (au lieu de 14 heures) « pour les travailleurs qui peuvent en grande partie fixer eux-mêmes leurs horaires de travail ».

¹⁶⁹ Avant-projets du 18 juin 2018 relatifs aux initiatives parlementaires 16.414 GRABER « Introduire un régime de flexibilité partielle dans la loi sur le travail et maintenir des modèles de temps de travail éprouvés » et 16.423 KELLER-SUTTER « Libérer le personnel dirigeant et les spécialistes de l'obligation de saisie du temps de travail ».

¹⁷⁰ Voir l'art. 13a al. 1 et 46 al. 2 AP-LTr. Le terme de « spécialiste », susceptible de viser un grand nombre de personnes, devra être précisé au niveau de l'Ordonnance. Voir les rapports explica-

Le premier avant-projet, relatif à l'initiative GRABER¹⁷¹, introduit la possibilité d'opter pour un *horaire annualisé* du travail. La limite des 45 heures figurant actuellement à l'art. 9 LTr, ne devrait plus être respectée chaque semaine mais uniquement « en moyenne annuelle »¹⁷². Les personnes salariées soumises à un horaire annualisé pourraient choisir de travailler le dimanche « à bien plaisir »¹⁷³.

Le second, faisant suite à l'initiative KELLER-SUTTER¹⁷⁴, propose de réviser l'art. 46 LTr de manière à ce que le personnel dirigeant et les spécialistes remplissant les conditions évoquées plus haut puissent renoncer complètement à la saisie de leur temps de travail sans devoir respecter les exigences posées actuellement par l'art. 73a OLT 1. L'*horaire basé sur la confiance* est conçu comme une alternative au système susmentionné de l'horaire annualisé, qui présuppose l'enregistrement du temps de travail¹⁷⁵.

6. Antagonisme des discours et similarité des arguments

Les propositions de réglementation évoquées aux deux chiffres précédents montrent que le développement du télétravail à domicile s'accompagne de deux discours antagonistes. L'un plaident pour l'introduction d'un droit à la déconnexion et une documentation systématique du travail numérique, l'autre proposant au contraire une renon-

tifs de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats du 18 juin 2018 relatifs aux initiatives 16.414 GRABER et 16.423 KELLER-SUTTER, ch. 2.4.

¹⁷¹ Iv. pa. 16.414.

¹⁷² Voir l'art. 13a al. 4 AP-LTr. Selon l'art. 13a al. 3 AP-LTr, « les dispositions sur la durée maximum de la semaine de travail et sur le travail supplémentaire ne sont pas applicables ». En cela, le système proposé diffère des systèmes d'annualisation en vigueur qui respectent les maxima fixés aux art. 9 et 12 LTr. À ce sujet, voir MEIER, *Compte épargne-temps*, 216, 225. L'auteure mentionne la CCT-MEM, qui prévoit l'annualisation mais précise : « la durée hebdomadaire maximum du travail est de 45 heures selon la loi sur le travail. Les heures allant au-delà sont des heures de travail supplémentaires ; selon la loi sur le travail, il peut en être accompli 170 au maximum par année » (art. 12.2).

¹⁷³ Rapport explicatif, ch. 3.3.9. En lien avec l'art. 19a AP-LTr la commission évoque le fait que le « choix » de travailler le dimanche est parfois dicté par une « charge de travail excessive ». Le travail dominical autorisé « doit être réellement accompli volontairement ».

¹⁷⁴ Iv. pa. 16.423.

¹⁷⁵ Selon l'art. 13a al. 2 AP-LTr, « les travailleurs dont le temps de travail n'est pas saisi ne peuvent pas être soumis à un horaire annualisé ». Voir le rapport explicatif relatif à l'initiative GRABER, ch. 3.3.2.

ciation facilitée à l'enregistrement ou même un assouplissement des règles relatives à la durée du travail et du repos.

Paradoxalement, ces deux courants utilisent en partie les mêmes arguments à l'appui de leurs propositions, à savoir la protection de la santé et la conciliation entre la sphère professionnelle et les autres domaines de la vie.

La majorité de la commission de l'économie du Conseil des Etats, par exemple, argumente en faveur d'un assouplissement des exigences légales en invoquant une meilleure coordination entre le travail et d'autres obligations, notamment familiales. En outre, « davantage de liberté et d'autonomie dans l'aménagement de l'horaire de travail sont bénéfiques pour la santé : par rapport à un cadre de travail rigide, ce régime est plus motivant et moins stressant »¹⁷⁶.

À l'inverse, une minorité de la commission s'inquiète du fait que la proposition de la majorité permettrait d'allonger « la semaine de travail à plus de 70 heures, et ce, pendant plusieurs semaines consécutives ». L'extension « des horaires de travail autorisés accroît le risque que les personnes concernées travaillent trop, aux dépens de leur santé ("burn outs") [...] ». De plus, « la disparition des limites entre temps de travail et temps de repos peut porter atteinte au droit à une vie de famille normale »¹⁷⁷.

Cette minorité souhaite que les risques liés à un assouplissement des règles de la LTr « soient expertisés par des spécialistes de la médecine du travail »¹⁷⁸. En revanche, aucune expertise psychosociale ne paraît être demandée sur le lien entre flexibilisation des horaires et vie familiale.

7. Numérisation et « conciliation travail-famille »

Les études compilées dans le rapport EUROFOUND/OIT révèlent que le lien entre télétravail et ladite « *Work-life Balance* » est complexe. Les

¹⁷⁶ Rapport explicatif relatif à l'initiative 16.414 GRABER, ch. 2.2.1.

¹⁷⁷ *Ibid.*, ch. 2.2.2.

¹⁷⁸ *Ibid.*, ch. 2.2.2. Les études relatives à l'impact du télétravail sur la santé offrent un bilan contrasté. Si le fait de pouvoir organiser de façon autonome son travail grâce à cette modalité contribue à réduire le stress professionnel, l'intensification des tâches et la disponibilité permanente mènent à l'épuisement : voir EUROFOUND/OIT, *Working everywhere*, 33-40.

constats varient selon que le télétravail remplace (totalement ou partiellement) le travail de bureau ou qu'il s'agit de télétravail informel, réalisé de façon souvent non rémunérée, en sus des heures convenues¹⁷⁹.

Si un meilleur équilibre entre la profession et les autres facettes de l'existence est régulièrement mentionné parmi les principaux avantages du télétravail à domicile, le brouillage des frontières entre les différentes sphères peut aussi conduire à négliger les tâches domestiques et générer des conflits familiaux. Le risque de tensions est particulièrement présent lorsque le travail pour l'entreprise est accompli durant le temps libre¹⁸⁰.

En outre, comme le souligne le Conseil fédéral, « ce décloisonnement implique que la coordination entre temps de travail et temps en famille doit être négociée, ce qui peut s'avérer être un poids [...] »¹⁸¹. En effet, dans les maisons où vivent de jeunes enfants, la possibilité de travailler durant des plages habituellement réservées à la famille dépend souvent du bon-vouloir d'un autre adulte présent et les pourparlers visant à obtenir son autorisation peuvent se révéler difficiles.

Par ailleurs, « le simple fait que le parent qui travaille soit à la maison ne signifie pas une présence quantitativement meilleure pour la famille »¹⁸².

Afin d'alimenter la réflexion, penchons-nous sur le cas – mentionné par l'initiative parlementaire BURKART – du travailleur qui voudrait « profiter du repos dominical pour pouvoir pour une fois travailler sans être dérangé »¹⁸³. Imaginons à présent que ce « travailleur » soit une mère ou un père de famille avec des enfants en bas-âge qui aspirent à se reposer en jouant avec leurs parents le dimanche. La présence au foyer de cette personne qui ne veut pas être dérangée est-elle réellement bénéfique pour la vie de famille ? Par ailleurs, peut-on véritablement soutenir, à l'instar des signataires de l'initiative, que son travail à domicile le di-

¹⁷⁹ EUROFOUND/OIT, *Working everywhere*, 28. Sur les formes de télétravail, voir les explications données *supra* partie III.C.1.

¹⁸⁰ *Ibid.*, 28-31.

¹⁸¹ CF, *Télétravail*, ch.5.2.2 avec les références.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ Iv. pa. 16.484, ch. 5 (n 168).

manche ne porte « en rien préjudice au repos dominical d'autrui »¹⁸⁴? La question mérite d'être posée.

Enfin, de façon générale, relevons que le travail numérique à domicile est majoritairement accompli par des hommes¹⁸⁵ et que ce sont le plus souvent les femmes, auxquelles la responsabilité principale des tâches domestiques continue d'incomber¹⁸⁶, qui « concilient » travail rémunéré et travail gratuit en réduisant leur taux d'occupation¹⁸⁷.

D. Synthèse

Les deux formes d'activité salariée à domicile étudiées dans cette troisième partie, à savoir le travail domestique et le télétravail, risquent d'entraîner une mise à disposition excessive du temps de la personne employée, parfois prête 24 heures sur 24 à satisfaire les éventuels besoins de la partie employeuse, au détriment de sa santé et de sa vie sociale et familiale.

Dans le cas du travail domestique accompli par le personnel « *Live-In* », les dispositions protectrices de la loi sur le travail ne trouvent pas application. Toutefois, grâce à l'impulsion donnée par l'adoption de la Convention n° 189, les contrats-types édictés par les cantons pour la branche de l'économie domestique sont révisés de façon à prévoir un enregistrement de la durée du travail et permettre une meilleure identification du « temps de travail ».

La situation se présente différemment pour le télétravail à domicile. Dans ce cas, en effet, les règles générales relatives à la durée maximale du travail sont en principe applicables et l'OIT n'a, à ce jour, pas consa-

¹⁸⁴ Voir le dernier paragraphe du développement de l'initiative précitée.

¹⁸⁵ Toutefois, la part de femmes qui font du télétravail à domicile *régulier* est à peu près identique à celle des hommes : CF, *Télétravail*, ch. 4.2.3 avec les références. Voir aussi EUROFOUND/OIT, *Working everywhere*, 19-20.

¹⁸⁶ Au niveau mondial, voir OIT, *Care Work*, 53 s. Pour la Suisse, voir le site de l'Office fédéral de la statistique (OFS) > Travail et rémunération > Travail non rémunéré > Travail domestique et familial.

¹⁸⁷ CF, *Télétravail*, ch. 4.2.3. Voir aussi OFS, *Le travail à temps partiel en Suisse 2017*, Neuchâtel 2019.

cré de convention spécifique¹⁸⁸ à cette modalité d'exécution du travail. Les propositions discutées au Parlement fédéral en lien avec le travail numérique ne vont pas toutes dans le même sens. Alors que certains partis préconisent un assouplissement de la réglementation, d'autres plaident en revanche pour l'introduction de nouveaux droits, comme le droit à la déconnexion.

Les deux camps argumentent en invoquant la nécessité d'un contrôle accru des personnes salariées sur leur temps, dans un contexte où le travail salarié doit le plus souvent être concilié avec le travail gratuit d'assistance aux proches.

IV. Travail rémunéré et travail de soins gratuit : comment concilier ?

A. Droit de demander des aménagements

1. « Droit » à la flexibilité

Un récent rapport du Directeur général de l'OIT souligne que les gouvernements ont un rôle important à jouer dans la promotion d'accords collectifs mettant en place une « flexibilité encadrée », à savoir un régime propre à accroître – et non à amoindrir – l'autonomie dont dispose les travailleuses et les travailleurs dans la gestion de leur temps¹⁸⁹.

L'expression « flexibilité encadrée » révèle qu'il existe différentes formes de flexibilité¹⁹⁰ et que toutes n'ont pas nécessairement vocation à faciliter la conciliation entre le travail rémunéré et le travail de soin (*care*) gratuit. Loin s'en faut. Lorsque la flexibilisation rend plus difficile

¹⁸⁸ Sur la question de savoir si l'OIT devrait adopter une nouvelle convention sur le temps de travail qui lui permettrait de mieux tenir compte, notamment, de la numérisation du monde du travail, voir SEIFERT, *Arbeitszeitrecht*, 175-177.

¹⁸⁹ BIT, *L'initiative pour les femmes au travail : un nouvel élan pour l'égalité*, Conférence internationale du Travail, 107^{ème} session, 2018, Rapport du Directeur général, N 67-74.

¹⁹⁰ La flexibilité n'a pas la même signification pour la partie employeuse ou employée. En outre, le sens diffère selon que l'on parle de la flexibilité des cadres supérieurs ou de celle mise en place pour des personnes exerçant des emplois peu rémunérés. Voir SCHULZ, *Flexibility*, 1218 ; FUDGE, *Working-Time Regimes*, 180.

l'identification du « temps de travail » et la rémunération des heures supplémentaires, les tensions entre vie professionnelle et vie privée peuvent au contraire s'exacerber¹⁹¹.

En outre, le concept de « *Time Sovereignty* »¹⁹², que l'on trouve dans la version anglaise du rapport susmentionné, montre bien que l'enjeu principal des discours sur la flexibilisation est de savoir laquelle des deux parties au contrat de travail *contrôle* l'aménagement du temps.

Les règles adoptées en la matière reflètent un compromis¹⁹³ entre, d'une part, les besoins économiques de l'entreprise et, d'autre part, la nécessité pour les personnes salariées de trouver un équilibre entre le professionnel et les autres aspects de la vie (*Work-Life Balance*)¹⁹⁴. Les discours sur la « conciliation » impliquent une renégociation des normes sur le temps de travail. Dans ce contexte, la flexibilité n'est plus seulement un *devoir* mais devient aussi, à partir des années quatre-vingt, un *droit*¹⁹⁵.

2. Traités onusiens

Depuis 1981, la Convention de l'OIT n° 156 sur les « travailleurs ayant des responsabilités familiales » prévoit que les Etats doivent « viser à permettre » aux personnes ayant à charge des enfants ou d'autres membres de la famille d'exercer un emploi sans faire l'objet de discrimination¹⁹⁶.

La Recommandation OIT n° 165¹⁹⁷ afférente à cette convention mentionne, parmi les mesures favorisant la conciliation, « plus de souplesse

¹⁹¹ FUDGE, *Working-Time Regimes*, 182.

¹⁹² Comme remède à la « *time poverty* », dont souffrent plus particulièrement les femmes en raison de leur assignation aux tâches domestiques, en sus des autres tâches. Voir ch. 67 du rapport précité.

¹⁹³ Voir FUDGE, *Working-Time Regimes*, 180 : « *The question of flexibility often comes down to the issue of control: who gets to choose how hours of work are scheduled. Laws and policies influence not only who gets to make the choices but the range of choices that can be made. Different choices involve different trade-offs* ».

¹⁹⁴ Depuis la fin des années 1990, l'expression « *Work-Family* » cède le pas à « *Work-Life* », qui prend en considération la situation des personnes sans charges familiales et le fait que les besoins évoluent au cours des différentes périodes de la vie. Voir FUDGE, *Working-Time Regimes*, 182.

¹⁹⁵ CONAGHAN, *Time to Dream*, 15-19.

¹⁹⁶ Convention OIT n° 156 du 23 juin 1981 sur les travailleurs ayant des responsabilités familiales (C 156), art. 1 et 3 (non ratifiée par la Suisse).

¹⁹⁷ Recommandation OIT n° 165 du 23 juin 1981 sur les travailleurs ayant des responsabilités familiales (R165).

dans l'organisation des horaires de travail »¹⁹⁸, la possibilité pour les personnes à temps partiel « d'accéder ou de revenir à un emploi à plein temps lorsqu'un tel emploi est vacant » et que disparaissent les circonstances ayant conduit à une réduction du taux d'activité¹⁹⁹, ou encore l'octroi d'un congé en cas de maladie d'un enfant ou d'un autre membre de la famille²⁰⁰. Nous reviendrons plus loin sur ces deux dernières mesures²⁰¹.

Contemporaine à la Convention de l'OIT n° 156, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF)²⁰² consacre le devoir des Etats de favoriser la conciliation entre tâches professionnelles et domestiques (art. 11). Afin de permettre aux *parents* qui travaillent d'assumer leurs responsabilités familiales²⁰³, le Comité CEDEF recommande d'introduire, pour la partie employeuse, un devoir de faire des efforts raisonnables pour accéder aux demandes d'aménagement du temps de travail²⁰⁴.

Enfin, en lien avec l'art. 7 du Pacte ONU I²⁰⁵, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CDESC), rappelle en 2016 que « le repos et les loisirs, la limitation de la durée du travail et les congés périodiques aident les travailleurs à maintenir un équilibre approprié entre leurs responsabilités professionnelles, familiales et personnelles [...] La durée du travail doit être limitée dans toutes les activités, y compris le travail non rémunéré, à un nombre d'heures spécifié ». Le Comité préconise une limite quotidienne de huit heures et la possibilité d'organiser le travail selon des « formules souples »²⁰⁶. De telles formules « doivent répondre aux besoins aussi bien des travailleurs que des employeurs et, en aucun

¹⁹⁸ Art. 18 (b).

¹⁹⁹ Art. 21 (3).

²⁰⁰ Art. 23.

²⁰¹ Partie IV.B-C.

²⁰² Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, RS o.108.

²⁰³ Voir art. 11 § 2 let. c CEDEF. Voir aussi l'art. 18 (3) de la Convention du 20 novembre 1989 sur les droits de l'enfant, RS o.107.

²⁰⁴ CEDEF, *Obs. fin. Australie*, n° 8/2018 (Doc. NU CEDAW/C/AUS/CO/8), § 44.b.

²⁰⁵ Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I), RS o.103.1, art. 7 al. d.

²⁰⁶ CDESC, Observation générale n° 23 (2016) sur le droit à des conditions de travail justes et favorables (Doc. NU E/C.12/GC/23), § 35.

cas, n'être utilisées pour porter atteinte au droit à des conditions de travail justes et favorables »²⁰⁷.

3. En Europe

En 2017, la Commission européenne a adopté une proposition de directive relative à l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée²⁰⁸. Le projet introduit un droit des parents et des proches-aidants à demander des « formules souples de travail », à savoir un aménagement du rythme ou des horaires de travail, la possibilité de faire du télétravail ou de réduire son taux d'activité²⁰⁹. Divers pays en Europe consacrent déjà ce type de droit dans leur législation²¹⁰.

En Grande-Bretagne, par exemple, l'*Employment Rights Act* prévoit depuis 2002 le droit de demander un changement du taux d'occupation, un aménagement des horaires ou la possibilité de faire du *Home Office*²¹¹. La partie employeuse a le devoir de traiter la demande dans un certain délai et de motiver sa décision. La loi énumère de façon exhaustive les motifs économiques – dont un coût excessif – propres à justifier un refus²¹².

A l'origine, seuls les parents d'enfants de moins de six ans étaient autorisés à formuler une demande. Par la suite, le cercle des bénéficiaires a été élargi de façon à inclure les parents d'enfants mineurs et les personnes s'occupant de proches âgés. Depuis 2014, toute personne employée depuis au moins six mois auprès de la même entreprise a le droit de présenter une requête²¹³.

²⁰⁷ *Ibid.*, § 46.

²⁰⁸ Proposition de directive concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et aidants et abrogeant la directive 2010/18/UE sur le congé parental, du 26 avril 2017 COM (2017) 253 final.

²⁰⁹ § 21.

²¹⁰ DAVIDOV/MUNDLAK, *Accommodating*, 199, donnent l'exemple de la Grande-Bretagne, des Pays-Bas et de l'Allemagne.

²¹¹ *Employment Rights Act* 1996, Part 8A Flexible Working, art. 80F (1) (a).

²¹² Art. 80G (1).

²¹³ Voir DAVIDOV/MUNDLAK, *Accommodating*, 199 ; ROSE, *Workplace*, 248. Il est intéressant de noter qu'en Australie des demandes de modification d'horaires peuvent être présentées non seulement par des proches-aidants, mais aussi par des personnes en situation de handicap, âgées de plus de 55 ans ou subissant la violence d'un membre de leur famille (art. 65 du *Fair Work Act* 2009, C2018C00512).

Pareille évolution peut contribuer à éviter les tensions entre les personnes assumant des responsabilités familiales, autorisées à partir plus tôt le soir ou à travailler depuis la maison, et leurs collègues sans charges familiales²¹⁴, qui peuvent néanmoins avoir besoin de concilier leur activité salariée avec d'autres activités, telles qu'un deuxième emploi ou une formation. Toutefois, comme l'illustre le projet de directive européenne susmentionné, la reconnaissance d'un droit de demander des « aménagements raisonnables »²¹⁵ reste, dans la plupart des cas, liée à la nécessité de concilier travail rémunéré et travail bénévole de soins (*care*) aux proches.

4. En Suisse

a) Confédération

Depuis 2014, l'Ordonnance sur le personnel de la Confédération (OPers) offre à l'ensemble des collaboratrices et collaborateurs la *possibilité* de travailler selon des « modèles de temps de travail flexibles » dans la mesure où « le fonctionnement du service le permet » (art. 64a al. 1). L'autorité d'engagement dispose à cet égard d'un pouvoir d'appréciation²¹⁶. Afin de favoriser l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée, « les responsables hiérarchiques s'efforcent de satisfaire les demandes » en la matière pour autant que « l'organisation et le déroulement du travail ne s'en trouvent pas perturbés. Le rejet de telles requêtes doit être dûment motivé »²¹⁷.

En lien avec l'annualisation du temps de travail, l'Ordonnance prévoit par ailleurs la possibilité d'accumuler un crédit de temps sur un

²¹⁴ Voir SMITH, *Accommodating*, 1489-1490. Selon cette auteure, les entreprises doivent explorer les moyens d'accéder aux demandes des parents sans pour autant créer des tensions au sein du personnel.

²¹⁵ Sur cette notion et la question de savoir s'il faudrait étendre encore davantage le cercle des bénéficiaires de ce droit initialement prévu pour tenir compte des besoins liés à un handicap ou à l'exercice d'une religion, voir DAVIDOV/MUNDLAK, *Accommodating*, 191 ss; SMITH, *Accommodating*, 1443 ss.

²¹⁶ Voir l'arrêt TAF A-5819/2016 susmentionné (partie III.C.3, n 152), dans lequel le Tribunal administratif fédéral précise qu'il n'y a pas de droit au télétravail. Voir aussi TF 8C_356/2017 du 22 janvier 2018 selon lequel l'art. 64b al. 3 OPers ne confère aucun droit à un horaire de travail fondé sur la confiance.

²¹⁷ Instruction du Conseil fédéral pour la réalisation de l'égalité des chances entre femmes et hommes dans l'administration fédérale du 22 janvier 2003 (état au 1^{er} janvier 2014), ch. 431-432.

« compte pour congé sabbatique » (art. 64b al. 5 et 65 al. 7 OPers), qui pourra être utilisé afin de réaliser un projet personnel ou d'assurer une présence prolongée auprès d'enfants ou de parents âgés, par exemple²¹⁸.

Rappelons que de telles dispositions sont nécessaires puisque les administrations fédérales, cantonales et communales, ne sont pas soumises à la loi fédérale sur le travail²¹⁹.

b) Secteur privé

La loi fédérale sur le travail ne prévoit pas explicitement un droit à demander des aménagements mais, depuis l'an 2000, protège de façon spécifique « les travailleurs ayant des responsabilités familiales »²²⁰.

Similaire à celle qui est employée par la Convention de l'OIT n° 156, cette expression pourrait être remplacée par celle, plus récente, de « proches aidants »²²¹. En effet, le terme « responsabilités familiales » fait référence non seulement à la prise en charge enfants jusqu'à l'âge de 15 ans mais aussi à l'assistance d'autres parents (dont les enfants de plus de 15 ans) ou proches nécessitant des soins²²². La notion de « proche » doit être interprétée largement et peut inclure toutes les personnes, y compris des amis, avec lesquelles la personne salariée entretient des liens étroits et à l'égard desquelles elle se sent responsable²²³.

²¹⁸ Les cantons de Berne et du Jura mettent aussi un tel système à disposition de leur personnel. Pour une analyse approfondie du « compte épargne-temps » en Suisse, voir MEIER, *Compte épargne-temps*, 216 ss. Voir aussi BIT, *Temps de travail décent*, N 700-701.

²¹⁹ Sous réserve des exceptions mentionnées à l'art. 3a LTr (art. 2 al. 1 let. a LTr). Le champ d'application de la loi sur le travail, et donc de l'art. 36 LTr, est un des facteurs expliquant que la Suisse n'ait pas ratifié la Convention OIT n° 156 (dont l'art. 2 précise que la convention s'applique à l'ensemble des branches et des catégories de travailleurs). Voir Objet du CF 86.008, Rapport sur le programme législatif « Egalité des droits entre hommes et femmes » du 26 février 1986 (FF 1986 I 1132), ch. 6.3.3.2.

²²⁰ Titre introduit par le ch. 1 de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 20 mars 1998, en vigueur depuis le 1^{er} août 2000 (RO 2000 1569 ; FF 1998 1128).

²²¹ Sur l'émergence de cette notion en droit suisse, voir PERRENOUD, *Proches aidants*, 35 ss et 39-40. Voir aussi WITZIG, *Les aidants*, 123.

²²² SECO, art. 36 LTr, 036-1 ; HENSCH, N 4 ad art. 36 ArG.

²²³ Voir HENSCH, N 6-7 ad art. 36 ArG. La qualité de proche se détermine au cas par cas. Voir aussi OFSP, Rapport explicatif concernant l'avant-projet de loi fédérale sur l'amélioration de la con-

Selon l'art. 36 al. 1 LTr, « lorsqu'il fixe les heures de travail et de repos, l'employeur doit tenir compte des responsabilités familiales », ce qui implique de veiller, notamment, à ce que les horaires soient réguliers et prévisibles²²⁴.

À midi, une pause « d'au moins une heure et demie » doit être accordée aux membres du personnel qui demandent à quitter leur place de travail afin de s'occuper des proches dont ils ont la charge²²⁵. Diverses tâches d'assistance sont propres à justifier une absence prolongée à l'heure du déjeuner²²⁶. Il peut s'agir de préparer un repas pour des parents âgés ou d'accompagner un enfant handicapé à des séances de physiothérapie.

En outre, l'art. 36 al. 2 LTr prévoit que les parents et les aidants ne peuvent être affectés « sans leur consentement » à du travail supplémentaire au sens de l'art. 12 LTr.

Les responsabilités familiales doivent aussi être prises en compte pour juger de l'exigibilité des heures supplémentaires au sens l'art. 321c al. 1 CO²²⁷. Dès lors, même dans les cas où la loi sur le travail n'est pas applicable, la partie employeuse n'a en principe pas le droit d'exiger d'une personne employée à temps partiel au sens de l'art. 319 al. 2 CO qu'elle fasse des heures supplémentaires le jour de la semaine où elle a habituellement congé lorsque cette dernière refuse de venir travailler ce jour-là au motif qu'elle doit s'occuper de ses enfants. L'obligation d'avoir des égards pour la situation familiale au moment d'ordonner des heures supplémentaires résulte du devoir général de protection de la personnalité prévu à l'art. 328 CO²²⁸.

ciliation entre activité professionnelle et prise en charge de proches du 27 juin 2018, ch. 2.1, mentionné *infra* partie IV.C.

²²⁴ HENSCH, N 9 *ad* art. 36 ArG. Une modification des horaires doit être communiquée suffisamment à l'avance (art. 69 al. 1 OLT 1). En cas de service de piquet, une modification à bref délai « n'est possible qu'avec le consentement des travailleurs concernés ayant des responsabilités familiales, et en l'absence de tout autre solution acceptable pour l'entreprise » (art. 14 al. 4 OLT 1).

²²⁵ Art. 36 al. 2 LTr.

²²⁶ Voir SECO, art. 36 LTr, 036-1. Voir aussi HENSCH, N 11 *ad* art. 36 ArG, qui précise que cette pause ne compte pas comme temps de travail et n'est pas rémunérée (art. 15 al. 2 LTr).

²²⁷ WYLER, N 5 *ad* art. 36 LTr ; HENSCH, N 10 *ad* art. 36 ArG.

²²⁸ PÄRLI, *Eltern*, 940. Selon cet auteur, une autre concrétisation de ce devoir est prévue à l'art. 329c al. 2 CO. Cette disposition instaure un droit des parents d'enfants scolarisés à pren-

L'art. 328 CO ne fonde, en revanche, aucun droit à changer son taux d'occupation pour des raisons familiales²²⁹. Un tel droit ne saurait d'ailleurs être déduit de l'art. 36 LTr²³⁰.

B. Changement du taux d'occupation

1. Contrainte au temps partiel

La Convention n° 175 de l'OIT demande aux Etats d'agir pour « faciliter l'accès au travail à temps partiel productif et librement choisi » conformément « aux besoins tant des employeurs que des travailleurs »²³¹. En outre, « des mesures doivent être prises afin que le transfert d'un travail à plein temps à un travail à temps partiel, ou vice versa, soit volontaire »²³². Selon le BIT, les lois « favorisant le passage du travail à plein temps au travail à temps partiel et réciproquement » aident les personnes salariées à assumer leurs responsabilités familiales et contribuent au « développement d'un travail à temps partiel de bonne qualité »²³³.

Pour sa part, le Comité CEDEF est préoccupé par le fort pourcentage de femmes travaillant à temps partiel, cette modalité d'emploi entraînant des conséquences négatives sur la carrière, les salaires et les prestations de retraite²³⁴. Ses membres préconisent la mise en œuvre de politiques

de vacances durant les vacances scolaires « dans la mesure compatible avec les intérêts de l'entreprise ». Voir aussi PERRENOUD, *Durées du travail*, 679.

²²⁹ STEIGER-SACKMANN, *Anspruch*, N 46 ; PÄRLI, *Eltern*, 945-946. Toutefois, l'art. 328 CO exigeant des égards particuliers non seulement pour le personnel âgé mais aussi pour les personnes avec des responsabilités familiales, cet auteur ajoute qu'il incombe à la partie employeuse d'examiner si un changement du taux d'activité est envisageable avant de licencier une personne au motif qu'elle n'a pas été en mesure de concilier vie professionnelle et familiale.

²³⁰ HENSCH, N 14 *ad* art. 36 ArG ; PERRENOUD, *Durées du travail*, 676.

²³¹ Convention OIT n° 175 du 24 juin 1994 sur le travail à temps partiel (C 175), art. 9 § 1.

²³² Art. 10.

²³³ OIT, *L'emploi atypique dans le monde. Identifier les défis, ouvrir des perspectives*, BIT, Genève, 2016, 34-36.

²³⁴ CEDEF, Obs. fin. Honduras, n° 7-8/2016 (Doc. NU CEDAW/C/HND/CO/7-8), § 36.a. Pour un aperçu de ces effets négatifs sous l'angle du droit suisse voir, parmi d'autres, PERRENOUD, *Durées du travail*, 665-667. L'auteur mentionne notamment la question de la rémunération des heures supplémentaires et renvoie à une motion 15.3102 MAIRE « Heures supplémentaires. Egalité de traitement entre travail à temps partiel et travail à plein temps », rejetée par le Conseil national le 7 mars 2017.

visant à « réduire le chômage des femmes et leur emploi à temps partiel contre leur gré »²³⁵.

À titre d'illustration, mentionnons le cas d'une direction d'entreprise qui contraint une employée à accepter de réduire son taux d'activité suite à un accouchement en indiquant que son contrat prendra fin à l'expiration du délai de congé si elle refuse de changer son pourcentage de travail. Dans la mesure où il repose sur le stéréotype selon lequel une femme est nécessairement moins présente sur son lieu de travail dès lors qu'elle devient mère, un tel congé-modification devrait être qualifié de discriminatoire²³⁶.

En effet, tant sous l'angle de l'art. 11 CEDEF que de la Convention de l'OIT n° 175, le recours au temps partiel doit être « librement choisi » et ne saurait entraîner de discrimination au niveau des conditions de travail²³⁷.

Relevons que le droit allemand prévoit expressément la nullité des licenciements notifiés en raison du refus de passer d'un taux d'occupation de 100 % à un temps partiel ou inversement²³⁸.

2. Droit de réduire durant un certain temps

a) En Suisse

Le Code des obligations ne prévoit aucun *droit* à réduire son taux d'activité à la suite d'une naissance²³⁹.

Les Conventions collectives de travail dont nous avons connaissance consacrent tout au plus un droit à un congé non rémunéré pour une période limitée en lien avec la maternité ou la paternité²⁴⁰.

²³⁵ CEDEF, Obs. fin. Norvège, n° 8/2012 (Doc. NU CEDAW/C/NR/CO/8), § 30.c.

²³⁶ En Suisse, ce congé serait contraire à l'art. 3 de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg), RS 151.1.

²³⁷ Voir l'art. 11 § 1 let. c. (conditions de travail) et § 2 let. a (licenciements discriminatoires) CEDEF, en combinaison avec l'art. 5 CEDEF (stéréotypes négatifs). Voir aussi l'art. 9 § 1 C OIT 175, qui renvoie aux art. 4 à 7.

²³⁸ *Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit- und Befristungsgesetz – TzBfG)* du 21 décembre 2000, art. 11. Pour plus de détails sur cette loi, voir le chiffre suivant.

²³⁹ Comme expliqué *supra* (partie III.A.4), l'art. 328 CO ne fonde pas un tel droit. Le 1^{er} juin 2017, la commission des affaires juridiques du Conseil national a refusé de donner suite à une motion 15.470 MASSHARDT « Mieux concilier travail et famille. Droit à une réduction du taux d'occupation suite à une naissance ».

En revanche, l'Ordonnance sur le personnel de la Confédération donne aux parents le droit de réduire d'au maximum 20 % leur taux d'activité pour autant que ce dernier ne devienne pas inférieur à 60 % (art. 60a al. 1 OPers), indépendamment de la fonction exercée au sein de l'administration fédérale. Le droit à la réduction doit être exercé dans les douze mois qui suivent la naissance ou l'adoption (art. 60a al. 2 OPers).

Si presque autant d'hommes que de femmes ont fait usage de ce droit durant l'année qui a suivi son introduction en 2013²⁴¹, les statistiques 2017 révèlent que sur les 194 personnes ayant baissé leur taux d'occupation conformément à la nouvelle disposition, 70 % étaient de sexe féminin²⁴².

Le fait que seuls 30 % des hommes aient réduit leur temps de travail s'explique vraisemblablement par le fait que ce choix peut s'avérer irréversible. L'ordonnance ne confère en effet aucun droit à retrouver son taux initial une fois les enfants devenus grands. Vu la persistance des stéréotypes de genre et de l'écart salarial entre femmes et hommes, les parents préfèrent réduire le taux d'occupation de la personne qui gagne le moins dans le couple, en règle générale, la mère.

b) En Europe

Au niveau de l'Union européenne, la proposition de directive afférente à l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée prévoit que les parents et les aidants ayant réduit leur temps de travail « devraient non seulement avoir le droit de revenir à leur rythme de travail de départ à la fin d'une période convenue, mais aussi pouvoir demander à le faire à tout moment lorsqu'un changement de circonstances le requiert »²⁴³.

En Allemagne, une loi spéciale sur le travail à temps partiel prévoit que toute personne employée depuis plus de six mois peut prétendre à une

²⁴⁰ Voir PÄRLI, *Eltern*, 952-953 ; STEIGER-SACKMANN, *Anspruch*, N 21.

²⁴¹ Voir STEIGER-SACKMANN, *Anspruch*, N 17, avec les références. En 2014, dans les classes salariales les plus élevées, les hommes étaient même plus nombreux que les femmes (41 contre 34) à mettre en œuvre le droit à la réduction prévu à l'art. 60a OPers.

²⁴² OFPER, Rapport sur la gestion du personnel – Exercice 2017, mars 2018, 12-13.

²⁴³ Proposition de directive concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et aidants et abrogeant la directive 2010/18/UE sur le congé parental, du 26 avril 2017 COM (2017) 253 final, § 21. Voir aussi partie IV.A.3.

réduction de son taux d'activité²⁴⁴. La partie employeuse doit accepter cette requête et aménager le temps de travail conformément aux souhaits de la personne salariée dans la mesure où les intérêts de l'entreprise ne s'y opposent pas. En particulier, des motifs organisationnels ou de sécurité sont propres à justifier un refus²⁴⁵. En principe, lorsqu'un poste doit être repourvu au sein de l'entreprise, la partie employeuse doit, à qualifications égales, donner la priorité aux membres de son personnel qui travaillent à temps partiel et ont émis le souhait d'augmenter leur taux d'activité²⁴⁶. Comme évoqué plus haut²⁴⁷, le licenciement signifié en raison du refus de passer d'un temps plein à un temps partiel ou inversement est frappé de nullité²⁴⁸.

Divers autres pays européens ont introduit un droit de la personne salariée à changer son taux d'occupation, à la baisse ou à la hausse²⁴⁹, en lien avec la survenance de circonstances (naissance ou adoption d'un enfant, problèmes de santé, handicap, besoin de se réorienter professionnellement, etc.) susceptibles de provoquer une rupture du parcours professionnel²⁵⁰.

Les expériences réalisées à l'étranger montrent que le droit de réduire le temps de travail est – comme dans l'administration fédérale en Suisse²⁵¹ – principalement exercé par des femmes et n'a donc pas pour effet d'augmenter significativement le nombre d'hommes employés à temps partiel²⁵².

En revanche, les règles similaires à celles susmentionnées en droit allemand ont le mérite de placer le temps de travail au cœur des discussions et renforcent la position de la personne salariée lors des négociations à ce sujet²⁵³. Elles favorisent la prise en considération des parcours non

²⁴⁴ Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit- und Befristungsgesetz - TzBfG) du 21 décembre 2000, art. 8 (1).

²⁴⁵ Art. 8 (4) TzBfG.

²⁴⁶ Art. 9 TzBfG.

²⁴⁷ Partie III.B.2.

²⁴⁸ Art. 11 TzBfG.

²⁴⁹ Pour un aperçu de ces réglementations, voir STEIGER-SACKMANN, *Anspruch*, N 35-37.

²⁵⁰ Voir KOCHER/GROSKREUTZ/NASSIBI et al., *Erwerbsbiographie*, 15-30.

²⁵¹ *Supra* partie III.B.1.

²⁵² Voir STEIGER-SACKMANN, *Anspruch*, N 40 avec les références concernant les Pays-Bas et la Belgique.

²⁵³ Pour un aperçu de ces réglementations, voir *ibid.*, N 42.

linéaires et contribuent à améliorer le contrôle des personnes salariées sur leur temps.

C. Congés pour assister des proches malades

En Suisse, l'art. 36 al. 3 LTr consacre le droit à un congé d'au maximum chaque fois trois jours pour s'occuper d'un « enfant malade ». Les personnes salariées qui prennent soin d'autres proches malades peuvent demander un congé similaire sur la base de l'art. 329 al. 3 CO. Le congé n'est rémunéré qu'aux conditions restrictives prévues à l'article 324a CO²⁵⁴.

Un avant-projet de loi mis en consultation par le Conseil fédéral en 2018 contient diverses règles susceptibles d'améliorer la situation des personnes qui s'occupent de proches malades parallèlement à leur activité professionnelle.

D'une part, l'art. 329g AP-CO consacre un droit à un « congé payé »²⁵⁵ d'au maximum trois jours pour la prise en charge non seulement « d'un enfant », mais aussi « d'un membre de la parenté ou d'un proche malade ou victime d'un accident ». L'avant-projet ne dresse aucune liste des « proches » et le rapport explicatif souligne la nécessité d'interpréter largement cette notion afin de tenir compte des différentes constellations familiales²⁵⁶.

D'autre part, le projet introduit une « allocation pour les parents qui prennent en charge un enfant gravement atteint dans sa santé en raison d'une maladie ou d'un accident »²⁵⁷. L'art. 329h AP-CO prévoit pour les parents ayant droit à cette allocation un congé d'une durée maximale de 14 semaines dans un délai-cadre de 18 mois.

²⁵⁴ Voir PERRENOUD, *Proches aidants*, 38-40 avec les références. Sur le droit au salaire dont peut se prévaloir « l'aidant » sur la base de l'art. 324a CO, voir aussi WITZIG, *Les aidants*, 130-132.

²⁵⁵ Indépendamment de la question de savoir si l'assistance est liée à une « obligation légale » d'entretien au sens de l'art. 324a al. 1 et si le crédit annuel prévu à l'art. 324a al. 2 CO est déjà épuisé (Rapport explicatif du DFI concernant l'avant-projet de la loi fédérale sur l'amélioration de la conciliation entre activité professionnelle et prise en charge de proches du 27 juin 2018, 15).

²⁵⁶ Rapport explicatif du 27 juin 2018, ch. 2.1.

²⁵⁷ Voir les art. 16i à 16m AP-LAPG.

Un licenciement signifié durant ces congés serait nul conformément à l'art. 336c al. 2 CO²⁵⁸.

Lors de la procédure de consultation, certains participants ont déploré que le congé pour la prise en charge d'une personne gravement atteinte dans sa santé ne vise que l'hypothèse où un parent s'occupe de son propre enfant (art. 252 CC)²⁵⁹.

De plus, si cet avant-projet facilite la « conciliation » dans les cas où une maladie vient bouleverser la routine, il n'apporte aucune aide au quotidien pour faire face aux « prévisibles imprévus »²⁶⁰, comme le fait de devoir rencontrer une enseignante en milieu d'après-midi ou accompagner un enfant pour son départ en camp de neige durant les heures habituelles de bureau.

En particulier, l'avant-projet n'introduit aucun droit de changer temporairement son taux d'activité²⁶¹, sur le modèle du droit allemand exposé au chiffre précédent²⁶².

V. Conclusion

Depuis le début des années quatre-vingt, en Europe, dans le sillage de l'adoption de la Convention n° 156 sur les « travailleurs ayant des responsabilités familiales », un nombre croissant de lois et d'accords collectifs octroient aux personnes salariées la possibilité de demander un aménagement flexible du temps de travail²⁶³.

²⁵⁸ Voir l'art. 336c al. 1 let. c^{bis} AP-LAPG.

²⁵⁹ Voir notamment les prises de position de l'Union syndicale suisse et de la Commission fédérale pour les questions féminines disponibles sur le site <https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/ind2018.html> (consulté le 12 février 2019).

²⁶⁰ SMITH, *Accommodating*, 1146, note 18, se réfère aux nombreux aspects « *predictably unpredictable* » de la prise en charge d'un enfant qui entrent constamment en conflit avec les obligations professionnelles.

²⁶¹ Ce que déplore l'Union syndicale suisse dans sa prise de position publiée sur le site <https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/ind2018.html> (consulté le 12 février 2019).

²⁶² Voir *supra* IV.B.2.b. Rappelons que 1^{er} juin 2017, la commission des affaires juridiques du Conseil national a refusé de donner suite à une motion 15.470 MASSHARDT « Mieux concilier travail et famille. Droit à une réduction du taux d'occupation suite à une naissance ».

²⁶³ Voir *supra* partie IV.A.

Initialement limité aux parents de jeunes enfants, le cercle des bénéficiaires de ces aménagements tend à s'étendre à l'ensemble du personnel. L'idée selon laquelle toute personne peut avoir besoin d'exercer un contrôle accru sur son temps de travail fait son chemin²⁶⁴. En pratique, les requêtes les plus fréquentes restent toutefois justifiées par la nécessité de concilier responsabilités professionnelles et familiales.

L'acceptation de ces requêtes demeure subordonnée à la condition que le fonctionnement de l'entreprise le permette. L'individu qui demande un ajustement des horaires en raison de sa situation personnelle risque toujours de se voir opposer un refus pour des motifs économiques. Selon la culture d'entreprise, certaines personnes renonceront à soumettre une requête par peur des conséquences négatives en termes de carrière²⁶⁵.

L'aménagement est conçu comme une dérogation à la norme du « travailleur à plein temps sans responsabilités domestiques », norme que seul un nombre élevé de demandes, provenant à la fois d'hommes et de femmes, est susceptible de faire évoluer²⁶⁶.

Or, les demandes d'adaptation aux fins de « conciliation » restent principalement formulées par les femmes²⁶⁷ qui, de nos jours encore, consacrent trois fois plus de temps que les hommes au travail de soin non rémunéré²⁶⁸.

L'OIT a placé la *reconnaissance*, la *réduction* et la *redistribution* du travail de soin à autrui au cœur de son Agenda du travail décent²⁶⁹.

L'adoption en 2011 de la Convention n° 189 sur les travailleuses et les travailleurs domestiques représente un pas décisif en direction d'une valorisation du travail de *care rémunéré*. En Suisse, la ratification de

²⁶⁴ Comme l'illustre la section « Renforcer la maîtrise du temps » du rapport de la Commission mondiale de l'OIT sur l'avenir du travail, *Travailler pour bâtir un avenir meilleur*, janvier 2019, 41-42.

²⁶⁵ ROSE, *Workplace*, 262-264 ; CONAGHAN, *Time to Dream*, 19.

²⁶⁶ ROSE, *Workplace*, 263-264 ; SCHULTZ, *Flexibility*, 1215-1216.

²⁶⁷ Voir partie IV.A.3-4.

²⁶⁸ OIT, *Prendre soin d'autrui, un travail et des emplois pour l'avenir du travail décent*. Résumé analytique, 2018, 3. Au niveau mondial, les femmes effectuent 76.2 % du travail de soin à autrui non rémunéré.

²⁶⁹ *Ibid.*, 18-19, qui se réfère aux Objectifs de développement durable n° 5 (cible 5.4.) et 8.

cette convention a favorisé l'introduction de dispositions, dans les CTT cantonaux sur l'économie domestique, prévoyant la documentation du temps de travail et une prise en compte des « périodes de disponibilité » du personnel de maison²⁷⁰. Malgré leur nature dispositive, ces clauses vont dans le sens d'une meilleure reconnaissance du travail de soin rémunéré.

Le travail de *care gratuit* accompli par les membres de la famille paraît aussi progressivement jouir d'une meilleure prise en considération par le droit. En témoigne l'introduction récente, dans divers pays européens, de congés payés pour s'occuper de proches malades ou accidentés.

Nous avons vu plus haut que le Parlement fédéral envisage l'introduction de tels congés²⁷¹ mais a, en revanche, refusé d'introduire, dans le secteur privé, un droit de réduire son taux d'occupation suite à l'arrivée d'un enfant²⁷². Notons que la motion en question²⁷³ ne prévoyait aucun droit d'augmenter à nouveau son pourcentage une fois l'enfant devenu moins dépendant. Or, comme le rappelle le BIT en lien avec la Convention de l'OIT n° 175 sur le temps partiel, les lois « favorisant le passage du travail à plein temps au travail à temps partiel et réciproquement » aident les personnes salariées à assumer leurs responsabilités familiales²⁷⁴, sans les enfermer dans une modalité d'emploi souvent synonyme de précarité.

Le télétravail à domicile est souvent présenté comme une possibilité de concilier vie professionnelle et familiale tout en maintenant son taux d'occupation. La troisième partie de cet article a montré que, suivant les modalités selon lesquelles il s'exerce, le *Home Office* ne permet pas nécessairement un meilleur équilibre entre vie professionnelle et vie privée²⁷⁵.

²⁷⁰ Partie III.B.4-5.

²⁷¹ Partie IV.C. Voir l'avant-projet de la loi fédérale du 27 juin 2018 sur la conciliation entre activité professionnelle et prise en charge de proches.

²⁷² Partie IV.B.2.

²⁷³ Mo. 15.470 MASSHARDT « Mieux concilier travail et famille. Droit à une réduction du taux d'occupation suite à une naissance ».

²⁷⁴ OIT, *L'emploi atypique dans le monde. Identifier les défis, ouvrir des perspectives*, BIT, Genève, 2016, 34-36.

²⁷⁵ Voir en particulier partie III.C.7.

Alors que voient le jour les premiers accords collectifs instaurant un « droit à la déconnexion » durant certaines plages horaires²⁷⁶, le « régime de flexibilité partielle » débattu actuellement au Parlement fédéral prend une direction inverse en envisageant, à certaines conditions, l'inapplicabilité des maxima hebdomadaires fixés par la loi sur le travail²⁷⁷.

Au niveau de l'OIT aussi, le besoin de réviser les normes sur le temps de travail pour les adapter aux réalités actuelles du monde professionnel fait l'objet de discussions. Une modernisation des instruments pertinents ne paraît pas exclue²⁷⁸. Dans l'hypothèse d'une action normative, toutefois, la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations attire l'attention des gouvernements sur les objectifs fondamentaux de protection de la santé et d'égalité entre femmes et hommes. Les solutions qui seront négociées au niveau tripartite devront permettre aux personnes salariées d'exercer « une influence sur leurs heures de travail tout en tenant compte des besoins des entreprises durables »²⁷⁹.

Dans ce contexte de redéfinition des normes sur le temps, l'ancienne revendication consistant à demander une réduction généralisée de la durée maximale de la semaine de travail revient au goût du jour²⁸⁰. En Suisse, vu les débats parlementaires susmentionnés visant au contraire à permettre un dépassement des limites en vigueur, ce projet de société paraît dénué de toute chance de succès. Mais qui sait ?

Peut-être s'avère-il urgent de prendre enfin le « Temps de rêver »²⁸¹.

²⁷⁶ Partie III.C.4. Voir Mo. 17.3201 MAZZONE, GROUPE DES VERTS, « Déconnexion en dehors des heures de travail. Préciser le cadre légal pour accompagner l'évolution technologique du travail », non encore traité ».

²⁷⁷ Partie III.C.5. Voir l'iv.pa 16.414 GRABER « Introduire un régime de flexibilité partielle dans la loi sur le travail et maintenir des modèles de temps de travail éprouvés ».

²⁷⁸ Voir SEIFERT, *Arbeitszeitrecht*, 175-177.

²⁷⁹ BIT, *Temps de travail décent*, N 927.

²⁸⁰ Voir, par exemple, le « Manifeste pour la grève féministe et des femmes* 14 juin 2019 » <https://frauenstreik2019.ch/startseite/manifest-manifeste-2/> (consulté le 11 février 2019).

²⁸¹ Allusion à CONAGHAN, *Time to Dream: Flexibility, Families and the Regulation of Working Time*.

Bibliographie

BLESİ ALFRED/PIETRUSZAK THOMAS/WILDHABER ISABELLE, ArG – Arbeitsgesetz, Bâle 2018.

CANDRIAN JEROME, Résiliation ordinaire pour aptitude insuffisante à travailler en open space : analyse de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5819/2016, in : Droitdu travail.ch, Neuchâtel, avril 2018.

CIRIGLIANO LUCA, Numérisation et droit du travail : une analyse de lege lata et ferenda d'aspects choisis, in : PJA 27 (2018), pp. 438-447.

CONAGHAN JOANNE A. F., Time to Dream: Flexibility, Families and Working Time, in : Precarious Work, Women and the New Economy : The Challenge to Legal Norms, Judy Fudge/Rosemary Owens (édits), 2006, pp. 101-129.

DAVIDOV GUY/MUNDLAK GUY, Accommodating All? (Or: 'Ask Not What You Can Do for the Labour Market; Ask What the Labour Market Can Do for You'), in : Blanpain Roger/Hendrickx Frank (édits), Reasonable Accommodation in the Modern Workplace, Bulletin of Comparative Labour Relations 93 (2016), pp. 191-208.

DOMENIG PASCAL, Homeoffice-Arbeit als besondere Erscheinungsform im Einzelarbeitsverhältnis, Berne 2016.

DUNAND JEAN-PHILIPPE, Art. 328-328b CO, in : Commentaire du contrat de travail, Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édits), Berne 2013 (cité : DUNAND).

DUNAND JEAN-PHILIPPE, Internet au travail : droits et obligations de l'employeur et du travailleur, in : Internet au travail, Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édits), Genève 2014, pp. 33-72 (cité : DUNAND, *Internet au travail*).

DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (édits), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013.

FUDGE JUDY, Working-Time Regimes, Flexibility, and Work-Life Balance : Gender Equality and Families, in : Demystifying the family/work conflict: challenges and possibilities, Catherine Krull/Justyna Sempruch (édits), British Columbia 2011, pp. 170-193.

GEISER THOMAS, Neue Arbeitsformen : flexible Arbeitszeiten, Job Sharing, Computer-Arbeitsplätze, in : AJP 5 (1995), pp. 557-568.

GEISER THOMAS/VON KAENEL ADRIAN/WYLER REMY (édits), *Loi sur le travail*, Berne 2005.

HENSCH ANGELA, Art. 36 ArG, in : *ArG – Arbeitsgesetz*, Alfred Blesi/Thomas Pietrusak/Isabelle Wildhaber, Bâle 2018.

JEANNERAT ELOI/MAHON PASCAL, Art. 359 et 360 CO, in : *Commentaire du contrat de travail*, Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édits), Berne 2013.

KAMBER MARCO, BVGE A-5819/2016 : Anspruch auf Home-Office Arbeit aus gesundheitlichen Gründen?, in : *AJP* (2018), pp. 530-538.

KOCHER EVA/GROSKREUTZ HENNING/NASSIBI GHAZALEH (édits), *Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie*, 2013.

LEMPEN KARINE/SALEM RACHEL, *Travail domestique en Suisse : défis liés à la réglementation d'un emploi atypique*, in : *DTA 2* (2017), pp. 79-91.

MEDICI GABRIELA NAEMI, *Migrantinnen als Pflegehilfen in Schweizer Privathaushalten : menschenrechtliche Vorgaben und staatliche Handlungspflichten*, Zurich 2015.

MEIER ANNE, *Le compte épargne-temps en droit suisse du travail*, in : *Regards croisés sur le droit du travail : "liber amicorum"* pour Gabriel Aubert, Genève 2015, pp. 213-232.

MEIER ANNE/PÄRLI KURT/SEILER ZOE, *Le futur du dialogue social et du tripatisme dans le contexte de la digitalisation de l'économie*, Etude établie sur mandat de la Commission nationale tripartite pour les affaires de l'OIT, Genève/Berne/Bâle 2018.

MICHEL JEAN-TRISTAN, *Les cadres supérieurs en droit du travail suisse : en particulier au sein de la société anonyme*, Lausanne 2016.

MÜLLER ROLAND A./MADUZ CHRISTIAN, *Arbeitszeit und Arbeitszeiterfassung : Debatte zur zeitgemässen Anpassung des Arbeitsgesetzes*, in : *Arbeit und Arbeitsrecht : Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag*, Roland Müller/Kurt Pärli/Isabelle Wildhaber (édits), Zurich/Saint-Gall 2017, pp. 291-306 (cité MÜLLER/MADUZ, *Arbeitszeit*).

MÜLLER ROLAND A./MADUZ CHRISTIAN, *ArG Kommentar : Arbeitsgesetz mit weiteren Erlassen im Bereich Arbeitsschutz*, Zurich 2017 (cité : MÜLLER/MADUZ).

MÜLLER ROLAND, *Was ist Arbeitszeit ?*, in : *ZBJV* 153 (2017), pp. 453-477.

NORDMANN PHILIPPE/LOOSER FABIAN, Art. 9 ArG, in : ArG – Arbeitsgesetz, Alfred Blesi/Thomas Pietrusak/Isabelle Wildhaber, Bâle 2018.

PÄRLI KURT, Eltern im Arbeitsverhältnis : was (wie) geregelt ist (und was nicht), in : Die Praxis des Familienrechts 17(2016), pp. 933-956.

PERRENOUD STEPHANIE, Durées du travail et discrimination : solutions dans la perspective de l'égalité des sexes, in : PJA 26 (2017), pp. 657-682 (cité : PERRENOUD, *Durées du travail*).

PERRENOUD STEPHANIE, L'émergence d'une définition juridique des proches aidants en droit suisse, in : Les proches aidants saisis par le droit : regards franco-suisse, Anaëlle Cappellari (édit), Aix-en-Provence 2018, pp. 35-54 (cité : PERRENOUD, *Proches aidants*).

ROSE EMILY, Workplace Temporalities: A Time-Based Critique of the Flexible Working Provisions, in : Industrial Law Journal 46/2 (2017), pp. 245-267.

RUDOLPH ROGER/VON KAENEL ADRIAN, Eclairages de droit du travail : Droit du travail – questions d'actualité concernant la durée du travail, in : Trex 2014, pp. 171-175 (cité RUDOLPH/VON KAENEL, *Eclairages*).

RUDOLPH ROGER/VON KAENEL ADRIAN, Aktuelle Fragen zur Arbeitszeit, AJP 2 (2012), pp. 197-207 (cité RUDOLPH/VON KAENEL, *Aktuelle Fragen*).

SCHILLIGER SARAH, Arbeitsstandards in der 24-h Betreuung : zwischen marktwirtschaftlicher Vertragslogik und Logik der häuslichen Sphäre, in : Pflegerecht – Pflegewissenschaft 3 (2016), pp. 166-169.

SCHULTZ VICKI, Feminism and workplace flexibility, in : Connecticut Law Review 42/4 (2010), pp. 1203-1221.

SCHWAAB JEAN-CHRISTOPHE, Cinq propositions pour protéger les télétravailleurs (propos recueillis par Sylvie Fischer), in : Plaidoyer 35 (2017), pp. 10-12.

SEIFERT ACHIM, Das Arbeitszeitrecht der IAO : ein Impulsgeber für das Unionsrecht ?, in : Soziales Recht 5 (2018), pp. 169-180.

SERVAIS JEAN-MICHEL, Droit international du travail, Bruxelles 2015.

SMITH PEGGY R., Accommodating routine parental obligations in an era of work-family conflict: lessons from religious accommodations, in : Wisconsin Law Review 6 (2001), pp. 1443-1492.

STEIGER-SACKMANN SABINE, Anspruch auf Änderung des Arbeitspensums – Anregungen zur Stärkung der Zeitsouveränität von Arbeitnehmende, in : Sui-generis 2018, pp. 237-254.

TOMEI MANUELA/BELSER PATRICK, Nouvelles normes de l'OIT sur le travail décent pour les travailleurs domestiques : résumé des débats, in : Revue internationale du Travail 150 (2011), pp. 3-4.

UEBE WESSELINA, Arbeitsrecht, in : Arbeitsrecht im internationalen Kontext : völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Kurt Pärli/Tobias Baumgartner/Eylem Demir/Cornelia Junghanss/Sara Licci/Uebe Wesselina (édits), Zurich 2017, pp. 548-610.

VOGLER MANUEL, Haushaltshilfen im schweizerischen Arbeitsrecht, Zurich 2016.

VON KAENEL ADRIAN, Art. 9 ArG, in : Loi sur le travail, Thomas Geiser/Adrian Von Kaenel/Rémy Wyler (édits), Berne 2005 (cité : VON KAENEL, art. 9 ArG).

VON KAENEL ADRIAN, Die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers, in : ARV 1 (2009), pp. 1-9 (cité : VON KAENEL, *Ständige Erreichbarkeit*).

WITZIG AURÉLIEN, Les aidants en droit du travail suisse, in : Les proches aidants saisis par le droit : regards franco-suisses, Anaëlle Cappellari (édit), Aix-en-Provence 2018, pp. 123-134.

WYLER REMY, Art. 36 LTr, in : Loi sur le travail, Thomas Geiser /Adrian Von Kaenel / Rémy Wyler (édits), Berne 2005.

WYLER REMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, 3^{ème} éd., Berne 2014.

ZEIN BASSEM, Aménager la durée du travail : horaires de travail, service de piquet et travail sur appel, in : PJA 26 (2017), pp. 524-538.

La discrimination antisyndicale au sens de l'art. 1 de la Convention OIT n° 98 et sa portée en droit privé suisse du travail

JEAN-PHILIPPE DUNAND *

Table des matières

I.	Introduction	138
II.	La liberté syndicale dans le droit de l'OIT	139
	A. Liberté syndicale comme droit fondamental	140
	B. Conventions de l'OIT	142
	1. Convention OIT n° 87	143
	2. Convention OIT n° 98	144
III.	Effectivité du droit de l'OIT dans l'ordre juridique suisse	145
	A. Applicabilité du droit de l'OIT	146
	1. Applicabilité des conventions de l'OIT	146
	2. Portée des avis des organes de contrôle	148
	B. Mise en œuvre des droits fondamentaux	149
IV.	Éléments constitutifs de l'art. 1 de la Convention OIT n° 98	150
	A. Champ d'application personnel	151
	1. Éléments généraux	151
	2. Fonctionnaires	151
	3. Représentants syndicaux	152
	B. Notion de discrimination antisyndicale	153
	1. Notion générale	153
	2. Formes principales	154
	C. Protection adéquate	154
	1. Dispositions législatives spécifiques	155
	2. Sanctions dissuasives	156
	3. Procédures efficaces	156
	4. Charge de la preuve	157
V.	Discrimination à l'embauche	158

* Docteur en droit, avocat, professeur de droit du travail à l'Université de Neuchâtel.

A.	Droit interne suisse	158
1.	Discrimination à l'embauche fondée sur le sexe	158
2.	Discrimination antisyndicale	159
B.	Avis des organes de contrôle de l'OIT	162
C.	Adaptation du droit interne suisse	163
VI.	Discrimination en cours d'emploi	164
A.	Droit interne suisse	165
1.	Discrimination fondée sur le sexe	165
2.	Discrimination antisyndicale	165
B.	Avis des organes de contrôle de l'OIT	168
C.	Adaptation du droit interne suisse	169
VII.	Licenciement discriminatoire	170
A.	Droit interne suisse	171
1.	Licenciement discriminatoire dans le régime du CO	171
2.	Licenciement discriminatoire dans le régime de la LEg	176
B.	Avis des organes de contrôle	177
1.	Procédures concernant les divers Etats membres	177
2.	Procédures concernant la Suisse	180
C.	Adaptation du droit interne suisse	182
VIII.	Conclusion	184
	Bibliographie	185

I. Introduction

Partons des trois cas suivants. Armand n'a pas été embauché en raison de son affiliation syndicale. Pour le même motif, Béatrice n'a pas reçu de gratification, contrairement aux deux collègues de son service. Enfin, Corentin a été licencié du fait de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale.

A priori, ces trois cas entrent dans le champ d'application de l'article premier, paragraphe 1, de la Convention de l'Organisation internationale du Travail n° 98 (ci-après : OIT)¹, selon lequel les « travailleurs doivent bénéficier d'une protection adéquate contre tous actes de discrimination tendant à porter atteinte à la liberté syndicale en matière d'emploi ».

¹ Convention OIT n° 98 du 1^{er} juillet 1949 concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective (C 098).

Dans cette contribution, nous souhaitons déterminer quelle est ou quelle pourrait être la portée de cette norme en droit privé suisse du travail, étant entendu que la Suisse est liée par la Convention n° 98.

Cette question a fait l'objet d'une attention particulière depuis que l'Union syndicale suisse (ci-après : USS) a déposé, en 2003, une plainte contre la Suisse devant le Comité de la liberté syndicale (ci-après : Comité ou CLS) de l'OIT, en soutenant que la législation helvétique ne respectait pas l'art. 1 de la Convention OIT n° 98 s'agissant de la protection contre les licenciements antisyndicaux². Plus récemment, en 2013, le Syndicat des services publics (ci-après : SSP) a également déposé une plainte contre la Suisse devant le Comité³. Les deux procédures sont en cours.

Toute discrimination antisyndicale constitue une atteinte grave à la liberté syndicale. La compréhension de cette liberté est complexe du fait qu'elle résulte de domaines et sources multiples du droit : droit international et droit interne, droit public et droit privé, droit collectif et droit individuel du travail.

Nous devons nous limiter ici à l'essentiel. Il s'agira tout d'abord de présenter les principaux instruments de protection de la liberté syndicale dans le droit de l'OIT (II), puis d'en examiner l'effectivité dans l'ordre juridique suisse (III). Nous traiterons ensuite des éléments constitutifs de l'art. 1 de la Convention OIT n° 98 (IV). Enfin, nous explorerons la portée de cette disposition en droit privé suisse du travail, en distinguant les cas de la discrimination à l'embauche (V), de la discrimination en cours d'emploi (VI) et du licenciement discriminatoire (VII).

II. La liberté syndicale dans le droit de l'OIT

La protection de la liberté syndicale est un élément crucial de l'action et des valeurs de l'OIT, qui apparaît déjà dans le préambule de la Constitu-

² Cas n° 2265 Suisse – Union syndicale suisse (USS), plainte du 14 mai 2003. Pour un résumé de la procédure, voir DUNAND/MAHON/BOUVERAT/BRÜGGER/HASSISSENE/MADER, *Représentants des travailleurs*, N 9 ss.

³ Cas n° 3023 Suisse – Syndicat des services publics (SSP-VPOD), plainte du 10 avril 2013. Pour un résumé de la procédure, voir DUNAND/MAHON/MATTHEY/RUSSO, *Grève licite*, N 17-20.

tion de l'Organisation en 1919 et qui sera ensuite proclamée dans divers textes et déclarations, dont la Déclaration de Philadelphie de 1944 qui a été annexée à la Constitution⁴.

La liberté syndicale comporte un double aspect, individuel et collectif⁵. On peut retenir que la liberté syndicale individuelle protège le droit des travailleurs et des employeurs de créer librement des organisations défendant leurs intérêts, d'y adhérer librement et de participer à leurs activités (liberté syndicale positive), ainsi que le droit de ne pas adhérer à une telle organisation ou d'en sortir (liberté syndicale négative). Quant à la liberté syndicale collective, elle garantit à toute organisation de travailleurs et d'employeurs le droit d'exercer ses activités et de s'organiser librement, ainsi que le droit de se coaliser.

La liberté syndicale est considérée comme un droit de l'homme fondamental, de portée universelle, et qui est indispensable pour la jouissance des autres droits fondamentaux au travail⁶.

Nous traiterons dans ce chapitre de la liberté syndicale comme droit fondamental des travailleurs (A), puis des conventions de l'OIT qui en concrétisent la portée (B).

A. Liberté syndicale comme droit fondamental

Le thème de la discrimination antisyndicale nous donne l'occasion de souligner les liens étroits qui unissent le droit du travail et les droits fondamentaux⁷.

En 1998, la Conférence internationale du travail a adopté la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi. Cette déclaration reconnaît quatre catégories de principes et

⁴ DUNAND/DREYER, *Protection des travailleurs*, 208 ss ; LA HOVARY, *Les droits fondamentaux au travail*, 41 ; MOLO, *La Convention 98*, 87 ss ; PARLI/BAUMGARTNER/EYLEM/JUNGHANS/LICCI/WESSELINA, *Arbeitsrecht*, N 274 et N 1984.

⁵ ATF 144 I 50, c. 4.1. Sur la notion et les divers aspects de la liberté syndicale, voir aussi ANDERMATT, *Liberté syndicale*, 11 ss ; BRUCHEZ, N 10-16 ad art. 356 CO ; GARRONE, *La liberté syndicale*, 795 ss.

⁶ CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 49.

⁷ Voir DAUGAREILH, *L'impact de la mondialisation*, I ss ; DUNAND/DREYER, *Protection des travailleurs*, 202 ss ; LA HOVARY, *Les droits fondamentaux au travail*, 37 ss ; SERVAIS, *Droit international*, N 239 ss.

droits fondamentaux au travail : la liberté syndicale et la reconnaissance effective du droit de négociation collective ; l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire ; l'abolition effective du travail des enfants ; l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession.

Dans la mesure où chacun de ces principes a fait l'objet de deux conventions, il existe huit conventions fondamentales de l'OIT⁸ qui ont toutes été ratifiées par la Suisse⁹ et qui font l'objet d'une procédure spécifique de contrôle par les organes compétents de l'OIT¹⁰.

Comme l'a rappelé la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'OIT (ci-après : Commission d'experts ou CEACR), ces droits fondamentaux se complètent et se renforcent mutuellement¹¹. Les principes et valeurs qu'ils incarnent expriment « les aspirations universelles de la communauté internationale »¹².

De fait, on les trouve consacrés dans de nombreux instruments internationaux et régionaux¹³, ainsi que dans la plupart des constitutions nationales¹⁴.

La discrimination antisyndicale a ceci de particulier qu'elle porte atteinte à deux droits fondamentaux des travailleurs, le droit à l'égalité des chances et de traitement dans l'emploi (principe de non-

⁸ Liberté syndicale et droit à la négociation collective: Convention OIT n° 87 du 9 juillet 1948 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical (C 087) et Convention OIT n° 98 ; travail forcé: Convention OIT n° 29 du 28 juin 1930 concernant le travail forcé ou obligatoire (C 029) et Convention OIT n° 105 du 25 juin 1957 concernant l'abolition du travail forcé (C 105) ; travail des enfants: Convention OIT n° 138 du 26 juin 1973 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi (C 138) et Convention OIT n° 182 du 17 juin 1999 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination (C 182) ; égalité de chances et de traitement : Convention OIT n° 100 du 29 juin 1951 concernant l'égalité de rémunération entre la main d'œuvre masculine et la main d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale (C 100) et Convention OIT n° 111 du 15 juin 1960 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession (C 111).

⁹ Voir DUNAND/DREYER, *Protection des travailleurs*, 207 ss.

¹⁰ Voir DUNAND/DREYER, *Protection des travailleurs*, 221 ; LA HOVARY, *Les droits fondamentaux au travail*, 252 ss ; SERVAIS, *Droit international*, N 205-206.

¹¹ CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 1.

¹² CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 2.

¹³ CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 19-43. Voir aussi PÄRLI/BAUMGARTNER/EYLEM/JUNGHANS/LICCI/WESELENA, *Arbeitsrecht*, N 90-328.

¹⁴ CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 5-18.

discrimination), d'une part, et la liberté syndicale, d'autre part. Nous nous concentrerons dans cette contribution sur la liberté syndicale et la discrimination antisyndicale, laquelle constitue un aspect spécifique de la discrimination au travail au sens large¹⁵.

Avant de traiter de la liberté syndicale dans les conventions de l'OIT, relevons qu'elle est garantie dans de nombreux textes qui lient la Suisse¹⁶. Ainsi, en droit international, l'article 8 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 (ci-après : Pacte ONU I), entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992¹⁷, l'article 22 du Pacte international relatif aux droits civils et politique du 16 décembre 1966 (ci-après : Pacte ONU II), entré en vigueur pour la Suisse le 18 décembre 1992¹⁸, ainsi que l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (ci-après : CEDH), entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974¹⁹. Et en droit interne, l'article 28, alinéa premier, de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (ci-après : Cst.)²⁰.

B. Conventions de l'OIT

Sur un plan plus concret, les normes fondamentales sur la liberté syndicale (liberté d'association et droit de négociation) se trouvent dans les Conventions de l'OIT n° 87 et n° 98 qui font partie des conventions ayant recueilli le plus de ratifications. Ces deux conventions se complètent : alors que la Convention n° 87 s'intéresse aux relations des employeurs, des travailleurs et de leurs organisations avec les autorités publiques (protection de la liberté syndicale contre les ingérences de l'Etat), la seconde porte sur les relations entre les employeurs, les tra-

¹⁵ Sur la discrimination en matière d'emploi, voir DUNAND/DREYER, *Protection des travailleurs*, 214 ss ; LA HOVARY, *Les droits fondamentaux au travail*, 107 ss ; PÄRLI/BAUMGARTNER/EYLEM/JUNGHANSS/LICCI/WESSELINA, *Arbeitsrecht*, N 1440-1571 ; SERVAIS, *Droit international*, N 377-415.

¹⁶ Voir PÄRLI/BAUMGARTNER/EYLEM/JUNGHANSS/LICCI/WESSELINA, *Arbeitsrecht*, NN 1948-2124.

¹⁷ RS 0.103.1. Voir KUSTER ZÜRCHER, *La liberté syndicale*, 70.

¹⁸ RS 0.103.2. Voir KUSTER ZÜRCHER, *La liberté syndicale*, 73.

¹⁹ RS 0.101. Voir GONIN, N 45 ss *ad art.* 11 CEDH ; MALINVERNI, *La Convention européenne des droits de l'homme*, 411 ; PÄRLI, *Bedeutung*, 435 ss.

²⁰ RS. 101. Voir AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, N 721 ; MAHON, *Droits fondamentaux*, N 139 ; WITZIG, *Droit du travail*, N 1924-1925.

vailleurs et leurs associations respectives (protection, principalement, de la liberté syndicale des travailleurs contre les ingérences des employeurs)²¹.

Le Comité a précisé que le niveau de protection de l'exercice des droits syndicaux qui découle de ces deux conventions constitue un minimum qui peut évidemment être complété par des garanties supplémentaires qui sont adaptées aux ordres juridiques nationaux²². Contrairement à de nombreuses conventions de l'OIT, la Convention n° 87 et la Convention n° 98 ne sont pas accompagnées de recommandations qui en préciseraient la mise en œuvre et les obligations des Etats les ayant ratifiées²³.

Relevons encore que de nombreux autres instruments de l'OIT visent à promouvoir la liberté d'association et le droit de négociation collective²⁴, telle que la Convention OIT n° 154 du 3 juin 1981 concernant la promotion de la négociation collective (C 154), également ratifiée par la Suisse²⁵.

1. Convention OIT n° 87

La Convention sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical a été adoptée le 9 juillet 1948 et est entrée en vigueur le 4 juillet 1950. Elle a été ratifiée par 155 Etats, dont la Suisse. Approuvée par l'Assemblée fédérale le 26 novembre 1974, elle est entrée en vigueur pour la Suisse le 25 mars 1976²⁶.

Souvent décrite comme la plus fondamentale des conventions de l'OIT, elle vise à transposer de manière simple le principe de la liberté d'association, inclus dans les instruments constitutionnels de l'OIT, en règle de droit applicable dans la pratique²⁷. Son objectif principal est de protéger l'autonomie et l'indépendance des organisations de travail-

²¹ LA HOVARY, *Les droits fondamentaux au travail*, 66 ; SERVAIS, *Droit international*, N 256.

²² CLS, *Liberté syndicale*, N 56.

²³ Voir LA HOVARY, *Les droits fondamentaux au travail*, 61.

²⁴ Voir CIF, *Droit international*, 137 ss ; LA HOVARY, *Les droits fondamentaux au travail*, 69 ss.

²⁵ RS o.822.725.4.

²⁶ RS o.822.719.7.

²⁷ LA HOVARY, *Les droits fondamentaux au travail*, 60 ss.

leurs et d'employeurs par rapport aux pouvoirs publics, dans leur constitution, leur fonctionnement ou leur dissolution²⁸.

La Convention comporte quatre parties : liberté syndicale, protection du droit syndical, mesures diverses et dispositions finales²⁹. L'article 2 définit la liberté syndicale comme le droit pour les « travailleurs et les employeurs, sans distinction d'aucune sorte [...] » et « sans autorisation préalable, de constituer des organisations de leur choix, ainsi que celui de s'affilier à ces organisations, à la seule condition de se conformer aux statuts de ces dernières » (liberté syndicale individuelle).

L'article 3 de la Convention précise les conditions d'établissement des organisations, établit leur libre fonctionnement et prescrit la non-ingérence des pouvoirs étatiques (liberté syndicale collective). Enfin, tout membre de l'OIT pour lequel la Convention est en vigueur « s'engage à prendre toutes mesures nécessaires et appropriées en vue d'assurer aux travailleurs et aux employeurs le libre exercice du droit syndical » (art. 11).

2. Convention OIT n° 98

La Convention concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective a été adoptée le 1^{er} juillet 1949 et est entrée en vigueur le 18 juillet 1951. Elle a été ratifiée par 166 Etats, dont la Suisse. Approuvée par l'Assemblée fédérale le 18 mars 1999, elle est entrée en vigueur pour la Suisse le 17 août 2000³⁰.

La Convention comporte six articles substantiels³¹. Elle apporte essentiellement une protection supplémentaire aux travailleurs contre la discrimination antisyndicale, et aux organisations de travailleurs et

²⁸ CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 55.

²⁹ Pour une description, voir DUNAND/MAHON/BOUVERAT/BRÜGGER/HASSISSENE/MADER, *Représentants des travailleurs*, N 144-147 ; LA HOVARY, *Les droits fondamentaux au travail*, 61 ss ; KUSTER ZÜRCHER, *La liberté syndicale*, 61 ss ; PÄRLI/BAUMGARTNER/EYLEM/JUNGHANS/LICCI/WESSELINA, *Arbeitsrecht*, N 282-287 et N 1986-1998 ; SERVAIS, *Droit international*, N 257-276.

³⁰ RS 0.822.719.9.

³¹ Pour une description, voir DUNAND/MAHON/BOUVERAT/BRÜGGER/HASSISSENE/MADER, *Représentants des travailleurs*, N 148-150 ; LA HOVARY, *Les droits fondamentaux au travail*, 65 ss ; SERVAIS, *Droit international*, N 277-301.

d'employeurs à l'encontre d'une ingérence des unes vis-à-vis des autres³².

A son article premier, qui fait plus particulièrement l'objet de notre contribution, il est précisé que les « travailleurs doivent bénéficier d'une protection adéquate contre tous actes de discrimination tendant à porter atteinte à la liberté syndicale en matière d'emploi » (liberté syndicale individuelle).

Selon l'article 2 paragraphe 1, les organisations de travailleurs et d'employeurs doivent bénéficier d'une protection adéquate contre tous actes d'ingérence des unes à l'égard des autres (liberté syndicale collective). Sont notamment assimilés à des actes d'ingérence les mesures tendant à provoquer la création d'organisations de travailleurs dominées par un employeur ou une organisation d'employeurs, ou à soutenir des organisations de travailleurs par des moyens financiers ou autrement, dans le dessein de placer ces organisations sous le contrôle d'un employeur ou d'une organisation d'employeurs (art. 2 § 2).

La Convention n'impose pas aux Etats une méthode déterminée pour la mise en œuvre de ses dispositions³³. Elle suggère toutefois deux moyens complémentaires. Premièrement, des « organismes appropriés » doivent être mis en place pour assurer l'application des normes de la Convention (art. 3). Secondement, les Etats liés doivent prendre des mesures appropriées pour encourager et promouvoir les négociations collectives, dont la finalité consiste à régler les conditions d'emploi (art. 4).

III. Effectivité du droit de l'OIT dans l'ordre juridique suisse

Nous avons rappelé qu'il existe de nombreuses normes qui protègent la liberté syndicale et qui prohibent toute forme de discrimination anti-syndicale. On peut légitimement se poser la question de leur effectivité dans l'ordre juridique suisse. Il convient de distinguer deux aspects

³² LA HOVARY, *Les droits fondamentaux au travail*, 66.

³³ YIANNOPOULOS, *La protection internationale*, 53.

complémentaires, l'applicabilité des normes internationales, plus particulièrement du droit de l'OIT, d'une part (A), et la mise en œuvre des droits fondamentaux, d'autre part (B).

A. Applicabilité du droit de l'OIT

Nous traiterons ici du caractère applicable des conventions de l'OIT, puis de la portée des avis des organes de contrôle de l'organisation.

1. Applicabilité des conventions de l'OIT

Selon la jurisprudence, les traités internationaux valablement conclus par les autorités fédérales lient la Suisse dès l'échange des instruments de ratification. Les dispositions du traité acquièrent alors une validité immédiate dans l'ordre juridique suisse et s'incorporent au droit fédéral (système dit moniste)³⁴.

Le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international (art. 190 Cst.). Il faut cependant distinguer la question de la validité immédiate du traité international de celle du caractère directement applicable de ses dispositions³⁵. En effet, les particuliers ne sont autorisés à invoquer en justice les dispositions d'un traité international que lorsqu'elles sont directement applicables (*self-executing*), ce qui suppose qu'elles aient un contenu suffisamment clair et précis pour servir de fondement à un jugement dans une cause déterminée³⁶.

S'agissant plus particulièrement du droit de l'OIT, le Conseil fédéral précise généralement dans ses Messages si les dispositions d'une convention dont il propose la ratification lui paraissent directement applicables ou non³⁷.

En cas d'incertitude ou de litige, la question du caractère directement applicable peut être soumise aux tribunaux. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur le caractère directe-

³⁴ ATF 130 I 313, c. 4.1. Voir, CONSEIL FÉDÉRAL, *Droit international*, 2102 ss.

³⁵ TF 4C.422/2004 du 13 septembre 2005, c. 3.1.2.

³⁶ ATF 126 I 240, c. 2b.

³⁷ BERSER BIRCHER/MEIER, *L'impact du droit international*, 596.

ment applicable de dispositions contenues dans les conventions de l'OIT³⁸. Dans un arrêt rendu en 2005, notre Haute Cour a indiqué qu'il apparaissait d'emblée que la Convention n° 98 n'énonçait que des lignes directrices afin que chaque Etat contractant donne un cadre institutionnel au dialogue social à l'intérieur de ses frontières. Et de conclure que cette convention « n'est pas directement applicable »³⁹.

Toutefois, dans l'ATF 144 I 50, le Tribunal fédéral a visiblement réorienté sa jurisprudence. En effet, l'arrêt contient des considérants novateurs sur la question du caractère directement applicable des normes de l'OIT. Ainsi, d'un point de vue général, rien n'empêche les juridictions suisses de se référer aux conventions de l'OIT pour concrétiser le principe de la liberté syndicale, indépendamment du fait que les normes applicables soient ou non directement applicables. En effet, de nombreux droits fondamentaux au travail, reconnus dans les conventions de l'OIT, sont protégés par d'autres instruments internationaux dont le caractère directement applicable a été admis bien que les normes en question ne soient guère plus précises que celles contenues dans les conventions de l'OIT⁴⁰. Sont expressément mentionnés les articles 11 CEDH et 22 Pacte ONU II.

On peut ajouter que la valeur des conventions de l'OIT est renforcée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : CourEDH) qui a un effet impératif et une portée directe en Suisse⁴¹. En effet, dans sa jurisprudence dynamique et évolutive, permettant d'interpréter et de concrétiser la CEDH, la CourEDH tient compte des diverses sources internationales, dont les conventions et la pratique de l'OIT⁴².

³⁸ Pour une description, voir DUNAND/MAHON/BOUVERAT/BRÜGGER/HASSISSENE/MADER, *Représentants des travailleurs*, N 193-195 ; KAUFMANN/GOOD, *Die Anwendbarkeit*, 653 ss.

³⁹ TF 4C.422/2004 du 13 septembre 2005, c. 3.2.2.1, non publié in ATF 132 III 122. Confirmé dans l'arrêt 6B_758/2011 du 24 septembre 2012, c. 1.3.3.

⁴⁰ ATF 144 I 50, c. 5-3.3-1.

⁴¹ AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, *Droit constitutionnel suisse*, N 98 ; BERSET BIRCHER/MEIER, *L'impact du droit international*, 602 ; DUNAND/MAHON/BOUVERAT/BRÜGGER/HASSISSENE/MADER, *Représentants des travailleurs*, N 227.

⁴² Voir spécialement, CEDH, Demir et Baykara c. Turquie (requête n° 34503/97), 12 nov. 2008, § 65 ss. Sur cette question, voir DUNAND/MAHON/BOUVERAT/BRÜGGER/HASSISSENE/MADER, *Représentants des travailleurs*, N 240-242 ; PÄRLI, *Bedeutung*, 1671 ss.

2. Portée des avis des organes de contrôle

Toujours dans l'ATF 144 I 50, le Tribunal fédéral cite à plusieurs reprises les travaux des organes de contrôle de l'OIT, plus précisément de la Commission d'experts et du Comité⁴³. Notre Haute Cour précise que les travaux de ces organes constituent une source d'information importante pour l'interprétation des conventions de l'OIT⁴⁴.

De même, dans un autre arrêt, encore plus récent, le Tribunal fédéral indique que la pratique du Comité peut, en fonction des circonstances, servir à l'interprétation du droit suisse⁴⁵.

Ces jurisprudences font écho aux nombreuses décisions judiciaires rendues par les juridictions des Etats du monde entier qui sont expressément fondées sur les travaux des organes de contrôle de l'OIT⁴⁶.

On rappellera que la Commission d'experts est composée d'une vingtaine de juristes éminents et indépendants venant de pays et de cultures différents. Quant au Comité, il s'agit d'un organe tripartite qui est composé de neuf membres titulaires et de neuf membres adjoints, issus du groupe gouvernemental et des groupes des travailleurs et des employeurs du Conseil d'administration, et présidé par une personnalité indépendante⁴⁷.

Il existe une très grande convergence de vues entre ces deux organes qui sont pleinement conscients de la nécessité d'assurer une cohérence dans l'interprétation et la concrétisation des principes fondamentaux consacrés par les Conventions n° 87 et n° 98⁴⁸.

Même si ces organes de contrôle ne sont pas des autorités judiciaires et qu'ils ne sont pas formellement chargés de donner une interprétation authentique des conventions de l'OIT, il est incontestable que leurs travaux constituent une lecture particulièrement autorisée et avisée de ces

⁴³ ATF 144 I 50, c. 4.3 et c. 5.3.3.

⁴⁴ ATF 144 I 50, c. 5.3.3.1.

⁴⁵ TF 4A_64/2018 du 17 décembre 2018, c. 5.3.3.2.

⁴⁶ Voir, par exemple, Clf, *Droit international*, 94 ss.

⁴⁷ CLS, *Liberté syndicale*, Introduction, N 2.

⁴⁸ CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 52.

instruments⁴⁹. Nous faisons donc largement référence à ces travaux dans notre contribution.

B. Mise en œuvre des droits fondamentaux

A la question de l'applicabilité des normes internationales dans l'ordre interne suisse se superpose celle de la mise en œuvre des droits fondamentaux, d'origine internationale ou nationale, dans les relations entre personnes privées.

L'ordre juridique suisse repose sur la théorie libérale des droits subjectifs, en vertu de laquelle les droits fondamentaux sont accordés aux citoyens, par une norme de rang supra-législatif, afin de les protéger contre les abus du pouvoir étatique⁵⁰. Selon cette conception, de tels droits ne sont donc, en principe, opposables qu'à l'Etat (effet vertical) ; en d'autres termes, ils n'ont pas d'effet horizontal direct⁵¹.

Malgré l'absence d'un effet horizontal direct, les droits fondamentaux doivent néanmoins être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique (art. 35 al. 1 Cst.)⁵². En particulier, les autorités ont l'obligation de veiller à ce que, dans la mesure où ils s'y prêtent, ils soient également mis en œuvre dans les relations qui lient les particuliers entre eux (cf. art. 35 al. 3 Cst.)⁵³. Le législateur adopte à cette fin des normes de droit civil ou de droit pénal (effet horizontal indirect)⁵⁴.

La liberté syndicale déploie un effet horizontal indirect sur les relations de travail dans le secteur privé⁵⁵. Comme nous le verrons ci-dessous, le législateur a concrétisé cette liberté par l'adoption de diverses règles, notamment sur la protection de la personnalité (cf. art. 28 ss CC et art. 328 ss CO) et sur la protection contre le congé antisyndical (cf. art. 336 ss CO). Les partenaires sociaux ont parfois complété le régime

⁴⁹ BEAUDONNET, *L'utilisation des sources universelles*, 59 ss.

⁵⁰ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, N 116 ; DUNAND/PERRENOUD, *Convergences*, 20.

⁵¹ MAHON, *Droits fondamentaux*, N 27.

⁵² Voir ATF 130 III 353, c. 2.1.1.

⁵³ Voir ATF 132 III 122, c. 4.4.1.

⁵⁴ DUNAND/MAHON/BOUVERAT/BRÜGGER/HASSISSENE/MADER, *Représentants des travailleurs*, N 284.

⁵⁵ ATF 132 III 122, c. 4.4.1. Voir aussi BRUCHEZ, N 14 *ad* art. 356 CO ; GARRONE, *La liberté syndicale*, 799 ; PÄRLI/BAUMGARTNER/EYLEM/JUNGHANS/LICCI/WESSELINA, *Arbeitsrecht*, N 2072.

légal par l'adoption de conventions collectives de travail (cf. art. 356 ss CO)⁵⁶.

En revanche, le droit privé suisse ne connaît pas de norme générale prohibant les actes discriminatoires dans les rapports entre particuliers, ni dans les relations de travail⁵⁷. Le Parlement suisse s'est jusqu'ici opposé à l'adoption d'une loi générale contre la discrimination⁵⁸.

Par ailleurs, il faut tenir compte du fait que si la Constitution fédérale garantit la liberté syndicale, elle protège dans le même temps la liberté économique de l'employeur (art. 27 Cst.). On est donc potentiellement en présence d'un conflit de droits fondamentaux que le législateur a la possibilité d'harmoniser ou de hiérarchiser dans le cadre d'une pesée des intérêts en présence, ce qu'il a précisément fait en adoptant les dispositions en matière de protection contre le congé abusif, notamment⁵⁹.

Dans les situations où le conflit entre droits fondamentaux n'a pas été résolu par le législateur ou les partenaires sociaux, il revient au juge de trouver un juste équilibre entre les différents principes constitutionnels et droits fondamentaux en jeu⁶⁰.

IV. Éléments constitutifs de l'art. 1 de la Convention OIT n° 98

La protection accordée aux travailleurs et aux dirigeants syndicaux contre les actes de discrimination antisyndicale constitue un aspect capital du droit syndical puisque de tels actes peuvent aboutir à une négation de la liberté syndicale et de la négociation collective⁶¹.

Avant de déterminer, dans le chapitre suivant, quelle pourrait être la portée de l'article premier de la Convention OIT n° 98 dans l'ordre juri-

⁵⁶ Voir DUNAND/MAHON/BOUVERAT/BRÜGGER/HASSISSENE/MADER, *Représentants des travailleurs*, N 361-365.

⁵⁷ PULVER, *L'interdiction de la discrimination*, N 408.

⁵⁸ Voir CONSEIL FÉDÉRAL, *Discrimination*.

⁵⁹ DUNAND/MAHON/BOUVERAT/BRÜGGER/HASSISSENE/MADER, *Représentants des travailleurs*, N 307-310.

⁶⁰ ATF 140 I 201, c. 6.7. Voir aussi AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, *Droit constitutionnel suisse*, N 265.

⁶¹ CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 167.

dique suisse, nous souhaitons ici procéder à une présentation des éléments constitutifs de cette norme conventionnelle. Nous traiterons, tout d'abord, de son champ d'application personnel (A) puis de la notion de discrimination antisyndicale (B), et enfin, du type de protection préconisée (C).

A. Champ d'application personnel

La Convention n° 98 a vocation à s'appliquer très largement. Nous traiterons des éléments généraux, puis du champ d'application quant aux fonctionnaires, et enfin de la protection particulière qui doit être accordée aux représentants syndicaux.

1. Éléments généraux

La Convention n° 98 s'applique en principe à tous les travailleurs et employeurs, ainsi qu'à leurs organisations respectives, aussi dans le secteur privé que dans le secteur public⁶². Elle concrétise ainsi la portée de la liberté syndicale individuelle et de la liberté syndicale collective⁶³.

Les droits consacrés à l'article premier de la Convention s'appliquent à l'ensemble des travailleurs quel que soit leur contrat de travail, qu'il soit écrit ou non, de durée déterminée ou non⁶⁴.

Deux exceptions sont prévues. Tout d'abord, comme dans la Convention n° 87, la Convention n° 98 laisse aux législations nationales la compétence de déterminer si ses dispositions s'appliqueront aux membres des forces armées et de la police (art. 5 § 1). Par ailleurs, et à la différence cette fois de la Convention n° 87, la Convention n° 98 exclut de son champ d'application les « fonctionnaires publics » (art. 6).

2. Fonctionnaires

Les organes de contrôle de l'OIT ont adopté une approche restrictive en ce qui concerne cette deuxième exception et ont distingué, d'une part, les fonctionnaires qui accomplissent des activités propres à

⁶² CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 168.

⁶³ Voir DUNAND/MAHON/BOUVERAT/BRÜGGER/HASSISSENE/MADER, *Représentants des travailleurs*, N 149.

⁶⁴ CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 168.

l'administration de l'Etat (fonctionnaires de ministères et autres organismes gouvernementaux comparables, ainsi que leurs auxiliaires), qui peuvent demeurer exclus du champ d'application de la Convention, et, d'autre part, toutes les autres personnes employées par le gouvernement, les entreprises publiques ou les institutions publiques autonomes, qui devraient bénéficier des garanties prévues dans la Convention⁶⁵.

Cette seconde catégorie de fonctionnaires comprend, notamment, les employés des entreprises publiques, les employés municipaux, les employés des institutions décentralisées, ou encore les enseignants du secteur public⁶⁶.

3. Représentants syndicaux

Si la Convention requiert d'assurer une protection contre les actes de discrimination antisyndicale à l'égard de tous les travailleurs, la protection de la Convention est particulièrement importante pour les représentants et les dirigeants syndicaux⁶⁷.

En effet, pour pouvoir remplir leurs fonctions syndicales en pleine indépendance, les délégués syndicaux doivent avoir la garantie qu'ils ne subiront pas de préjudice en raison du mandat syndical qu'ils détiennent⁶⁸. Cette garantie est également nécessaire pour assurer le respect du principe fondamental selon lequel les organisations de travailleurs ont le droit d'élire librement leurs représentants⁶⁹.

Les représentants syndicaux n'ont, évidemment, pas le droit à une immunité absolue qui les protégerait contre toute mesure alors qu'ils auraient commis des actes répréhensibles. Les Etats doivent cependant veiller à leur assurer une protection spécifique⁷⁰.

Selon le Comité, la protection s'applique autant aux membres des syndicats et aux anciens responsables syndicaux qu'aux dirigeants encore en place⁷¹.

⁶⁵ CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 171-172.

⁶⁶ CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 172.

⁶⁷ CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 186.

⁶⁸ CLS, *Liberté syndicale*, N 1117.

⁶⁹ CLS, *Liberté syndicale*, N 1117.

⁷⁰ SERVAIS, *Droit international*, N 298.

⁷¹ CLS, *Liberté syndicale*, N 1080.

B. Notion de discrimination antisyndicale

Selon l'article 1, paragraphe 1, de la Convention OIT n° 98, la protection vise « tous actes de discrimination ». Le paragraphe 2 précise les formes principales de discrimination.

1. Notion générale

L'article 1 de la Convention n° 98 donne une définition de la discrimination antisyndicale sous l'angle restreint de ses conséquences : « tous actes de discrimination tendant à porter atteinte à la liberté syndicale en matière d'emploi ».

Pour préciser la notion, il convient de se référer à l'article 1, paragraphe 1, de la Convention OIT n° 111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession dans lequel on trouve une définition de la notion de discrimination en matière d'emploi. Cette convention a été adoptée le 25 juin 1958 et est entrée en vigueur le 15 juin 1960. Elle a été ratifiée par 175 Etats, dont la Suisse. Approuvée par l'Assemblée fédérale le 15 juin 1961, elle est entrée en vigueur pour la Suisse le 13 juillet 1962⁷².

Par la combinaison de l'article 1, paragraphe 1 de la Convention n° 111⁷³ et de l'article 1, paragraphe de la Convention n° 98, on peut caractériser la discrimination antisyndicale par la réunion des trois conditions suivantes :

- Une distinction, exclusion ou préférence, résultant d'un acte ou d'une omission, qui constitue une différence de traitement ;
- cette différence de traitement est fondée sur un critère discriminant, en l'espèce l'affiliation syndicale ou la participation à des activités syndicales ;
- le résultat objectif de cette différence de traitement provoque la destruction ou l'altération de l'égalité des chances ou de traitement en matière d'emploi et porte atteinte à la liberté syndicale.

⁷² RS 0.822.721.1.

⁷³ Sur la notion de discrimination dans les relations de travail, Voir CIF, *Droit international*, 150 ss.

L'interdiction couvre toute discrimination, en droit ou dans la pratique, directe ou indirecte⁷⁴.

Enfin, les distinctions, exclusions ou préférences fondées sur les qualifications exigées pour un emploi déterminé ne sont pas considérées comme des discriminations (art. 1 § 2 C 111).

2. Formes principales

Selon l'article 1, paragraphe 2 de la Convention OIT n° 98, la protection contre les actes de discrimination antisyndicale doit notamment s'appliquer en ce qui concerne les actes ayant pour but de : subordonner l'emploi d'un travailleur à la condition qu'il ne s'affilie pas à un syndicat ou cesse de faire partie d'un syndicat (lettre a) ; congédier un travailleur ou lui porter préjudice par tous autres moyens, en raison de son affiliation syndicale ou de sa participation à des activités syndicales en dehors des heures de travail ou, avec le consentement de l'employeur, durant les heures de travail (lettre b).

La Convention vise donc trois formes principales de discrimination anti-syndicale : la discrimination à l'embauche, la discrimination en cours d'emploi et le licenciement discriminatoire. Il est évident que les législations nationales doivent assurer des protections efficaces lors de ces trois stades et non à l'encontre de certains actes seulement ou lors de certaines périodes de la relation de travail uniquement⁷⁵.

C. Protection adéquate

Selon l'article 1, paragraphe 1 de la Convention OIT n° 98, les travailleurs « doivent bénéficier d'une protection adéquate » contre les actes de discrimination antisyndicale.

Les organes de contrôle de l'OIT ont donné de nombreux avis dans lesquels ils interprètent cette notion indéterminée. Formellement, il faut que la protection soit assurée par des dispositions législatives spécifiques. Au fond, elle doit être suffisamment dissuasive. Enfin, du point de vue pratique, les personnes lésées doivent se voir reconnaître la pos-

⁷⁴ CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 743.

⁷⁵ CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 177.

sibilité d'agir par le biais de procédures rapides, efficaces et peu coûteuses, et la charge de la preuve doit être allégée voire inversée.

1. Dispositions législatives spécifiques

Il est admis que la Convention n° 98 autorise une certaine flexibilité quant à sa mise en œuvre au niveau national par les Etats liés par la Convention⁷⁶.

Tant que la protection contre les actes de discrimination antisyndicale est effectivement assurée, les méthodes adoptées pour garantir celle-ci aux travailleurs peuvent varier d'un Etat à l'autre, mais si des actes de discrimination se produisent, le gouvernement intéressé doit, quelles que soient les méthodes utilisées normalement, prendre toutes les mesures qui s'avèrent nécessaires pour remédier à cette situation⁷⁷.

La Commission d'experts insiste toutefois sur la nécessité d'adopter en matière de discrimination antisyndicale des dispositions législatives spécifiques plutôt que des dispositions trop vagues pour constituer une protection suffisante et adéquate⁷⁸.

Il est nécessaire que la législation établisse d'une manière expresse des recours et des sanctions contre les actes de discrimination antisyndicale, afin d'assurer l'efficacité pratique de l'article 1 de la Convention n° 98⁷⁹.

Par ailleurs, les Etats concernés doivent s'assurer que la législation est effectivement appliquée en pratique. Afin d'évaluer l'efficacité des législations nationales, la Commission d'experts invite généralement les gouvernements à lui communiquer toute information utile au sujet du nombre de plaintes soumises aux autorités compétentes, des résultats des enquêtes et actions entreprises, ainsi que de leur durée, aussi bien dans le secteur public que privé⁸⁰.

⁷⁶ CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 174.

⁷⁷ CLS, *Liberté syndicale*, N 1137.

⁷⁸ CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 174.

⁷⁹ CLS, *Liberté syndicale*, N 1134.

⁸⁰ CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 175.

2. Sanctions dissuasives

Pour assurer que la protection des travailleurs soit adéquate, il faut notamment que les sanctions prévues dans les ordres juridiques nationaux soient suffisamment dissuasives⁸¹.

Cette protection peut être garantie par divers moyens, adaptés au pays concernés, pour autant que ces moyens puissent prévenir les actes de discrimination antisyndicale ou y remédier efficacement⁸².

Le Comité estime que le rôle des Etats par rapport à des actes de discrimination antisyndicale ne se limite pas à la médiation et à la conciliation mais inclut aussi, le cas échéant, des enquêtes et une mise en œuvre de la loi pour assurer une protection efficace contre les actes répréhensibles, et en particulier veiller à ce que de tels actes soient identifiés, fassent l'objet de mesures de réparation, que les parties coupables soient punies et qu'ils ne se répètent pas à l'avenir⁸³.

Les modes de réparation devraient avoir pour but la réparation intégrale du préjudice subi tant sur le plan financier que professionnel⁸⁴.

3. Procédures efficaces

L'existence de dispositions législatives générales interdisant les actes de discrimination antisyndicale est insuffisante si celles-ci ne sont pas accompagnées de procédures rapides et efficaces qui en assurent l'application pratique⁸⁵.

La Commission d'experts fonde ce principe général sur l'article 3 de la Convention n° 98 selon lequel des organismes appropriés aux conditions nationales doivent, si nécessaire, être institués pour assurer le respect du droit d'organisation défini par les articles 1 et 2 de la Convention⁸⁶.

⁸¹ CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 193.

⁸² CIF, *Droit international*, 131.

⁸³ CLS, *Liberté syndicale*, N 1161.

⁸⁴ CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 193.

⁸⁵ CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 190 ; CLS, *Liberté syndicale*, N 1140.

⁸⁶ CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 190 ; CLS, *Liberté syndicale*, N 1141.

De fait, les tribunaux jouent un rôle primordial dans la promotion de la liberté syndicale, et en particulier la protection des travailleurs qui sont victimes d'actes de discrimination antisyndicale⁸⁷.

Les tribunaux compétents doivent disposer de tous les pouvoirs nécessaires pour statuer rapidement, complètement et en toute indépendance, et décider de la sanction la plus appropriée en fonction des circonstances⁸⁸.

Le retard pris pour mener à bien les recours judiciaires qui donnent accès à la réparation réduit par lui-même l'efficacité de ces recours, étant donné que la situation ayant fait l'objet d'une plainte, souvent, peut avoir changé de manière irréversible, de sorte qu'il devient impossible d'ordonner une réparation appropriée⁸⁹.

4. Charge de la preuve

L'une des principales difficultés dans les allégations de discrimination antisyndicale porte sur la charge de la preuve. En effet, la victime doit établir une intention et non un fait⁹⁰.

Ainsi, l'obligation faite aux travailleurs de prouver que l'acte incriminé a été motivé par des considérations antisyndicales peut constituer un obstacle insurmontable à l'établissement des responsabilités et à la garantie d'une réparation adéquate⁹¹.

La Commission d'experts est d'avis que les Etats devraient renforcer la protection des travailleurs en exigeant, à certaines conditions, que l'employeur prouve que la mesure alléguée comme antisyndicale avait pour cause des considérations autres que l'activité ou l'appartenance syndicale (renversement du fardeau de la preuve)⁹².

⁸⁷ CIF, *Droit international*, 120.

⁸⁸ CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 182.

⁸⁹ CLS, *Liberté syndicale*, N 1144.

⁹⁰ SERVAIS, *Droit international*, N 295.

⁹¹ CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 192 ; CLS, *Liberté syndicale*, N 1141.

⁹² CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 192.

V. Discrimination à l'embauche

Au sens de l'article 1, paragraphes 1 et 2 de la Convention OIT n° 98, il y a discrimination antisyndicale à l'embauche lorsqu'un employeur, sans motif valable, subordonne « l'emploi d'un travailleur à la condition qu'il ne s'affilie pas à un syndicat ou cesse de faire partie d'un syndicat » (art. 1 § 2 lit. a C 098) ou ne l'embauche pas en raison de ses activités syndicales antérieures.

Nous présenterons ici les grandes lignes du droit interne suisse de la discrimination à l'embauche (A), puis des avis des organes de contrôle de l'OIT (B), afin de déterminer si le droit interne suisse pourrait ou devrait être complété ou adapté (C).

A. Droit interne suisse

Selon le principe de la liberté contractuelle qui prévaut en Suisse, toute personne a en principe le droit de décider si elle entend ou non conclure un contrat et, dans l'affirmative, de choisir la personne avec laquelle elle se liera⁹³. C'est dire que le droit interne suisse est dépourvu de protection générale contre la discrimination à l'embauche qui permettrait à la victime de réclamer son engagement ou le versement d'une indemnité.

Ce principe est toutefois tempéré par l'existence d'une protection spécifique et explicite contenue dans la loi fédérale sur l'égalité (ci-après : LEg) lorsque la discrimination à l'embauche est fondée sur le sexe. Pour les autres cas de discrimination à l'embauche, notamment la discrimination antisyndicale, il existe quelques protections disparates que l'on trouvera dans les règles générales du droit privé.

1. Discrimination à l'embauche fondée sur le sexe

Il y a discrimination à l'embauche au sens de l'art. 3 LEg lorsqu'une personne n'est pas engagée à un poste pour lequel elle s'est portée candidate, en raison de son sexe, et sans que l'employeur ne puisse invoquer

⁹³ ATF 131 I 333, c. 3.2 ; ATF 102 Ia 533, c. 10a.

de motif justificatif⁹⁴. La personne qui n'est pas engagée et qui se prévaut d'une discrimination peut exiger de l'employeur qu'il motive sa décision par écrit (art. 8 al. 1 LEg).

La personne discriminée peut également demander une indemnité dont le montant est fixé par le juge, compte tenu de toutes les circonstances, et qui correspond au maximum à trois mois du salaire auquel elle aurait vraisemblablement eu droit si elle avait été engagée (art. 5 al.2 et 4 LEg).

La victime doit toutefois agir en justice dans les trois mois à compter du moment où le refus d'embauche lui a été communiqué, sous peine de péremption (art. 8 al. 2 LEg).

La personne qui allègue une discrimination à l'embauche ne bénéficie pas de l'allègement du fardeau de la preuve prévu à l'article 6 LEg. Toutefois, comme l'a précisé récemment le Tribunal fédéral dans le cadre d'un litige portant sur l'application de la LEg, la preuve d'une discrimination à l'embauche est excessivement difficile à rapporter. Le juge devra donc le plus souvent se satisfaire d'une vraisemblance prépondérante⁹⁵.

2. Discrimination antisyndicale

En cas de discrimination antisyndicale, il n'existe, comme déjà indiqué, aucune règle spécifique. Il faut donc rechercher les protections dans les règles générales du droit privé et du droit du travail. Nous traiterons ici de deux aspects complémentaires, soit les normes qui cadrent le déroulement de l'entretien d'embauche et celles qui permettent à la victime d'une discrimination d'obtenir réparation.

a) Entretien d'embauche

Le Tribunal fédéral a précisé que les dispositions sur la protection de la personnalité des travailleurs (art. 328 à 328b CO) s'appliquaient déjà durant les pourparlers précontractuels⁹⁶.

⁹⁴ Pour une présentation du régime de l'interdiction de la discrimination à l'embauche dans la LEg, voir DUNAND, *Discrimination*, 35-71.

⁹⁵ TF 8C_821/2016 du 26 janvier 2018, c. 3.3.

⁹⁶ TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008, c. 6.2.

Il découle de l'article 328b CO que seules sont admissibles, lors de la procédure de recrutement, les questions (orales ou résultant d'un questionnaire) qui portent sur les aptitudes du candidat à remplir son emploi ou qui sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail (formation, expérience, compétences professionnelles)⁹⁷. Il n'existe toutefois pas de solution schématique, car selon la nature de l'activité et le niveau hiérarchique du poste, la protection sera plus ou moins étendue⁹⁸.

Sont *a contrario* considérées comme inadmissibles, et donc illicites, les questions qui n'ont pas trait au poste de travail ou à l'activité à exercer, et qui portent atteinte à la vie privée de la personne qui postule ou de ses proches. Il en va notamment ainsi, selon le Tribunal fédéral, des questions relatives à une éventuelle séropositivité, aux opinions politiques, à la volonté d'une femme d'avoir des enfants, à la situation familiale, au cercle d'amis et de fréquentation, ou aux tendances sexuelles⁹⁹.

Les opinions et l'appartenance syndicales constituent des données personnelles sensibles, au sens de l'art. 3, lit. c, ch. 1 de la loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (ci-après : LPD)¹⁰⁰, qui sont protégées par des normes spécifiques et qui ne doivent pas être collectées par l'employeur durant l'entretien d'embauche¹⁰¹.

Il est toutefois admis que les entreprises dites « à tendance » (*Tendenzbetriebe*) bénéficient d'un régime spécifique. Ces entreprises ont comme particularité qu'elles ne poursuivent pas un but essentiellement lucratif, mais qu'elles exercent une activité à caractère spirituel ou intellectuel¹⁰². Leurs employés sont soumis à un devoir de fidélité accru. Il en résulte que la vérification de l'aptitude du candidat à répondre aux qualifications requises peut aussi dépendre de considérations plus personnelles¹⁰³. Ainsi, lors de l'entretien d'embauche, une question sur les opinions politiques ou syndicales peut être posée au candidat lorsque ces

⁹⁷ LEMPEN, *Protection des données*, 280.

⁹⁸ DUNAND, N 44 *ad* art. 328b CO ; MEIER, *Protection des données*, N 2088.

⁹⁹ TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008, c. 6.2.

¹⁰⁰ RS 235.1.

¹⁰¹ MEIER, *Protection des données*, N 2090.

¹⁰² ATF 130 III 699, c. 4.1.

¹⁰³ DUNAND, N 48 *ad* art. 328b CO.

informations sont susceptibles d'affecter objectivement l'aptitude à l'emploi considéré¹⁰⁴.

Il faut par ailleurs opérer une distinction selon la chronologie des événements. Généralement illicite lors de l'entretien d'embauche, une question sur l'affiliation syndicale du travailleur est en revanche admissible, selon le Tribunal fédéral, lorsqu'elle est posée après la conclusion du contrat de travail et qu'elle vise à déterminer si le salaire du nouvel employé doit être fixé ou non en fonction des prescriptions de la convention collective de travail liant l'employeur. En effet, une information à ce sujet s'avère indispensable pour l'exécution du contrat de travail¹⁰⁵.

En synthèse, les règles d'encadrement de l'entretien d'embauche, fondées sur la protection de la personnalité des candidats, peuvent contribuer à prévenir une discrimination antisyndicale à l'embauche. Elles nous paraissent toutefois peu opérantes, autant parce qu'elles sont largement ignorées ou inappliquées que parce que les sanctions de leur violation sont souvent incertaines¹⁰⁶.

b) Réparations

S'agissant des possibilités pour la personne victime d'une discrimination antisyndicale à l'embauche d'obtenir des réparations, force est de constater qu'elles sont extrêmement limitées. On rappellera que la liberté contractuelle constitue l'un des principes cardinaux du droit privé et qu'il n'existe en conséquence aucune voie permettant à la victime d'exiger son engagement.

La seule voie possible paraît consister dans une demande de réparation morale fondée sur l'article 49 CO en se basant sur une atteinte illicite à la personnalité, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'employeur n'ait pas donné autrement satisfaction à la victime (voir art. 49, 97 al. 1 et 328 CO)¹⁰⁷. L'existence d'un tort moral suppose que le candidat ait non seulement subi objectivement une atteinte grave dans ses intérêts personnels, mais aussi qu'il l'ait subjectivement ressentie sous

¹⁰⁴ ATF 123 III 129, c. 3b/cc.

¹⁰⁵ ATF 123 III 129, c. 3b/cc.

¹⁰⁶ Sur les voies de droit potentielles, voir DUNAND, N 49-50 et 107-124 *ad* art. 328b CO.

¹⁰⁷ Voir WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 55.

forme de souffrances qui ont entraîné une diminution de son bien-être¹⁰⁸.

Mais la voie est étroite puisque la victime de la discrimination doit prouver la discrimination, l'acte illicite, la faute de l'employeur, la gravité de l'atteinte et le tort moral.

Comme exemple de discrimination à l'embauche ayant donné lieu à réparation morale, on peut citer le cas d'une personne de couleur noire qui s'était entendu dire lors d'un entretien d'embauche qu'elle ne pouvait être engagée en raison de sa couleur de peau. Le Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne a considéré que la candidate avait subi une atteinte grave à sa personnalité et à sa dignité et lui a alloué un montant de 5'000 frs. à titre de tort moral¹⁰⁹.

B. Avis des organes de contrôle de l'OIT

Les organes de contrôle de l'OIT n'ont pas porté jusqu'ici une attention particulièrement soutenue à la discrimination antisyndicale à l'embauche, ni exigé des Etats des explications très fournies sur cette question. Ils ont toutefois exprimé quelques avis intéressants qui ont notamment porté sur la preuve de la discrimination.

D'une manière générale, il est souvent difficile, voire impossible, à un travailleur d'apporter la preuve qu'il a été victime d'une mesure de discrimination antisyndicale¹¹⁰.

Ainsi, il peut s'avérer extrêmement ardu pour la victime de prouver qu'elle a fait l'objet d'une discrimination antisyndicale à l'embauche, c'est-à-dire que son affiliation ou ses activités syndicales antérieures ont constitué le véritable motif du refus de son embauche¹¹¹.

Par conséquent, les législations nationales devraient prévoir que la charge de la preuve soit renversée ou à tout le moins que les raisons qui ont conduit à la décision de ne pas recruter un candidat puissent être

¹⁰⁸ Voir TF 4A_123/2007 du 31 août 2007, c. 7.2.

¹⁰⁹ TPH/Lausanne du 1^{er} juin 2005, in : JAR 2006, 531. Voir aussi STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 16 *ad art.* 320 CO.

¹¹⁰ CLS, *Liberté syndicale*, N 1141.

¹¹¹ CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 178.

exigées par ce dernier lorsqu'il invoque, par voies légales, le caractère antisyndical de son recrutement¹¹².

C. Adaptation du droit interne suisse

Il est intéressant de rappeler que dans un premier temps, soit en 1950, la Suisse avait décidé de ne pas ratifier la Convention OIT n° 98 en raison notamment du fait que le droit suisse ne contenait pas, comme tel, de disposition protégeant contre les actes de discrimination antisyndicale au stade de l'embauche¹¹³.

Ce n'est que dans un second temps, soit en 1999, que la Convention a été ratifiée par la Suisse. Selon le Conseil fédéral, le changement d'attitude des autorités helvétiques était lié à l'adoption et l'entrée en vigueur, en 1992, de la LPD qui avait permis au droit interne suisse de se conformer à la Convention n° 98. Cela résultait notamment du fait que, depuis lors, l'employeur n'a pas le droit de poser des questions sur les opinions ou les activités syndicales des candidats à l'embauche et que ceux-ci sont protégés contre la divulgation d'informations relatives à leur affiliation syndicale¹¹⁴.

Toujours selon le Conseil fédéral, l'absence de protection spécifique au droit du travail protégeant le travailleur contre les actes de discrimination antisyndicale n'était pas problématique vu l'importance « mineure » de ce type de discrimination¹¹⁵.

Les organes de contrôle n'ont pas été amenés jusqu'ici à se pencher d'une manière précise et détaillée sur la conformité du droit interne suisse au droit de l'OIT. Etant donné la généralité des normes protectrices qu'il comprend, on peine toutefois à voir en quoi le droit suisse prévoirait une « protection adéquate » contre la discrimination antisyndicale à l'embauche.

Il nous semble que, conformément au droit de l'OIT, le droit suisse pourrait être précisé ou adapté, *de lege lata*, sur les deux points suivants.

¹¹² CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 178.

¹¹³ Voir CONSEIL FÉDÉRAL, *Message*, 504.

¹¹⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message*, 504-506.

¹¹⁵ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message*, 507.

Selon les règles générales (cf. art. 8 CC), la victime d'une discrimination antisyndicale à l'embauche doit démontrer qu'elle n'a pas été embauchée en raison de ses activités syndicales. Or, la discrimination à l'embauche nous paraît constituer l'un de ces cas typiques dans lesquels, sauf à rendre excessivement difficile la charge de la preuve, une preuve stricte ne peut raisonnablement être exigée¹¹⁶. Dès lors, le juge devrait se contenter d'une vraisemblance prépondérante. Il lui suffirait d'appliquer, par analogie, la jurisprudence rendue en matière de discrimination à l'embauche fondée sur le sexe que nous avons évoquée ci-dessus¹¹⁷.

Par ailleurs, il faudrait reconnaître que le candidat qui n'est pas engagé et qui se prévaut d'une discrimination antisyndicale à l'embauche puisse exiger de l'employeur, conformément à l'avis de la Commission d'experts, et par analogie avec le régime de la LEg (cf. art. 8 al. 1), qu'il motive sa décision par écrit.

VI. Discrimination en cours d'emploi

Au sens de l'article 1, paragraphes 1 et 2 de la Convention OIT n° 98, il y a discrimination antisyndicale en cours d'emploi lorsque l'employeur, sans motif valable, porte préjudice par tous moyens à un travailleur en raison de son affiliation syndicale ou de sa participation à des activités syndicales en dehors des heures de travail ou, avec le consentement de l'employeur, durant les heures de travail.

Nous présenterons ici les grandes lignes du droit interne suisse sur la discrimination en cours d'emploi (A), puis des avis des organes de contrôle de l'OIT (B), afin de déterminer si le droit interne suisse pourrait ou devrait être complété ou adapté (C).

¹¹⁶ DUNAND, *Discrimination*, 50.

¹¹⁷ TF 8C_821/2016 du 26 janvier 2018, c. 3.3.

A. Droit interne suisse

La LEg contient des règles spécifiques sanctionnant les discriminations en cours d'emploi fondées sur le sexe. Dans le cas d'une discrimination fondée sur d'autres motifs discriminatoires, dont l'affiliation syndicale ou la participation à des activités syndicales, il faut appliquer quelques normes hétéroclites dont l'efficacité reste à démontrer.

1. Discrimination fondée sur le sexe

La LEg prohibe la discrimination en cours d'emploi fondée sur le sexe¹¹⁸. Sont expressément visés les cas de discrimination « à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail, à la rémunération, à la formation et au perfectionnement professionnels [... et] à la promotion » (art. 3 al. 2 LEg).

Selon l'article 5 alinéa 1 LEg, quiconque subit ou risque de subir une discrimination au sens précité peut requérir le tribunal ou l'autorité administrative : d'interdire la discrimination ou, d'y renoncer, si elle est imminente (lit. a) ; de faire cesser la discrimination, si elle persiste (lit. b) ; de constater l'existence de la discrimination, si le trouble qu'elle a créé subsiste (lit. c) ; et enfin, d'ordonner le paiement du salaire dû (lit. d).

L'existence d'une discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable (art. 6 LEg).

2. Discrimination antisyndicale

La personne victime d'une discrimination antisyndicale en cours d'emploi peut invoquer la protection des dispositions de la loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises du 17 décembre 1993 (ci-après : loi sur la participation)¹¹⁹ et des règles sur la protection de la personnalité.

¹¹⁸ Pour une présentation du régime de l'interdiction de la discrimination en cours d'emploi dans la LEg, voir CLEg-LEMPEN, N 25 ss *ad* art. 3 LEg.

¹¹⁹ RS 822.14.

a) La loi sur la participation

La loi sur la participation prévoit que dans les entreprises occupant au moins cinquante travailleurs, ceux-ci peuvent élire parmi eux des représentants, regroupés en une ou plusieurs représentations (art. 3).

L'article 12 de la loi est consacré à la protection de ces représentants. En vertu de l'alinéa 1, l'employeur « n'a pas le droit d'empêcher les représentants des travailleurs d'exercer leur mandat ». Quant à l'alinéa 2, il prévoit que l'employeur « ne doit pas défavoriser les représentants des travailleurs, pendant ou après leur mandat, en raison de l'exercice de cette activité. Cette protection est aussi étendue aux personnes se portant candidates à l'élection dans une représentation des travailleurs ».

L'article 12 est intéressant puisqu'il vise expressément les discriminations en cours d'emploi. Il prohibe toute entrave au développement professionnel, qui comprend par exemple la rémunération, les perspectives de promotion ou encore la formation continue¹²⁰. Les représentants du personnel ne doivent pas se voir privés d'un avantage, sans une raison objective et indépendante de l'exercice de leur activité de représentation¹²¹.

Par ailleurs, son champ d'application personnel est large puisque la disposition ne protège pas seulement les représentants des travailleurs en fonction, mais également les travailleurs qui se sont portés candidats à l'élection et les représentants des travailleurs dont le mandat a expiré.

L'impact de l'article 12 de la loi sur la participation est toutefois limité. En effet, la norme ne protège que les représentants des travailleurs au sens de l'article 3, et non d'autres représentants, comme les représentants syndicaux¹²². De plus, la loi sur la participation ne prévoit pas de sanctions spécifiques¹²³ !

b) Protection de la personnalité

Une atteinte à la liberté syndicale est susceptible de constituer une violation des droits de la personnalité qui sont protégés contre les atteintes

¹²⁰ SUBILIA/DUC, *Droit du travail*, N 3 ad art. 12 Lpart.

¹²¹ WITZIG, *Droit du travail*, N 1916.

¹²² SUBILIA/DUC, *Droit du travail*, N 4 ad art. 12 Lpart.

¹²³ DUNAND/MAHON/BOUVERAT/BRÜGGER/HASSISSENE/MADER, *Représentants des travailleurs*, N 320.

illicites, contraires aux mœurs ou abusives (cf. art. 2 et 27 ss CC ; art. 19, 20 et 328 CO)¹²⁴. On déduira de ces règles que l'employeur ne doit pas avoir une attitude qui empêche ou rende plus difficile l'exercice du droit d'association du travailleur¹²⁵.

Selon les règles générales, la victime d'une discrimination en cours d'emploi peut donc agir en prévention, en cessation ou en constatation des atteintes subies (cf. art. 28a CC). Globalement, ces actions sont cependant peu utilisées ou inefficaces dans les relations de travail¹²⁶. On rappellera notamment que l'action en constatation a un caractère subsidiaire en ce sens qu'elle ne peut être intentée que si le demandeur n'est pas en mesure de prendre immédiatement des conclusions condamnatoires tendant à la réparation du préjudice subi¹²⁷.

Il s'agit donc de déterminer s'il existe un fondement permettant à la victime d'une discrimination antisyndicale en cours d'emploi d'obtenir les mêmes avantages que ceux reçus par les collègues non discriminés.

Selon la conception retenue dans notre ordre juridique, il n'existe pas de droit général à l'égalité de traitement ou à ne pas être discriminé en droit privé suisse du travail¹²⁸. En revanche, lorsque l'employeur traite collectivement d'une situation, ses employés peuvent déduire de l'article 328 CO, qui protège notamment leur dignité et leur considération sociale, le droit de ne pas être traités de manière discriminatoire, sans motifs justificatifs¹²⁹.

Selon la jurisprudence, l'article 328 CO interdit à l'employeur de discriminer un travailleur lorsqu'une telle attitude laisse apparaître une dépréciation de la personnalité de l'employé et lui porte ainsi atteinte. Une telle situation n'est toutefois réalisée que si l'employé est placé dans une situation clairement moins avantageuse qu'un grand nombre d'autres employés, mais non lorsque l'employeur favorise seulement quelques collègues¹³⁰.

¹²⁴ PÄRLI, *Vertragsfreiheit*, 483 ss ; SUBILIA/DUC, *Droit du travail*, N 6 ad art. 356a CO.

¹²⁵ TF, arrêt du 9 mars 1979, in : SJ 1981, 314 ss, 317.

¹²⁶ DUNAND, N 65 ad art. 328 CO.

¹²⁷ Voir, par exemple, TC-VD, arrêt du 18 juin 2010, c. XI/a, in : JAR 2011, 586.

¹²⁸ DUNAND/PERRENOUD, *Convergences*, 22 s.

¹²⁹ DUNAND, N 54 ad art. 328 CO.

¹³⁰ ATF 129 III 276, c. 3.1 ; TF 4A_651/2017 du 4 avril 2018, c. 3.3.

Ainsi, l'employeur est libre de déterminer ou de convenir, selon les circonstances, des critères d'inclusion ou d'exclusion de certaines catégories de travailleurs dans le cas d'un traitement collectif, pour autant que ces critères soient reconnaissables, qu'ils ne soient pas arbitraires, ne violent pas le respect de la personnalité et ne soient pas illicites¹³¹.

Le fait que l'employeur favorise certains de ses employés peut avoir pour conséquence que des employés qui ne bénéficient pas du même traitement peuvent, selon le principe de la bonne foi, conclure à une modification tacite, en leur faveur, de leur contrat de travail. Dans une telle situation, l'employeur doit leur accorder aussi le traitement censé favoriser certains de ses employés, uniquement parce qu'en vertu du principe de la bonne foi, ce sont ces conditions qui paraissent avoir été convenues¹³².

Les cas d'application reconnus par la jurisprudence concernent des prestations discrétionnaires de l'employeur : gratifications, indemnités de départ volontaires ou avantages facultativement accordés en matière de prestations sociales¹³³.

Au vu de ce qui précède, un employé qui a subi une discrimination anti-syndicale en cours d'emploi a la possibilité de plaider une atteinte à sa personnalité, mais seulement s'il a été désavantagé par rapport à un grand nombre de collègues. Ce n'est, à teneur de la jurisprudence actuelle, qu'à ces conditions strictes qu'il peut exiger les mêmes avantages ou prestations que ceux obtenus par ses collègues.

B. Avis des organes de contrôle de l'OIT

Les organes de contrôle se sont relativement peu exprimés sur la question de la discrimination antisyndicale en cours d'emploi. Ils se sont surtout attachés à énumérer les formes variées de ce type de discrimination.

La Commission d'experts a donné les exemples suivants : transferts, mutations, rétrogradations et privations ou restrictions de tous ordres

¹³¹ TF 4A_63/2007 du 6 juillet 2007, c. 4.2.

¹³² ATF 129 III 276, c. 3.1.

¹³³ WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 369 ss.

(rémunération, avantages sociaux, formation professionnelle), ou encore non-renouvellement de contrats de travail, pressions et harcèlement¹³⁴.

Ainsi, le harcèlement et les manœuvres d'intimidation perpétrés à l'encontre de travailleurs au motif de leur affiliation syndicale ou de leur participation à des activités syndicales légitimes peuvent les décourager de s'affilier aux organisations de leur choix et, par là même violer leur droit d'organisation¹³⁵.

De même, l'octroi de gratifications aux membres du personnel non affiliés au syndicat, même s'il ne s'agit pas de la totalité d'entre eux, à l'exclusion de tous les travailleurs affiliés, en période de conflit collectif, constitue un acte de discrimination antisyndicale¹³⁶.

Comme le montre ce dernier exemple, la discrimination peut résulter non seulement d'actions concrètes de l'employeur, mais également d'omissions, soit du fait de ne pas verser de gratifications aux employés qui ont exercé librement leur liberté syndicale¹³⁷.

C. Adaptation du droit interne suisse

Les organes de contrôle ont souligné la diversité des actes de discrimination antisyndicaux en cours d'emploi. Il ne faut donc pas sous-estimer le potentiel d'atteinte à la liberté syndicale. Pourtant, les protections offertes par le droit suisse paraissent pour le moins lacunaires et inefficaces de sorte qu'il n'existe pas de protection adéquate contre de telles discriminations.

La victime est confrontée à plusieurs difficultés. Dans la plupart des cas, elle ne sera protégée que si elle a fait l'objet d'une discrimination dans le cadre d'un traitement collectif. De plus, comme pour les autres cas de discrimination antisyndicale, la preuve de la discrimination sera difficile à apporter.

¹³⁴ CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 179.

¹³⁵ CLS, *Liberté syndicale*, N 1098.

¹³⁶ CLS, *Liberté syndicale*, N 1099.

¹³⁷ CLS, *Liberté syndicale*, N 1101.

Dès lors, il nous semble que, conformément au droit de l'OIT, le droit suisse pourrait être précisé ou adapté, *de lege lata*, sur les points suivants.

Tout d'abord, la victime d'une discrimination devrait pouvoir s'en plaindre selon les règles habituelles de l'existence d'une discrimination, c'est-à-dire dans le cadre d'une comparaison avec une seule personne (traitement différencié entre deux personnes)¹³⁸.

L'exigence jurisprudentielle, déduite de l'article 328 CO, d'une comparaison dans le cadre d'un traitement collectif rend compliquée à l'excès la possibilité pour la victime d'une discrimination antisyndicale en cours d'emploi de faire constater l'atteinte et d'obtenir réparation.

Par ailleurs, vu la difficulté à démontrer l'intention de discriminer de l'employeur, il conviendrait d'admettre que le juge puisse se contenter d'indices convergents (vraisemblance prépondérante). On peut ici rappeler que le Tribunal fédéral a déjà retenu dans divers contextes de droit du travail un allègement du fardeau de la preuve (discrimination à l'embauche fondée sur le sexe, congé abusif, harcèlement psychologique notamment)¹³⁹ de sorte qu'il devrait être parfaitement possible d'appliquer une telle règle également en matière de discrimination anti-syndicale en cours d'emploi.

VII. Licenciement discriminatoire

Au sens de l'article 1 paragraphes 1 et 2 de la Convention OIT n° 98, il y a licenciement discriminatoire lorsque l'employeur, sans motif justificatif, congédie un travailleur en raison de son affiliation syndicale ou de sa participation à des activités syndicales en dehors des heures de travail ou, avec le consentement de l'employeur, durant les heures de travail.

La question est devenue sensible depuis que, nous l'avons évoqué, l'USS, puis le SSP ont déposé des plaintes contre la Suisse devant le

¹³⁸ Sur la notion de discrimination en droit suisse, voir AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, N 1080-1085 ; MAHON, *Droits fondamentaux*, N 148-149 ; PÄRLI, *Vertragsfreiheit*, N 1464 et 1572 ; PULVER, *L'interdiction de la discrimination*, N 201.

¹³⁹ Voir DUNAND, *Discrimination*, 50-52.

Comité en estimant que le droit interne suisse ne prévoyait pas de protection suffisante contre les licenciements antisyndicaux.

Nous présenterons ici les grandes lignes du droit interne suisse sur le licenciement discriminatoire (A), puis des avis des organes de contrôle de l'OIT (B), afin de déterminer si le droit interne suisse pourrait ou devrait être complété ou adapté (C).

A. Droit interne suisse

En droit suisse, le principe de base est la liberté de chacune des parties de résilier le contrat de travail dans le respect des délais, même sans justification ou motifs particuliers, seul l'abus étant sanctionné¹⁴⁰.

Le droit suisse connaît plusieurs normes sanctionnant le licenciement abusif. Il convient de distinguer les dispositions du CO, dont certaines traitent de manière explicite des licenciements antisyndicaux, des règles spécifiques de la LEg qui protègent les personnes employées contre un licenciement discriminatoire fondé sur le sexe.

1. Licenciement discriminatoire dans le régime du CO

Le congé est abusif s'il est donné pour un motif qui n'est pas digne de protection. La résiliation abusive fait l'objet de trois dispositions légales¹⁴¹. L'article 336 CO traite du principe. Il est complété par l'article 336aCO, relatif à la sanction d'un congé abusif, et par l'article 336b CO, qui décrit la procédure à suivre par le travailleur, sous peine de péremption de ses droits.

Devant la difficulté d'établir la preuve du motif abusif, soit du motif réel de celui qui a résilié le contrat, le Tribunal fédéral a indiqué que le juge pouvait présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvenait à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur (preuve par indices)¹⁴².

¹⁴⁰ WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 623.

¹⁴¹ Pour une analyse de ces dispositions, voir DUNAND, *ad art.* 336, 336a et 336b.

¹⁴² ATF 130 III 699, c. 4.1.

Parmi les huit motifs légaux de congés abusifs, plusieurs concernent les licenciements antisyndicaux¹⁴³. La protection des militants syndicaux et des représentants élus du personnel contre le licenciement découle des fondements mêmes du droit collectif du travail en Suisse¹⁴⁴.

Ainsi, selon l'article 336 alinéa 1 lettre b CO, est abusif le congé donné en raison de l'exercice par l'autre partie d'un droit constitutionnel (dont la liberté syndicale), à moins que l'exercice de ce droit ne viole une obligation résultant du contrat de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise¹⁴⁵. Cette disposition consacre la protection de l'exercice des droits constitutionnels dans le cadre des rapports de droit privé (effet horizontal indirect)¹⁴⁶.

La loi prévoit que l'employeur peut apporter des motifs justificatifs. On se référera à titre d'exemple à l'affaire dans laquelle un syndicat (entreprise à tendance), agissant en qualité d'employeur, avait résilié le contrat de travail de l'un de ses employés, juriste et adjoint à la direction de la caisse de chômage du syndicat, en raison de son appartenance à une secte, ainsi que de ses sympathies avec des partis politiques de droite, tenues pour inconciliable avec les activités du syndicat. Le Tribunal fédéral a considéré que le congé n'était pas abusif dans la mesure où l'employeur pouvait se prévaloir de motifs justificatifs légitimes car les activités privées de l'employé pouvaient être tenues pour incompatibles avec les orientations du syndicat¹⁴⁷.

Par ailleurs, l'article 336 alinéa 2 lettre a CO, déclare abusif le congé donné en raison de l'appartenance ou de la non-appartenance du travailleur à une organisation syndicale ou en raison de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale. Cette norme instaure une protection spéciale de la liberté syndicale¹⁴⁸. La première hypothèse de la disposition protège la liberté d'association positive et négative ; la seconde hypothèse est celle de l'activité syndicale qui n'est protégée que si elle est exercée de manière conforme au droit, c'est-à-dire dans le respect

¹⁴³ Voir ANDERMATT, *Liberté syndicale*, 15 ss.

¹⁴⁴ AUBERT, *Droit collectif*, 146.

¹⁴⁵ Voir STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 ad art. 336 CO ; WITZIG, *Droit du travail*, N 758.

¹⁴⁶ CR CO I-AUBERT, N 7 ad art. 336 CO.

¹⁴⁷ ATF 130 III 699, c. 4.2.

¹⁴⁸ PÄRLI/BAUMGARTNER/EYLEM/JUNGHANSS/LICCI/WESSELINA, *Arbeitsrecht*, N 2079 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 ad art. 336 CO.

du contrat et de la loi, voire des dispositions d'une convention collective de travail ou d'un contrat-type de travail¹⁴⁹.

L'activité syndicale se rapporte notamment à l'information de l'ensemble des travailleurs sur le rôle et l'organisation des syndicats, à la défense, le cas échéant, des droits des travailleurs, ainsi qu'au renforcement de l'activité syndicale sur le lieu de travail¹⁵⁰. Est par exemple abusif, le licenciement d'un employé parce qu'il a régulièrement fait valoir ses droits, ainsi que ceux de ses collègues, en sa qualité de membre d'un syndicat¹⁵¹.

Enfin, l'article 336 alinéa 2 lettre b CO qualifie d'abusifs les congés donnés par l'employeur pendant que le travailleur, représentant élu des travailleurs, est membre d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise sans que l'employeur ait eu un motif justifié de résiliation.

Il est admis qu'une telle protection concerne notamment les membres d'une commission d'entreprise mise en place sur la base d'une convention collective de travail, les représentants élus au sens des art. 5 ss de la loi sur la participation ou encore les membres d'une commission paritaire interne à l'entreprise¹⁵².

En vertu de l'art. 336 al. 3 CO, la protection des représentants des travailleurs dont le mandat a pris fin en raison d'un transfert des rapports de travail (cf. art. 333 CO) est maintenue jusqu'au moment où ce mandat aurait expiré si le transfert n'avait pas eu lieu.

L'art. 336 al. 2 let. b CO restreint la liberté de l'employeur de résilier le contrat de travail passé avec un représentant élu du personnel¹⁵³. Il a pour but d'assurer aux représentants élus des travailleurs la protection nécessaire, afin qu'ils puissent défendre effectivement les intérêts de ceux-ci sans craindre des sanctions de leur employeur¹⁵⁴.

¹⁴⁹ TF 4A_485/2015 du 15 février 2016, c. 3.1.

¹⁵⁰ DUNAND, N 56 *ad* art. 336 CO.

¹⁵¹ TF 4C.86/2001 du 28 mars 2002.

¹⁵² DUNAND/MAHON/BOUVERAT/BRÜGGER/HASSISSENE/MADER, *Représentants des travailleurs*, N 330.

¹⁵³ TF 4D_12/2014 du 7 juillet 2014, c. 5.

¹⁵⁴ TF 4D_12/2014 du 7 juillet 2014, c. 4.1.

La spécificité de la protection réside dans le fait que la norme procède à un renversement du fardeau de la preuve, en présumant que le congé donné durant le mandat du travailleur au sein d'une commission dans laquelle il représente ses collègues est abusif¹⁵⁵. Ainsi, le congé est présumé abusif, sauf si l'employeur apporte la preuve d'un motif justifié de résiliation. Le motif peut concerner les prestations, le comportement ou les besoins de l'entreprise, soit de circonstances inhérentes à la personne du travailleur ou de faits objectifs¹⁵⁶. Il n'est pas nécessaire de prouver une faute du travailleur¹⁵⁷.

La question de savoir si un motif d'ordre purement économique peut constituer un motif justifié a été posée. Le Tribunal fédéral y a répondu par l'affirmative à plusieurs reprises¹⁵⁸. Selon notre Haute Cour, une restructuration d'entreprise justifiée par des motifs économiques objectifs, tenant par exemple à la prévention de difficultés envisageables dans la marche future des affaires, constitue un motif justifié¹⁵⁹. Le Tribunal fédéral a encore précisé que l'interprétation littérale, historique et téléologique de l'art. 336 al. 2 lit. b CO n'excluait pas que l'employeur fonde la résiliation sur un motif économique¹⁶⁰. A teneur de la jurisprudence actuelle, un employeur est donc libre de licencier un représentant élu des travailleurs pour des motifs économiques, pour autant que ces motifs ne soient pas liés à l'activité de représentant des travailleurs et qu'ils ne constituent pas un prétexte¹⁶¹.

S'agissant de la sanction d'un congé abusif, on rappellera que les dispositions sur le congé abusif ne remettent pas en cause le principe de la liberté fondamentale pour chacune des parties de mettre fin unilatéralement au contrat¹⁶². Le caractère abusif du congé n'affecte pas sa validité et il n'y a pas, sous le régime du CO, de droit à la réintégration¹⁶³. Ainsi, la victime d'un tel congé ne peut solliciter que le paiement d'une

¹⁵⁵ DUNAND, N 63 *ad art.* 336 CO ; PÄRLI/BAUMGARTNER/EYLEM/JUNGHANSS/LICCI/WESSELINA, *Arbeitsrecht*, N 2081.

¹⁵⁶ TF 4A_387/2016, c. 5.5.

¹⁵⁷ DUNAND/MAHON/BOUVERAT/BRÜGGER/HASSISSENE/MADER, *Représentants des travailleurs*, N 333.

¹⁵⁸ ATF 138 III 359 ; ATF 133 III 512, c. 6.2-4 ; TF 4A_656/2016 du 1er septembre 2017, c. 3.2.

¹⁵⁹ ATF 133 III 512, c. 6.2-4.

¹⁶⁰ ATF 138 III 359, c.6.

¹⁶¹ Voir STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 12 *ad art.* 336 CO ; WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 641.

¹⁶² ATF 132 III 115, c. 2.1.

¹⁶³ TF du 12 mars 1992, c. 3, in : SJ 1993, 361.

indemnité dont le montant sera fixé par le juge, compte tenu de toutes les circonstances, mais correspondant au plus à six mois de salaire du travailleur (cf. art. 336a al. 2 CO)¹⁶⁴. Les personnes victimes d'un licenciement antisyndical ne bénéficient pas d'une protection ou d'une limite maximale supplémentaires¹⁶⁵.

L'indemnité en raison du congé abusif a une double finalité, punitive et réparatrice¹⁶⁶. Les circonstances devant être prises en compte pour en fixer le montant sont très diverses. Selon la jurisprudence, il y a lieu de tenir compte des éléments suivants : gravité de la faute de l'employeur ; gravité de l'atteinte à la personnalité du travailleur ; intensité et durée des rapports de travail ; effets économiques du licenciement ; âge et situation personnelle du travailleur ; conditions existantes sur le marché du travail ; situation économique des parties ; éventuelle faute concomitante du travailleur licencié¹⁶⁷. En revanche, le statut de représentant syndical ou de représentant des travailleurs n'est pas retenu comme un critère distinct.

Notons encore que les travailleurs qui sont licenciés de manière immédiate en raison de l'exercice conforme au droit de leur liberté syndicale ne bénéficient d'aucune protection spécifique. Selon le régime général du droit suisse, lorsque l'employeur résilie immédiatement de manière injustifiée le contrat du travailleur, il pourra être condamné à verser à celui-ci le salaire auquel il aurait eu droit si le contrat avait pris fin à l'échéance du délai de congé (art. 337c al. 1 CO), ainsi qu'une indemnité dont le montant doit être fixé par le juge, mais qui peut atteindre au maximum l'équivalent de six mois de salaire (art. 337c al. 3 CO). Cette indemnité est analogue à celle de l'art. 336a CO, dans la mesure où toutes deux sont de même nature¹⁶⁸.

En pratique, les conventions collectives de travail contiennent souvent des règles sur la protection contre les congés qui complètent le régime légal ou y dérogent, soit pour l'ensemble des travailleurs, soit unique-

¹⁶⁴ Voir MÜLLER, *Konsequenzen*, 275 ss.

¹⁶⁵ DUNAND/MAHON/BOUVERAT/BRÜGGER/HASSISSENE/MADER, *Représentants des travailleurs*, N 344.

¹⁶⁶ ATF 132 III 115, c. 5.6.

¹⁶⁷ ATF 123 III 391, c. 3 ; TF 4A_401/2016 du 31 janvier 2017, c. 6.2.

¹⁶⁸ DUNAND/MAHON/BOUVERAT/BRÜGGER/HASSISSENE/MADER, *Représentants des travailleurs*, N 359.

ment pour les représentants du personnel ou pour les représentants syndicaux.

On y trouve, par exemple, des règles imposant une procédure d'avertissement préalable avec délai d'épreuve, d'annonce préalable aux partenaires sociaux ou d'entretien préalable, ou des règles prévoyant l'obligation de l'employeur de reclasser l'employé, ou encore qui imposent des sanctions plus lourdes en cas de congé abusif¹⁶⁹. Vu le régime des dispositions absolument impératives (art. 361 CO), la possibilité de déroger valablement au régime des articles 336 al. 1 et 336a CO est toutefois controversée et n'a pas été tranchée à ce jour de manière claire¹⁷⁰.

2. Licenciement discriminatoire dans le régime de la LEg

La LEg protège les personnes employées contre deux types de licenciement qui constituent des cas spécifiques de congé abusif : le congé discriminatoire et le congé représailles.

Il y a licenciement discriminatoire lorsque la personne est licenciée pour une raison liée à son sexe, par exemple en raison de son statut de mère (cf. art. 3 LEg). La personne lésée peut prétendre au versement d'une indemnité par l'employeur, fixée compte tenu de toutes les circonstances, et qui n'excédera pas le montant correspondant à six mois de salaire (cf. art. 5 al. 2 et al. 4 LEg).

Il y a congé représailles lorsque la personne employée est licenciée parce qu'elle s'est plainte sur son lieu de travail, devant un office de conciliation ou un tribunal, d'avoir subi une discrimination interdite par la LEg (cf. art. 10 al. 1 LEg), par exemple parce qu'elle a demandé à son employeur de mettre fin à une discrimination salariale¹⁷¹. La victime peut agir en annulation du licenciement et obtenir sa réintégration dans l'entreprise (art. 10 al. 1 LEg), ou alors une indemnité au sens de l'art. 336a CO, en lieu et place de l'annulation du congé (cf. art. 10 al. 4 LEg).

¹⁶⁹ DUNAND/MAHON/BOUVERAT/BRÜGGER/HASSISSENE/MADER, *Représentants des travailleurs*, N 361-365.

¹⁷⁰ Voir DUNAND/MAHON/BOUVERAT/BRÜGGER/HASSISSENE/MADER, *Représentants des travailleurs*, N 366-373.

¹⁷¹ Sur le régime du congé représailles selon la LEg, voir CLEg-AUBERT, N 1 ss *ad* art. 10 LEg.

La possibilité de solliciter la réintégration au poste de travail constitue une singularité du droit privé suisse du travail¹⁷².

B. Avis des organes de contrôle

De toutes les manifestations de la discrimination antisyndicale, le licenciement est probablement le plus lourd de conséquences¹⁷³.

La Commission d'experts et le Comité ont rendu de très nombreux avis dans des procédures concernant divers Etats membres, y compris la Suisse.

1. Procédures concernant les divers Etats membres

Les nombreux avis des organes de contrôle ont notamment porté sur les formes que peut prendre le licenciement discriminatoire, sur la nature et les modalités des protections que les Etats sont appelés à instituer et sur les protections spécifiques qui doivent être assurées aux dirigeants et représentants syndicaux.

a) Formes du licenciement discriminatoire

Les actes répréhensibles peuvent revêtir différentes formes. Ils ne se limitent pas au licenciement, à la réduction des effectifs ou à la cessation de service, mais englobent également toute mesure de représailles, telle que la suspension prise contre un travailleur exerçant des activités syndicales¹⁷⁴.

La mise à la retraite d'office en raison d'activités syndicales licites est également couverte¹⁷⁵. Par ailleurs, il faut veiller à ce que l'application des programmes de réduction du personnel ne soit pas utilisée pour procéder à des actes de discrimination antisyndicale¹⁷⁶.

¹⁷² Voir DUNAND/MAHON/BOUVERAT/BRÜGGER/HASSISSENE/MADER, *Représentants des travailleurs*, N 379-386.

¹⁷³ CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 180.

¹⁷⁴ CLS, *Liberté syndicale*, N 1088.

¹⁷⁵ CLS, *Liberté syndicale*, N 1109.

¹⁷⁶ CLS, *Liberté syndicale*, N 1112.

b) Nature des protections

De nombreux avis des organes de contrôle ont porté sur la question de la nature des sanctions ordonnées en cas de licenciement antisyndical pour que la protection soit considérée comme adéquate.

Selon la Commission d'experts, sont compatibles avec la convention les systèmes qui prévoient des mesures préventives comme la nécessité d'obtenir une autorisation préalable d'une autorité judiciaire, des indemnités et des sanctions suffisamment dissuasives, et/ou la réintégration des travailleurs licenciés¹⁷⁷.

Bien que la Convention n'exige pas des Etats qu'ils introduisent la réintégration du travailleur dans leur législation, la Commission estime que ce type de sanction devrait au moins figurer parmi l'éventail des mesures pouvant être ordonnées par l'autorité judiciaire en cas de licenciement antisyndical¹⁷⁸.

Lorsque le pays opte pour un système d'indemnisation et d'amendes, la Commission d'experts estime que, premièrement, l'indemnisation pour licenciement antisyndical doit être plus élevée que celle prévue pour les autres types de licenciement, et, secondement qu'elle doit être adaptée à la taille de l'entreprise concernée (une indemnité de six mois de salaire peut avoir un caractère dissuasif pour les petites et moyennes entreprises, mais pas forcément pour les entreprises à forte productivité ou pour les grandes entreprises)¹⁷⁹.

En complément à d'autres mesures, un moyen d'assurer une protection efficace peut consister à faire obligation à l'employeur d'apporter la preuve de la nature non syndicale du motif qui sous-tend son intention de licencier un travailleur¹⁸⁰.

Selon la Commission d'experts, il n'apparaît pas qu'une protection suffisante soit accordée par une législation permettant en pratique aux employeurs, à condition de verser l'indemnité prévue par la loi pour tous les

¹⁷⁷ CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 182.

¹⁷⁸ CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 183.

¹⁷⁹ CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 185.

¹⁸⁰ CLS, *Liberté syndicale*, N 1155.

cas de licenciement injustifié, de licencier un travailleur si le motif réel en est son affiliation ou son activité syndicale¹⁸¹.

Dans de nombreux cas, le Comité a demandé aux Etats concernés de garantir que les travailleurs qui ont été victimes de licenciements anti-syndicaux soient réintégrés dans leur poste de travail sans perte de rémunération¹⁸².

Lorsqu'une réintégration sous une forme ou sous une autre s'avère impossible, pour des raisons objectives et impérieuses, les gouvernements doivent veiller à ce que soit versée aux travailleurs concernés une indemnisation adéquate qui constitue une sanction suffisamment dissuasive contre les licenciements antisyndicaux¹⁸³.

c) *Protection spécifique des délégués syndicaux*

Les organes de contrôle ont souvent affirmé que les représentants et dirigeants syndicaux devaient bénéficier de protections spécifiques. Il faut alors tenir compte de la nature, de l'importance des fonctions du représentant syndical, et des exigences de ce type de mandat pour évaluer la gravité du licenciement et fixer les réparations¹⁸⁴.

En particulier lors des premières étapes de la syndicalisation d'un lieu de travail, le licenciement de représentants syndicaux peut mettre en péril les premières tentatives d'exercice du droit d'organisation car cela a non seulement pour conséquence de priver les travailleurs de leurs représentants, mais aussi d'avoir un effet intimidant sur les autres travailleurs qui auraient pu envisager d'assumer des fonctions syndicales ou simplement d'adhérer à un syndicat¹⁸⁵.

L'une des manières d'assurer la protection des délégués syndicaux est de prévoir qu'ils ne puissent être licenciés ni dans l'exercice de leurs fonctions, ni pendant un certain laps de temps suivant la fin de leur mandat, sauf évidemment en cas de faute grave¹⁸⁶.

¹⁸¹ CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 180 ; CLS, *Liberté syndicale*, N 1106.

¹⁸² CLS, *Liberté syndicale*, N 1163-1171.

¹⁸³ CLS, *Liberté syndicale*, N 1172-1177.

¹⁸⁴ CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*, N 186.

¹⁸⁵ CLS, *Liberté syndicale*, N 1131.

¹⁸⁶ CLS, *Liberté syndicale*, N 1122.

Les activités des dirigeants syndicaux doivent être examinées dans le contexte des situations particulières qui peuvent être spécialement tendues et difficiles en cas de différend du travail et de grève¹⁸⁷.

Cependant, le principe suivant lequel un travailleur ou un dirigeant syndical ne doit pas subir de préjudice en raison de ses activités syndicales n'implique pas nécessairement que le fait de détenir un mandat syndical doive conférer à son détenteur une immunité contre tout licenciement, quelles que soient les circonstances¹⁸⁸.

Ainsi, le congédiement de syndicalistes pour absence de travail sans le consentement de l'employeur, par exemple afin de participer à un cours d'éducation ouvrière, ne semble pas constituer en soi une violation de la liberté syndicale¹⁸⁹.

2. Procédures concernant la Suisse

On rappellera que deux plaintes ont été déposées contre la Suisse devant le Comité de la liberté syndicale.

Dans sa plainte de 2003, l'USS affirmait que les indemnités auxquelles peuvent être condamnés les employeurs coupables de licenciement abusif antisyndical ou de licenciement non justifié d'un représentant du personnel étaient trop faibles et qu'elles n'avaient pas d'effet dissuasif¹⁹⁰.

Cette plainte a été accueillie favorablement par le Comité qui a émis des recommandations au gouvernement suisse dans deux rapports intérimaires de 2004¹⁹¹ et 2006¹⁹². Le Comité a estimé que l'ordre juridique suisse ne protégeait pas suffisamment les représentants syndicaux victimes de licenciements antisyndicaux. Il a retenu notamment que la protection contre le licenciement antisyndical des articles 336 et suivants CO n'était pas conforme à la Convention OIT n° 98 et a prié le Conseil fédéral de prendre des mesures pour prévoir le même type de

¹⁸⁷ CLS, *Liberté syndicale*, N 1132.

¹⁸⁸ CLS, *Liberté syndicale*, N 1119.

¹⁸⁹ CLS, *Liberté syndicale*, N 1123.

¹⁹⁰ Voir DUNAND/MAHON/BOUVERAT/BRÜGGER/HASSISSENE/MADER, *Représentants des travailleurs*, N 9 ; MOESCH, *La protection internationale*, 547 ss.

¹⁹¹ Voir CLS, Rapport intérimaire N 335 de novembre 2004.

¹⁹² Voir CLS, Rapport intérimaire N 343 de novembre 2006.

protection pour les représentants syndicaux victimes de licenciements antisyndicaux que pour ceux victimes de licenciements violant le principe d'égalité entre hommes et femmes, y compris la possibilité d'une réintégration¹⁹³.

La Commission d'experts s'est également prononcée à plusieurs reprises sur le régime du droit suisse de protection contre les licenciements antisyndicaux¹⁹⁴. Selon la Commission, les indemnités applicables pour licenciement abusif sont susceptibles d'avoir un caractère dissuasif pour les petites et moyennes entreprises mais n'ont pas ce caractère pour les entreprises à forte productivité ou pour les grandes entreprises¹⁹⁵.

Relevons, enfin, que la Suisse a dû justifier devant la Commission tripartite d'application des normes des mesures prises pour mettre sa législation en conformité avec la Convention n° 98. En effet, la Suisse a figuré sur la liste des Etats suspectés de manquements graves, sur laquelle la Commission a porté son attention en 2006¹⁹⁶.

Diverses initiatives ont été prises par le Conseil fédéral, qui a également sollicité une étude approfondie sur les conditions et les aspects déterminants de la protection des représentants des travailleurs face aux licenciements¹⁹⁷. Cette étude, qui a été confiée par l'Office fédéral de la justice et le Secrétariat d'Etat à l'économie au Centre d'étude des relations de travail de l'Université de Neuchâtel (ci-après : CERT), a été rendue au mois d'août 2015¹⁹⁸. Pour l'instant, en l'absence de consensus politique, aucune réforme législative n'a abouti. La réflexion se poursuit au sein de la Commission fédérale tripartite pour les affaires de l'OIT. Il est probable que les organes de contrôle de l'OIT interpellent à nouveau le Conseil fédéral dans ce dossier.

¹⁹³ Voir CLS, Rapport intérimaire N 343 de novembre 2006, N 1148.

¹⁹⁴ Voir par exemple, l'observation adoptée en 2015 et publiée en 2016 lors de la 105^{ème} session de la Conférence internationale du Travail.

¹⁹⁵ Voir l'observation adoptée en 2008 et publiée en 2009 lors de la 98^{ème} session de la Conférence internationale du Travail.

¹⁹⁶ Voir BERSET BIRCHER/MEIER, *L'impact du droit international*, 585.

¹⁹⁷ Sur les initiatives du Conseil fédéral, voir DUNAND/MAHON/BOUVERAT/BRÜGGER/HASSISSENE/MADER, *Représentants des travailleurs*, N 17-19 et BERSET BIRCHER/MEIER, *L'impact du droit international*, 586 ss.

¹⁹⁸ Voir DUNAND/MAHON/BOUVERAT/BRÜGGER/HASSISSENE/MADER, *Représentants des travailleurs*.

Quant à la plainte du SSP de 2013, elle dénonce une insuffisance de la législation suisse en matière de protection des travailleurs contre les congés donnés en cas d'exercice du droit de grève¹⁹⁹. La plainte se fonde sur les événements qui se sont déroulés à l'Hôpital de la providence à Neuchâtel entre juin 2012 et début 2013. Des procédures judiciaires, de nature civile et pénale, ont été lancées par les protagonistes devant les juridictions suisses. Le Comité paraît attendre le dénouement de ces procédures avant de se prononcer sur la plainte du SSP. Notons que dans un arrêt récent, dont nous avons déjà fait mention, le Tribunal fédéral a considéré que le licenciement immédiat des grévistes était justifié, mettant ainsi fin au volet civil du litige²⁰⁰.

C. Adaptation du droit interne suisse

Contrairement aux cas de discriminations antisyndicales à l'embauche et en cours d'emploi, le droit suisse comprend des protections explicites en matière de licenciements discriminatoires.

Nous avons vu que la question des sanctions à l'encontre d'un licenciement antisyndical était particulièrement sensible. Les organes de contrôle considèrent que le droit interne suisse ne comprend pas de sanction suffisamment dissuasive.

Nous avons pour notre part conclu l'étude du CERT sur l'opinion que la réintégration est un mécanisme qui s'intègre ou qui s'intégrerait assez difficilement aux principes qui régissent le droit privé suisse du travail²⁰¹. D'ailleurs, l'article 10 LEg, bien qu'entré en vigueur il y a plus de vingt ans, n'a presque jamais donné lieu à une réintégration effective.

En lieu et place du régime de la réintégration, nous avons proposé de modifier l'article 336a CO en portant le montant maximum de l'indemnité en cas de congé abusif (et par symétrie en cas de licenciement immédiat injustifié selon l'art. 337c al. 3 CO) de six à douze mois du salaire de la victime. Nous avons indiqué que le droit suisse serait alors susceptible d'être considéré comme conforme au droit de l'OIT puisqu'il

¹⁹⁹ DUNAND/MAHON/MATTHEY/RUSSO, *Grève licite*, N 17-20.

²⁰⁰ TF 4A_64/2018 du 17 décembre 2018, c. 6.

²⁰¹ DUNAND/MAHON/BOUVERAT/BRÜGGER/HASSISSENE/MADER, *Représentants des travailleurs*, N 398.

proposerait une alternative crédible, sous la forme d'une indemnisation adéquate²⁰².

Il faut toutefois tenir compte dans ce contexte de l'évolution de la jurisprudence de la CourEDH. Ainsi, dans un arrêt récent, la Cour a considéré qu'une loi turque qui conférait à l'employeur la possibilité de verser des indemnités de douze mois de salaire aux travailleurs victimes d'un licenciement antisyndical, en lieu et place d'une réintégration, n'imposait pas, dans les circonstances du cas d'espèce, de sanctions suffisamment dissuasives²⁰³. Il est donc possible qu'une indemnité maximale de douze mois prévue dans le CO soit considérée comme insuffisante.

Quoiqu'il en soit, il nous semble que, conformément au droit de l'OIT, le droit suisse pourrait être précisé ou adapté, *de lege lata*, sur les points suivants.

Tout d'abord, la possibilité conférée à l'employeur de justifier le licenciement d'un délégué syndical ou d'un représentant élu des travailleurs par des motifs d'ordre économique a pour effet d'amoindrir de manière sensible la portée des protections légales²⁰⁴. Il n'est pas contestable que c'est en période de difficultés économiques que la représentation des travailleurs doit pouvoir jouer efficacement son rôle de défense des intérêts de l'ensemble des employés concernés par les restructurations²⁰⁵. Le Tribunal fédéral pourrait adapter sa jurisprudence en tenant mieux compte de l'avis des organes de contrôle de l'OIT, lesquels préconisent une protection accrue des représentants des travailleurs. Seuls des motifs inhérents aux représentants syndicaux devraient être admis comme motifs justifiés.

Par ailleurs, en cas de licenciements antisyndicaux notifiés à l'encontre de délégués syndicaux ou représentants des travailleurs, le juge devrait systématiquement fixer le montant de l'indemnité au maximum des six mois de salaire prévus dans la loi, ou à tout le moins à une somme proche de ce maximum.

²⁰² DUNAND/MAHON/BOUVERAT/BRÜGGER/HASSISSENE/MADER, *Représentants des travailleurs*, N 432.

²⁰³ CEDH, Tek Gida is Sendikasi c. Turquie (requête n° 35009/05), 4 avr. 2017, § 56.

²⁰⁴ BRUCHEZ/DONATIELLO, N 33 *ad art.* 335f CO; DUNAND/MAHON/BOUVERAT/BRÜGGER/HASSISSENE/MADER, *Représentants des travailleurs*, N 334.

²⁰⁵ BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, N 10 *ad art.* 336 CO.

VIII. Conclusion

Comme l'énonce une auteure, si « les normes internationales du travail sont la pierre angulaire des activités de l'OIT, la liberté d'association est, sans aucun doute, la pierre angulaire du droit du travail au niveau national et international »²⁰⁶.

Nous avons vu que dans l'ordre juridique suisse, la liberté syndicale est garantie autant par la Constitution fédérale que par le droit de l'OIT et plusieurs instruments internationaux de protection des droits de l'homme. Cette concordance s'inscrit dans une tendance marquée à l'universalisation des droits de l'homme, lesquels ont vocation à s'appliquer à l'ensemble des Etats membres et à imprégner le droit interne de chacun d'eux²⁰⁷.

Certes, les normes internationales du travail n'imposent pas un système déterminé ou des solutions uniformes ; elles tendent à concilier le respect de la liberté syndicale avec le respect des caractéristiques propres à chaque pays²⁰⁸. Elles garantissent toutefois des règles de protection minimales qui doivent être respectées par les Etats concernés²⁰⁹.

Selon un principe général du droit international, qui correspond à une règle générale du droit, les Etats se doivent d'exécuter et d'interpréter de bonne foi les Conventions internationales qu'ils ont ratifiées²¹⁰. Ces principes ont été codifiés aux articles 26 et 31 paragraphe 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, entrée en vigueur pour la Suisse le 6 juin 1990²¹¹.

Par ailleurs, selon la Constitution de l'OIT, les Etats parties doivent prendre toutes « mesures qui seront nécessaires pour rendre effectives les dispositions » des conventions ratifiées (art. 19 ch.5 let. d)²¹².

²⁰⁶ LA HOVARY, *Les droits fondamentaux au travail*, 39.

²⁰⁷ MAHON, *Droits fondamentaux*, N 22 ; PÄRLI/BAUMGARTNER/EYLEM/JUNGHANSS/LICCI/WESSELINA, *Arbeitsrecht*, N 1050-1055.

²⁰⁸ SERVAIS, *Droit international*, N 252.

²⁰⁹ SERVAIS, *Droit international*, N 252.

²¹⁰ Voir BEAUDONNET, *L'utilisation des sources universelles*, 62 ; DÖRR/SCHMALENBACH, *ad art. 26 et 31 de la CDT*; KOLB, *La bonne foi*, 180 ss.

²¹¹ RS 0.111.

²¹² Voir PÄRLI/BAUMGARTNER/EYLEM/JUNGHANSS/LICCI/WESSELINA, *Arbeitsrecht*, N 1035.

La Suisse ne nous paraît pas suivre ces préceptes de manière très rigoureuse en matière de protection contre les discriminations antisyndicales. En effet, le régime du droit interne suisse est disparate, lacunaire et globalement peu protecteur. Ainsi, la Confédération ne respecte pas l'article 1 de la Convention OIT n° 98, car son droit privé ne confère pas aux travailleurs une protection adéquate contre tous actes de discrimination tendant à porter atteinte à la liberté syndicale en matière d'emploi.

Nous avons relevé dans notre contribution les améliorations pouvant être apportées, selon nous, par la jurisprudence en tenant compte notamment des avis des organes de contrôle de l'OIT, tout en ménageant la liberté économique des employeurs. Le Tribunal fédéral a récemment ouvert la voie en considérant que le droit de l'OIT pouvait constituer un outil d'interprétation du droit interne suisse.

Mais pour assurer un régime cohérent et crédible de protection contre les discriminations antisyndicales le législateur devrait adopter de nouvelles normes antidiscriminatoires. Le Parlement pourrait alors s'inspirer des dispositions contenues dans la loi sur l'égalité en matière de discriminations fondées sur le sexe (à l'exception de la possibilité de requérir l'annulation du licenciement et la réintégration en cas de congé repréailles). Pour reprendre les exemples donnés dans notre introduction, Armand, Béatrice et Correntin devront donc patienter pour bénéficier d'une protection adéquate.

Bibliographie

Doctrine

ANDERMATT ARTHUR, Liberté syndicale et droit de grève, in : Droit collectif du travail, Documents de l'Union syndicale suisse, Bâle 2010, pp. 3-52.

AUBERT GABRIEL, Droit collectif du travail et protection contre le licenciement, in : Etudes de droit du travail, Gabriel Aubert, Zurich 1995, pp. 141-161 (cité : AUBERT, *Droit collectif*).

AUBERT GABRIEL, Commentaire des art. 5 et 10 LEg, in : Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Gabriel Aubert/Karine Lempen (édits), Genève 2011 (cité : CLEg-AUBERT).

AUBERT GABRIEL, Commentaire des articles 319 ss CO, in : Commentaire romand, Code des obligations I, Luc Thévenoz/Franz Werro (édits), Bâle 2012 (cité : CR CO I-AUBERT).

AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELLIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, vol. 2, Berne 2013.

BEAUDONNET XAVIER, L'utilisation des sources universelles du droit international du travail par les juridictions internes, in : Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale (2005), pp. 43-84.

BERSET BIRCHER VALÉRIE/MEIER ANNE, L'impact du droit international en droit suisse du travail, in : Panorama III en droit du travail, Rémy Wyler (édit.), Berne 2017, pp. 579-637.

BRUCHEZ CHRISTIAN, Commentaire de l'art. 356 CO, in : Commentaire du contrat de travail, Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édits), Berne 2013.

BRUCHEZ CHRISTIAN/DONATIELLO GIUSEPPE, Commentaire de l'art. 335f CO, in : Commentaire du contrat de travail, Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édits), Berne 2013.

BRUNNER CHRISTIANE/BÜHLER JEAN-MICHEL/WAEBER JEAN-BERNARD/BRUCHEZ CHRISTIAN, Commentaire du contrat de travail, Lausanne 2004.

DAUGAREILH ISABELLE, L'impact de la mondialisation sur les droits de l'homme au travail, in : Mondialisation, travail et droits fondamentaux, Isabelle Daugareilh (édit.), Bruxelles/Paris 2005, pp. I-XXXIX.

DÖRR OLIVER/SCHMALENBACH KIRSTEN (édits), Vienna Convention of the Law of Treaties, A Commentary, Berlin/Heidelberg 2012.

DUNAND JEAN-PHILIPPE, Art. 328, 328b, 336, 336a et 336b CO, in : Commentaire du contrat de travail, Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édits), Berne 2013 (cité : DUNAND).

DUNAND JEAN-PHILIPPE, L'interdiction de la discrimination à l'embauche dans la loi fédérale sur l'égalité, in : L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail, Jean-Philippe Dunand/Karine Lempen/Pascal Mahon (édits), Genève/Zurich/Bâle 2016, pp. 35-71 (cité : DUNAND, *Discrimination*).

DUNAND JEAN-PHILIPPE/DREYER KIM, Protection des travailleurs, in : Introduction aux droits de l'homme, Maya Hertig Randall/Hottelier Michel (édits), Genève/Zurich/Bâle 2014, pp. 202-223.

DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL/BOUVERAT CATHERINE/BRÜGGER NICOLAS/HASSISSENE INÈS/MADER MÉLANIE, Etude sur la protection accordée aux représentants des travailleurs, établie à la demande et sur mandat du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) et de l'Office fédéral de la justice (OFJ), Berne 2015, disponible sur les sites internet de l'OFJ et du SECO.

DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL/MATTHEY FANNY/RUSSO ALFIO, Etude sur la protection en cas de grève licite, établie à la demande et sur mandat du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) et de l'Office fédéral de la justice (OFJ), Berne 2016, disponible sur les sites internet de l'OFJ et du SECO.

DUNAND JEAN-PHILIPPE/PERRENOUD STÉPHANIE, Convergences entre le droit de la fonction publique et le droit privé du travail ?, in : *Sviluppi e orientamenti recenti nel diritto del lavoro*, Jean-Philippe Dunand/Guido Cordi/Lorenza Rossetti, Bâle 2018, pp. 5-32.

GARRONE PIERRE, La liberté syndicale, in : *Droit constitutionnel suisse*, Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Paul Müller (édits), Zurich 2001, pp. 795-807.

GONIN LUC, Commentaire ad article 11 CEDH, in : *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)*, Luc Gonin/Olivier Bigler, Berne 2018.

KAUFMANN CHRISTINE/GOOD CHRISTOPH, Die Anwendbarkeit von ILO-Recht vor Schweizer Gerichten : Potential und Grenzen, in : *PJA* 5 2016, pp. 647-664.

KOLB ROBERT, La bonne foi en droit international public, Contribution à l'étude des principes généraux du droit, Genève 2000.

KUSTER ZÜRCHER SUSANNE, La liberté syndicale dans le contexte international, in : *Droit collectif du travail, Documents de l'Union syndicale suisse*, Bâle 2010, pp. 53-80.

LA HOVARY CLAIRE, Les droits fondamentaux au travail, Origines, statut et impact en droit international, Paris 2009.

LEMPEN KARINE, Commentaire de l'art. 3 LEg, in : Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Gabriel Aubert/Karine Lempen (édits), Genève 2011 (cité : C-LEg-LEMPEN).

LEMPEN KARINE, Protection des données et discrimination lors de la procédure de recrutement, in : La protection des données dans les relations de travail, Jean-Phillipe Dunand/Pascal Mahon (édits), Genève/Zurich/Bâle 2017, pp. 269-286 (cité : LEMPEN, *Protection des données*).

MAHON PASCAL, Droit constitutionnel, vol. 1, Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure, Bâle 2014 (cité : MAHON, *Institutions*).

MAHON PASCAL, Droit constitutionnel, vol. 2, Droits fondamentaux, Bâle 2015 (cité : MAHON, *Droits fondamentaux*).

MALINVERNI GIORGIO, La Convention européenne des droits de l'homme, in : Introduction aux droits de l'homme, Maya Hertig Randall/Michel Hottelier (édits), Genève/Zurich/Bâle 2014, pp. 397-426.

MEIER PHILIPPE, Protection des données, Berne 2011.

MOESCH PASCAL, La protection internationale contre les mesures anti-syndicales prises par l'employeur, in : Panorama en droit du travail, Rémy Wyler (édit.), Berne 2009, pp. 539-555.

MOLO ROMOLO, La Convention 98 de l'OIT et la liberté syndicale en Suisse, in : Droit collectif du travail, Documents de l'Union syndicale suisse, Bâle 2010, pp. 81-96.

MÜLLER ROLAND, Konsequenzen einer missbräulichen Kündigung, in: Arbeit und Arbeitsrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Roland Müller/Kurt Pärli/Isabelle Wildhaber (édits), Zurich/Saint-Gall 2017, pp. 275-289.

PÄRLI KURT, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Berne 2009 (cité : PÄRLI, *Vertragsfreiheit*).

PÄRLI KURT, Die Bedeutung von Art. 11 EMRK für die Gewerkschaftsrechte, in: Festschrift – Zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Bäni/Obrist (édits), Zurich/Saint-Gall 2014, pp. 435-463 (cité : PÄRLI, *Bedeutung*).

PÄRLI KURT/BAUMGARTNER TOBIAS/EYLEM DEMIR/JUNGHANSS CORNELIA/LICCI SARA/WESSELINA UEBE, Arbeitsrecht im internationalen Kontext,

Zurich/Saint-Gall 2017 (cité : PÄRLI/BAUMGARTNER/EYLEM/JUNGHANSS/LICCI/WESSELINA, *Arbeitsrecht*).

PULVER BERNHARD, L'interdiction de la discrimination, Etude de l'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, Bâle 2003.

SERVAIS JEAN-MICHEL, Droit international du travail, Bruxelles 2015.

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, Zurich/Bâle/Genève 2012.

SUBILIA OLIVIER/DUC JEAN-LOUIS, Droit du travail, Eléments de droit suisse, Lausanne 2010.

WITZIG AURÉLIEN, Droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2018.

WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, Berne 2014.

YIANNPOULOS DÉMÉTRE, La protection internationale de la liberté syndicale, Paris 1973.

Message et rapports du Conseil fédéral

CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à la convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949, in : FF 1999 I 475 ss (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, *Message*).

CONSEIL FÉDÉRAL, La relation entre droit international et droit interne, Rapport du 5 mars 2010, in : FF 2010 2067 (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, *Droit international*).

CONSEIL FÉDÉRAL, Le droit à la protection contre la discrimination, Rapport du 25 mai 2016 (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, *Discrimination*).

Documents édités par l'OIT

Bureau international du travail, La liberté syndicale, Compilation des décisions du Comité de la liberté syndicale, 6^{ème} éd., Genève, 2018 (cité : CLS, *Liberté syndicale*).

Centre international de formation de l'OIT, sous la direction de Xavier Beaudonnet, Droit international du travail et droit interne, Turin 2009 (cité : CIF, *Droit international*).

Conférence internationale du Travail, 101^{ème} session (Genève, 2012), Donner un visage humain à la mondialisation, Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales concernant les droits au travail à la lumière de la Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, Genève, BIT, 2012 (cité : CEACR, *Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales*).

Auswirkungen der Digitalisierung auf die Sozialpartnerschaft

KURT PÄRLI *

Inhaltsverzeichnis

I.	Ausgangslage	197
II.	Herausgeforderte Sozialpartnerschaft	199
	A. Die rechtlichen Grundlagen der Sozialpartnerschaft	199
	B. Anerkennung als Sozialpartner	202
	C. Allgemeinverbindlicherklärung	202
	D. Neue Arbeitsformen – Vereinbarkeit mit dem System der Gesamtarbeitsverträge	203
	1. Begriff des Arbeitnehmers	203
	2. Der Arbeitgeberbegriff und der Begriff des Betriebes	207
	E. Selbständigerwerbende in Gesamtarbeitsverträgen ?	209
	F. Exkurs : sozialversicherungsrechtliche Unterscheidung zwischen selbständige und unselbständige Erwerbstätigkeit	211
III.	Sozialpartnerschaftliche Lösungen für ausgewählte „Digitalisierungsthemen“	214
	A. Entgrenzung der Arbeit – Auswirkungen auf die Gesundheit	214
	1. Problemzonen	214
	2. Potenziale für GAV-Lösungen	216
	B. Kontrolle und Überwachung	217
	1. Problemaufriss und gesetzlicher Rahmen	217
	2. Potenziale für GAV-Lösungen	219
	C. Mitwirkung	220
IV.	Fazit	221
	Literaturverzeichnis	221

* Prof. Dr. iur., Professor für Soziales Privatrecht an der Universität Basel. Der vorliegende Text basiert auf einer von Dr. iur. Anne Meier und Dr. iur. Zoé Seiler gemeinsam mit dem Autoren im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) erarbeiteten Studie zur Frage der Zukunft der Sozialpartnerschaft angesichts der Digitalisierung, siehe https://www.isdc.ch/media/1600/23-dialogue_social_digitalisation_final_fr.pdf (zuletzt besucht am 19. Dezember 2018).

I. Ausgangslage

Digitalisierung und Globalisierung führen zu Veränderungen der Produktions- und Vertriebsformen und bringen neue Geschäftsmodelle hervor, die auf der Nutzung der digitalen Technologien beruhen wie sich bei so genannten Sharing-Plattformen zeigt, die Dienstleistungsanbieter- und Dienstleistungsempfänger/innen vermitteln oder zusammenführen.

Digitale Plattformen stellen für das Arbeitsrecht eine grosse Herausforderung dar. Es stellen sich zahlreiche Fragen. So besteht ein Merkmal vieler Plattform-Beschäftigungsverhältnisse darin, dass grenzüberschreitende Rechtsbeziehungen entstehen und sich somit Fragen des Internationalen Privatrechts stellen. Wer seine Dienste bsw. als „Click-worker“ dem US-amerikanischen Unternehmen „Mechanical Turk“ anbietet, muss sich nach den AGB US-amerikanischem Recht und amerikanischer Gerichtsbarkeit unterwerfen¹. Ganz grundsätzlich fragt sich, ob so genannte „Click-Worker“ Arbeitnehmer oder Auftragnehmer der Plattform sind. In vielen Fällen ist fraglich, ob die Plattformen lediglich Vermittler von Beschäftigungsmöglichkeiten oder nicht viel mehr selber Arbeitgeber sind oder zumindest teilweise Arbeitgeberfunktionen übernehmen. Auch in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht ist umstritten, ob Plattformbeschäftigte als Arbeitnehmer im Sinne des Unfallversicherungsgesetzes zu qualifizieren sind und ob es sich beim Verdienst aus Dienstleistung bzw. Arbeitsleistung um Einkommen aus selbständiger oder unselbständiger Erwerbstätigkeit handelt. Die Qualifikation einer Arbeitstätigkeit als selbständig- oder unselbständigerwerbend hat Konsequenzen sowohl für die betroffene Person als auch für die Finanzierung der Sozialversicherungen.

Wenn Arbeit und einzelne Arbeitsschritte durch digitale Plattformen komplexer organisiert werden, so stellen sich nicht nur Fragen, ob eine Person die Arbeitsleistung im Rahmen eines Arbeitsvertrages oder Auftrages oder eines anderen Vertragstypus¹ erbringt. Es fragt sich weiter, wer als Arbeitgeber gilt und was als Betrieb zu bezeichnen ist. Das Arbeitsrecht und insbesondere auch das kollektive Arbeitsrecht basieren auf den Prämissen „Arbeitnehmer“, „Arbeitgeber“ und „Betrieb“. Ein Gesamtarbeitsvertrag setzt Arbeitgeber bzw. Arbeitgeberverbände und

¹ DÄUBLER, *Internet und Arbeitsrecht*, 309 ff.

Arbeitnehmer/innen bzw. Gewerkschaften voraus. Zahlreiche arbeitsrechtliche Bestimmungen, etwa das Arbeitsgesetz (ArG)² oder die Obligationenrecht (OR)-Bestimmungen zum Betriebsübergang³ knüpfen an den „Betrieb“ an. Angesprochen sind somit ganz grundsätzliche Fragen des kollektiven Arbeitsrechts und der Sozialpartnerschaft, so etwa auch diejenige nach der Möglichkeit des Einbezugs selbständig Erwerbender oder arbeitnehmerähnlicher Personen in den Geltungsbereich eines Gesamtarbeitsvertrages (GAV). Auch fragt sich, ob Plattformen als Partner eine GAV figurieren könnten.

Durch die Digitalisierung verändert sich aber auch die Arbeit an sich. Arbeitsprozesse werden beschleunigt, *Anforderungen* an die *Aus- und Weiterbildung* erhöht. Die zunehmende Vermischung zwischen Arbeits- und Arbeitsort sowie zwischen Arbeit und Freizeit fördert die *Entgrenzung der Arbeit*, was sowohl ein Gewinn an Autonomie in der Lebensgestaltung zur Folge haben kann als auch eine *Gefährdung der Gesundheit* und des Soziallebens. Zunehmende Datenmengen machen einen verstärkten Schutz betrieblicher Geheimnisse erforderlich und ermöglichen gleichzeitig auch eine stärkere *Überwachung der Beschäftigten*. Die Digitalisierung wirkt seit einigen Jahren auch als Katalysator der eingeschlagenen Debatte um „Demokratie im Betrieb“ und „Humanisierung der Arbeitswelt“, beides Themen sowohl der Sozialpartnerschaft als auch der betrieblichen *Mitwirkung*.

Im Folgenden werden ausgewählte Herausforderungen an die Sozialpartnerschaft erörtert, die sich im Zusammenhang mit der Digitalisierung ergeben. Vorerst werden Grundsatzfragen wie diejenige nach den Folgen für das kollektive Arbeitsrecht eines möglichen Verschwindens oder Verwässerns der Konzepte „Arbeitnehmer/Arbeitgeber/Betrieb“ diskutiert. Danach werden einige durch die Digitalisierung akzentuierte Probleme der Entgrenzung der Arbeit (Arbeitszeit und Arbeitsort), des Gesundheits-, Daten- und Persönlichkeitsschutzes und der Mitwirkung analysiert, wobei vor allem auch gefragt wird, inwieweit die Sozialpart-

² Siehe Art. 1 ArG: „Das Gesetz ist, unter Vorbehalt des Artikels 2-4, anwendbar auf alle öffentlichen und privaten Betriebe.“

³ Art. 333, 333a und 333b OR.

ner hier einen Beitrag leisten können (und sollen)⁴. Ein Fazit rundet den Text ab.

II. Herausgeforderte Sozialpartnerschaft

A. Die rechtlichen Grundlagen der Sozialpartnerschaft

Die Sozialpartnerschaft ist im kollektiven Arbeitsrecht verankert, das die Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmenden bzw. der jeweiligen Verbände regelt. Durch einen entsprechenden gesetzlichen Rahmen wird den Arbeitnehmenden die kollektive Interessenvertretung ermöglicht. Dies dient ebenso wie die zwingenden Bestimmungen des Individualarbeitsrechts und das öffentliche Arbeitsrecht dem Schutz der Arbeitnehmenden⁵.

Wichtigste Grundlage der Sozialpartnerschaft ist die sowohl im Arbeitsvölkerrecht als auch im EU-Recht und im nationalen Arbeitsrecht geschützte Vereinigungsfreiheit. Diese ist in der Verfassung der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) von 1919 und in der Erklärung von Philadelphia 1944⁶ und in zwei der acht Kernarbeitskonventionen der IAO geregelt, nämlich dem Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes (1948)⁷ sowie dem das Übereinkommen Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen (1949)⁸. Weitere Übereinkommen der IAO sind dem Thema gewidmet, namentlich das Übereinkommen Nr. 151 über den Schutz des Vereinigungsrechtes und über Verfahren zur Festsetzung der Beschäftigungsbedingungen im öffentlichen Dienst (1978)⁹ und das Übereinkommen

⁴ Nicht eingegangen wird auf die noch grösser werdende Bedeutung der Aus- und Weiterbildung als wichtige Voraussetzung der Bewältigung des digitalen Wandels. Hier wird integral auf die SECO-Studie (Fn *) verwiesen.

⁵ DEMIR, N 1948.

⁶ Siehe konsolidierte Fassung dieser beiden Rechtsinstrumente unter SR 0.820.1.

⁷ SR 0.822.719.7.

⁸ SR 0.822.719.9.

⁹ SR 0.822.725.1.

Nr. 154 über die Förderung von Kollektivverhandlungen (1981)¹⁰. Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen (1948) garantiert in Art. 20 die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit und in Art. 23 Abs. 4 ausdrücklich die Koalitionsfreiheit. In Art. 8 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I)¹¹ und in Art. 22 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II)¹² wird ebenfalls das Recht auf Bildung von Gewerkschaften anerkannt. Auf europäischer Ebene hat nach Art. 11 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, 1950)¹³ jede Person das Recht, sich frei und friedlich mit anderen zu versammeln und sich frei mit anderen zusammenzuschliessen; dazu gehört auch das Recht, zum Schutz seiner Interessen Gewerkschaften zu gründen und beizutreten. In der Europäischen Sozialcharta (ESC) bzw. in der revidierten Europäischen Sozialcharta (revESC) finden sich die Vereinigungsfreiheit und das Recht auf Kollektivverhandlungen jeweils in Art. 5¹⁴. In der Europäischen Union (EU) ist die Koalitionsfreiheit einschliesslich des Rechts auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmassnahmen in Art. 28 der Grundrechtecharta (GRC) verankert. In Art. 153 Abs. 5 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) wird das kollektive Arbeitsrecht als Kompetenzbereich der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten definiert, wobei nach Art. 153 Abs. 2 Satz 3 AEUV die Union immerhin Regelungen betreffend die Vertretung und kollektive Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinneninteressen (lit. f) einstimmig erlassen darf¹⁵.

Auf nationaler Ebene garantiert Art. 28 der Bundesverfassung (BV)¹⁶ die Koalitionsfreiheit: Die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber sowie ihre Organisationen haben das Recht, sich zum Schutz ihrer Interessen zusammenzuschliessen, Vereinigungen zu bilden und solchen beizutreten oder fernzubleiben. Art. 28 Abs. 2-4 BV enthalten die verfassungsrechtlichen Grundsätze zu den

¹⁰ SR 0.822.725.4. Andere Rechtsinstrumente wie das Übereinkommen Nr. 135 über Schutz und Erleichterungen für Arbeitnehmervertreter im Betrieb (1971) hat die Schweiz nicht ratifiziert.

¹¹ SR 0.103.1.

¹² SR 0.103.2.

¹³ SR 0.101.

¹⁴ Zu Art. 5 und 6 ESC und revESC siehe DEMIR, N 319-323.

¹⁵ Näheres siehe bei UEBE, N 549.

¹⁶ SR 101.

Arbeitsstreitigkeiten. Auf Gesetzesstufe sind die Bestimmungen in Art. 356 ff. OR zum Gesamtarbeitsvertrag, das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG)¹⁷ sowie im Zusammenhang mit den flankierenden Massnahmen zum freien Personenverkehr insbesondere Entsendegesetz, EntsG¹⁸) zu erwähnen. Der *Gesamtarbeitsvertrag* ist das Rechtsinstrument, mit dem die an den Vertragsverhandlungen beteiligten Parteien gemeinsam die Arbeitsbedingungen vereinbaren¹⁹. Die *schuldrechtlichen Bestimmungen* regeln die Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern und verpflichten die Parteien des Gesamtarbeitsvertrages gegenseitig als Vertragspartner (Art. 356 Abs. 3 OR)²⁰. Die *normativen Bestimmungen* gelten aufgrund von Art. 356 Abs. 1 OR unmittelbar für den einzelnen Arbeitsvertrag zwischen dem Arbeitgeber als Vertragspartei des GAV oder als Mitglied des den GAV schliessenden Arbeitgeberverbands und dem Arbeitnehmer, der Mitglied der den GAV schliessenden Gewerkschaft ist; diese Bestimmungen gelten unmittelbar und können nicht wegbedungen werden (Art. 357 Abs. 1 OR) und werden wie Gesetze ausgelegt²¹. Sie betreffen Abschluss, Gegenstand und Zweck der Einzelarbeitsverträge. Die *indirekt schuldrechtlichen Bestimmungen* betreffen ebenfalls die Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, doch sie beziehen sich weder auf den Abschluss, noch den Gegenstand oder den Zweck der Arbeitsverträge²². Bei den Vertragsverhandlungen bestimmen die Sozialpartner autonom die Arbeitsbedingungen und Löhne in ihrer Branche oder im Unternehmen unter dem Vorbehalt der zwingenden Bestimmungen des Bundesrechts (vgl. Art. 357 Abs. 2 OR); sie haben auch weitgehende Autonomie bei der Kontrolle der Einhaltung dieser Arbeitsbedingungen und den bei Vertragsverletzungen verhängten Sanktionen.

¹⁷ SR 221.215.311.

¹⁸ SR 823.20.

¹⁹ Siehe Art. 356 Abs. 1 OR.

²⁰ BGer, 4C.76/2003 vom 2. Juni 2003, E. 3.

²¹ BGer, 4C.76/2003 vom 2. Juni 2003, E. 3.

²² WYLER/HEINZER, 821 f.

B. Anerkennung als Sozialpartner

Ein GAV wird zwischen Sozialpartnern abgeschlossen. Welche Organisationsform eine GAV-Partei haben muss, wird im Gesetz nicht definiert. Das Gesetz erwähnt den Begriff „Verband“ (Art. 356, Art. 357a OR). Auf Arbeitgeberseite können sowohl ein Arbeitgeberverband als auch einzelne Arbeitgeberinnen Vertragspartei sein, wobei im letzten Fall dann die Arbeitgeber auch persönlich berechtigt und verpflichtet sind. Arbeitnehmerseitig ist ein Verband Voraussetzung für die Stellung als GAV-Partei. Als Organisationsform kommen der Verein und die Genossenschaft infrage²³. An einem GAV dürfen nur Verbände beteiligt sein, die als "Tariffähig"²⁴ gelten, örtlich und sachlich zuständig²⁵ und hinreichend repräsentativ²⁶ sind und zudem ein loyales Verhalten²⁷ zeigen. Für eine Gewerkschaft besonders wichtig sind ferner die Erfordernisse der Kampfbereitschaft²⁸ und der Gegnerunabhängigkeit²⁹.

C. Allgemeinverbindlicherklärung

Ein GAV bindet grundsätzlich nur Arbeitnehmende und Arbeitgebende, die Mitglieder von vertragschliessenden Organisationen sind. Anders verhält es sich, wenn ein GAV allgemein verbindlich erklärt wird. Die Grundlagen für die Allgemeinverbindlicherklärung sind in Art. 110, Abs. 1 lit. d BV festgehalten. Ein Gesamtarbeitsvertrag kann nur dann allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn er die berechtigten Interessen von Minderheiten und regionale Besonderheiten angemessen berücksichtigt sowie den Grundsatz der Rechtsgleichheit und der Vereinigungsfreiheit respektiert. Im Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG)³⁰ werden die Voraussetzungen weiter konkretisiert. Insbesondere sind bestimmten

²³ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 761.

²⁴ BRUCHEZ, Art. 356 OR, N 17 ff.

²⁵ ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 356 Rz. 53.

²⁶ BGE 141 III 418, siehe auch BGER, 2C_118/2014 vom 22. März 2015.

²⁷ BGE 140 I 257 E. 5.2.1.

²⁸ BRUCHEZ, Art. 356 OR, N 25.

²⁹ Am Kriterium der Gegnerunabhängigkeit fehlt es insbesondere bei von Arbeitgebern organisierten und finanzierten Hausverbänden, siehe dazu BRUCHEZ, Art. 356 OR, N 25.

³⁰ SR 221.215.311.

Quoren zu erfüllen. So müssen am GAV mehr als die Hälfte aller Arbeitgeber und mehr als die Hälfte aller Arbeitnehmenden, auf die der Geltungsbereich des GAV ausgedehnt werden soll, beteiligt sein. Die beteiligten Arbeitgeber müssen überdies mehr als die Hälfte aller Arbeitnehmer beschäftigen. Ausnahmsweise kann bei besonderen Verhältnissen vom Erfordernis der Mehrheit der beteiligten Arbeitnehmer abgesehen werden³¹.

Im Zusammenhang mit den flankierenden Massnahmen hat der Gesetzgeber Voraussetzungen und Modalitäten einer erleichterten Allgemeinverbindlicherklärung geschaffen. Gemäss Art. 1a AVEG kann die in Art. 360b OR aufgeführte Tripartite Kommission mit Zustimmung der Vertragsparteien die Allgemeinverbindlicherklärung des für die betreffende Branche geltenden GAV beantragen, sobald sie feststellt, dass in einer Branche oder einem Beruf die orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne und Arbeitszeiten wiederholt in missbräuchlicher Weise unterboten werden. Die Allgemeinverbindlicherklärung kann u.a. die minimale Entlohnung und die ihr entsprechende Arbeitszeit, die Vollzugskostenbeiträge und die paritätischen Kontrollen und Sanktionen betreffen.

D. Neue Arbeitsformen – Vereinbarkeit mit dem System der Gesamtarbeitsverträge

Eine Arbeitsleistung kann namentlich im Rahmen eines Arbeitsvertrages nach Art. 319 ff. OR, eines Werkvertrages nach Art. 363 ff. OR, eines Auftrages nach Art. 394 ff. OR oder auf der Basis eines Vertrages *sui generis* erbracht werden³².

1. Begriff des Arbeitnehmers

Ein GAV setzt Arbeitsverhältnisse zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden voraus. Nach Art. 319 OR verpflichtet sich der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im

³¹ Zum AVEG siehe RONCORONI, 367 ff.

³² Weitere Verträge : Agenturvertrag, Art. 418a ff. OR, Kommission, Art. 425 ff. OR. Siehe insbesondere BGE 115 II 108 ; 112 II 41, 110 II 380 ; 109 II 462. Zu diesem Thema, siehe MEIER, *Diss.*, Rz. 15 und 627 ff.

Dienst des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung eines Lohnes, der nach Zeitabschnitten (Zeitlohn) oder nach der geleisteten Arbeit (Ak-kordlohn) bemessen wird. Dieser Legaldefinition des Arbeitsvertrages entnehmen sich die vier folgenden Merkmale: Erbringen einer Arbeitsleistung (geschuldet ist nicht der Arbeitserfolg), Entschädigung, Dauerschuldverhältnis und Unterordnung. Für das letzte Merkmal ist nach Lehre und Praxis Voraussetzung, dass eine rechtliche Unterordnung in *persönlicher, betrieblicher und wirtschaftlicher* Hinsicht vorliegt³³. Entscheidend ist dabei die Gesamtheit der Umstände im konkreten Fall³⁴. Ausdruck der Unterordnung ist gemäss Rechtsprechung insbesondere auch das Mass der Weisungsgebundenheit³⁵. Wie weit diese vom Bundesgericht verwendeten Kriterien heute noch sachgerecht sind, wird zum Teil in Frage gestellt. Vorgeschlagen wird namentlich, dass weniger auf die Unterordnung als vielmehr auf die *Integration* einer Person in den Betrieb bzw. eine Arbeitsorganisation abgestützt werden solle³⁶. Das Kriterium der „Unterordnung“ ist angesichts der gerade durch die Digitalisierung zumindest für qualifizierte Arbeiten verstärkt geforderten Selbstorganisationskompetenz tatsächlich nicht immer sachgerecht. Mehr Autonomie im Arbeitsverhältnis heisst indes noch nicht, dass eine Person nicht dennoch Schutz des Arbeitsrechts nötig hat. Eine freie(re) Zeiteinteilung und die Freiheit, zu Hause oder unterwegs zu arbeiten führt nicht zwangsläufig dazu, dass eine Person nicht in den Betrieb eingliedert ist. Je nach Umständen genügt für eine Eingliederung in einen Betrieb ein Smartphone und/oder ein Laptop.

Liegt ein Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR vor, steht dem Arbeitnehmer ein Arbeitgeber gegenüber. Die Frage, wer überhaupt der Arbeitgeber ist, konnte, zumindest für die vertragliche Qualifikation eines Arbeitsverhältnisses, lange Zeit vernachlässigt werden. Die u.a. durch die Digitalisierung hervorgerufenen Veränderungen in der Organisation der Arbeit führen indes auch zur schwierigen Frage, welcher Organisation in komplexen Strukturen die Arbeitgeberstellung und damit

³³ BGer 4A_553/2008 vom 9. Februar 2009, E. 4; BGer 4.460/1995 vom 24. Februar 1997 E. 2a, abgedruckt in JAR 1998, 104; siehe ferner REHBINDER, Rz. 42 ff. zu Art. 319 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Rz. 6 ff. zu Art. 319 OR.

³⁴ BGer 4A_553/2008 vom 9. Februar 2009, E. 4.1; BGer 4C.346/1999 vom 4. Februar 2000 E. 2a; BGE 112 II 41, E.1.

³⁵ BGer 4C.276/2006 vom 25. Januar 2007 E. 4.3.1.

³⁶ MEIER, *Intégration*, 99 ff.

die arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Verantwortung zukommt. Schon vor der Ära der Digitalisierung stellten sich die entsprechenden Fragen im Konzern³⁷, im Rahmen der Arbeitsvermittlung³⁸, und bei grenzüberschreitenden Arbeitsverhältnissen³⁹.

Angesichts der Stellung des Gesamtarbeitsvertrages in der Normenhierarchie des Arbeitsrechts ist es den Sozialpartnern verwehrt, eine von Art. 319 OR abweichende Definition des Begriffs des Arbeitnehmers in einem GAV zu verankern. Interessanterweise ermöglicht das niederländische Recht auch die Unterstellung von selbständigen Personen unter einen GAV⁴⁰. Im Gegensatz dazu geht das schweizerische Recht weiterhin von einer klaren Trennung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen aus. Ob ein GAV in der Schweiz (auf freiwilliger Basis) auch als Auftrags- oder Werkvertragsnehmer tätige selbständige Personen einschliessen könnte, oder ob dazu zuerst eine Gesetzesänderung notwendig wäre, müsste näher abgeklärt werden. In einem solchen Fall (wenn Selbständige in einem GAV (mit)organisiert sind), stellen sich auch immer Fragen der Vereinbarkeit mit dem Wettbewerbsrecht⁴¹.

Lehre und Praxis haben weiter die Rechtsfigur der *arbeitnehmerähnlichen Person* entwickelt. Eine solche Konstellation liegt vor, wenn die Elemente des Arbeitsvertrages nicht vollständig erfüllt sind, jedoch eine Pflicht zur persönlichen Arbeitsleistung vorliegt und eine wirtschaftliche Abhängigkeit besteht. Es geht hierbei um Situationen, in denen mit rechtlich selbständigen Personen Verträge wie Alleinvertriebsverträge, Franchiseverträge oder Tankstellenpachtverträge abgeschlossen werden, die derart ausgestaltet sind, dass sie dem Selbständigerwerbenden

³⁷ GEISER/UHLIG, 1 ff.

³⁸ SR 823.11, Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG vom 6. Oktober 1989).

³⁹ Siehe dazu das EuGH-Urteil C-384/10, Jan Voogsgeerd v Navimer SA.

⁴⁰ Siehe Art. 1 Wet op de Collectieve Arbeidsovereenkomst (Tarifvertragsgesetz) : „(1) Unter einem Tarifvertrag ist ein Vertrag zu verstehen, der zwischen einem oder mehreren Arbeitgebern oder einer oder mehreren vollrechtsfähigen Vereinigungen von Arbeitgebern und einer oder mehreren vollrechtsfähigen Vereinigungen von Arbeitnehmern geschlossen wird und hauptsächlich oder ausschließlich Arbeitsbedingungen regelt, die im Rahmen der Arbeitsverträge zu beachten sind. (2) Er kann auch Verträge (...) über die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Die Vorschriften des vorliegenden Gesetzes über Arbeitsverträge, Arbeitgeber und Arbeitnehmer gelten in diesem Fall entsprechend.“ (zitiert : JUNKER, 196).

⁴¹ Siehe dazu ausführlich : MEIER, *Concurrence*, 97.

seine kaufmännische Dispositionsfreiheit nehmen. In solchen Fällen drängt sich die sinngemässe Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften, z.B. zum Kündigungsschutz, auf⁴². Die Figur der arbeitnehmerähnlichen Person wird von der arbeitsrechtlichen Lehre weitgehend akzeptiert⁴³. Abzugrenzen ist die arbeitnehmerähnliche Person von Fällen der Scheinselbständigkeit. Hier schliessen die Parteien keinen Arbeitsvertrag ab, obwohl die Voraussetzungen eines Arbeitsvertrages, namentlich die Subordination und die wirtschaftliche Abhängigkeit, vorliegen. Während in der Konstellation „arbeitnehmerähnliche Person“ lediglich bestimmte arbeitsvertragsrechtliche Schutznormen zur Anwendung kommen, hat die Scheinselbständigkeit zur Folge, dass die arbeitsvertraglichen Bestimmungen des OR integral anwendbar sind⁴⁴. In der „digitalen Arbeitswelt“ kommt solchen Beschäftigungsformen eine erhöhte Bedeutung zu. Den GAV-Partnern steht es offen, arbeitnehmerähnliche Personen dem Schutz eines GAV zu unterstellen. Die wettbewerbsrechtlichen Einschränkungen fallen hier nicht ins Gewicht, da arbeitnehmerähnliche Personen gerade den kollektiven Schutz benötigen und damit die marktwirtschaftliche Ordnung nicht unterlaufen wird.

Während die arbeitnehmerähnliche Person den Schutzvorschriften des Arbeitsrechts nur punktuell untersteht, hat der Gesetzgeber bei den Heimarbeitern, die zwar in wirtschaftlicher, aber nicht in organisatorischer Hinsicht vom Arbeitgeber abhängig sind, eine arbeitsrechtliche Unterstellung vorgenommen⁴⁵. Gemäss der Lehre ist Heimarbeiter, wer in einem von ihm selber bestimmten Arbeitsraum allein oder mit Familienangehörigen zusammen Lohnarbeiten ausführt. Die Bestimmungen zur Heimarbeit können auf Formen der Telearbeit und ggf. auch auf Plattformbeschäftigungen analog Anwendung finden. In vielen Bran-

⁴² BGE 118 II 157, E. 2c und E. 4, siehe auch BGE 4A_553/2008 vom 9. Februar 2009, E. 5 und BGE 143 V 313, E. 4.3 (Sozialversicherungsrechtlicher Fall, Unterstellung unter die obligatorische Unfallversicherung). Siehe zum Ganzen u.a. MEIER, *Diss.*, Rz. 486 ff.

⁴³ WITZIG, 39 ff.; siehe auch MEIER, *Diss.* Rz. 495 ff.; MEIER, *Intégration*, 99 ff.; STREIFF/RUDOLPH/VON KAENEL, Rz. 2 zu Art. 319 OR. Kritisch zum Begriff ist STEINER, 64 ff. Auch dieser Autor befürwortet indes die analoge Anwendung arbeitsrechtlicher Schutznormen in Vertragsverhältnissen mit entsprechendem Schutzbedarf.

⁴⁴ Siehe dazu PÄRLI, *Neue Formen*, 250, m.w.H. (Fn 63); VÖGELI, 755. Zum Teil werden „Scheinselbständigkeit“ und „Arbeitnehmerähnliche Person“ nicht auseinandergehalten, siehe anstelle vieler: BRÜHWILER, Rz. 13 zu Art. 319 OR.

⁴⁵ Der Heimarbeitsvertrag ist eine Form des Einzelarbeitsvertrages, siehe Art. 351 ff. OR.

chen sind Heimarbeiter im Geltungsbereich der Gesamtarbeitsverträge ausdrücklich aufgeführt⁴⁶. Im „digitalen Zeitalter“ ist zu beachten, dass eine organisatorische Abhängigkeit auch bestehen kann, wenn die Arbeit zeit- und ortsautonom verrichtet werden kann.

2. Der Arbeitgeberbegriff und der Begriff des Betriebes

Arbeitgeber ist diejenige Vertragspartei, die von der anderen Partei, also dem Arbeitnehmer, die arbeitsvertraglich zugesicherte Arbeitsleistung einfordern kann. Die Arbeitgeberstellung ist nicht abhängig davon, ob der Arbeitgeber ein Unternehmer ist oder ob er ein nach kaufmännischen Kriterien geführtes Unternehmen betreibt. Auch ist möglich, dass ein und dieselbe Person sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer ist, etwa wenn eine Person neben ihrer Tätigkeit als Arbeitnehmer für andere Organisationen Aufträge oder Werkverträge annimmt und diese durch eigene Angestellte ausführen lässt. Schliesslich ist auch möglich, dass ein Arbeitnehmer neben seiner Tätigkeit in einem Arbeitsverhältnis z.B. als „Clickworker“ über eine Internetplattform Aufträge für Dritte auf der Grundlage eines Auftrages oder Werkvertrages ausführt⁴⁷. Die entscheidende Frage ist deshalb nicht, ob eine Person Arbeitgeber oder Arbeitnehmer ist, sondern vielmehr, ob eine bestimmte Arbeitsleistung im Rahmen eines Arbeitsvertrages oder eines anderen Vertragstypus erbracht wird.

Das Arbeitsvertragsrecht erfasst den Arbeitgeber nicht nur als Vertragspartner des Arbeitnehmers, sondern auch als Inhaber der betrieblichen Organisationshoheit. Dies gilt es zu beachten, wenn es wie im Rahmen eines Arbeitsverleihs oder in Konzernstrukturen zu einer Spaltung der vertragsrechtlichen Stellung und der Ausübung des Weisungsrechts kommt⁴⁸. Bei einem Arbeitsverleih besteht die arbeitsvertragliche Beziehung zum Verleihbetrieb, das Weisungsrecht wird jedoch (zumindest teilweise) auf den Einsatzbetrieb übertragen. Heutige Konzerne sind oft in Matrixstrukturen organisiert. Das hat zur Folge, dass neben der hie-

⁴⁶ Z. B. im GAV der Uhrenbranche, Art. 1.1, siehe http://www.cpih.ch/fichiers/files/politique-patronale/115182_CCT_Unia_dt.pdf (zuletzt besucht am 2. Juni 2018).

⁴⁷ Ob bei „Clickwork“ ein Auftrag, Werkvertrag oder Arbeitsvertrag vorliegt, ist in jedem Einzelfall zu prüfen, siehe dazu PÄRLI, *Neue Formen*, 243 ff. und DAUBLER, *Herausforderungen*, 325 ff.; PORTMANN/NEDI, 532 ff.

⁴⁸ Zur Problematik siehe u.a.: UFFMANN, 980.

rarchischen Organisationsstruktur eine unternehmensübergreifende Gliederung nach Funktions- und Produktionsbereichen erfolgt. In solchen Konzernen untersteht der Arbeitnehmer einem mehrdimensionalen Weisungsregime, das fachliche Weisungsrecht wird vom vertraglichen Arbeitgeber an *unternehmensübergreifende* Bereichsverantwortliche delegiert. In der digitalen Welt hat dies oft zur Folge, dass ein Arbeitnehmer zwar rechtlich von einer einzigen organisatorischen Einheit angestellt ist, die Weisungen jedoch von verschiedenen anderen unternehmerischen Einheiten entgegennimmt, die zudem in unterschiedlichen Staaten domiziliert sind. Im Ergebnis kommt es sowohl beim Arbeitsverleih als auch im Konzern zu einem Splitt zwischen dem *rechtlichen und dem betriebswirtschaftlichen Arbeitgeber*.

Zu unterscheiden ist der Begriff des Arbeitgebers von demjenigen des *Betriebes*, wie er in Art. 333 OR zum Betriebsübergang und in Art. 335d ff. OR zur Massenentlassung verankert ist. Als Betrieb im Sinne von Art. 333 OR wird nach Bundesgericht „eine auf Dauer gerichtete, in sich geschlossene organisatorische Einheit, die selbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt“ verstanden⁴⁹, während es sich bei einem Betriebsteil um eine Leistungseinheit handelt, der die wirtschaftliche Selbstständigkeit fehlt⁵⁰. Im Anwendungsbereich von Art. 333 OR führt der Übergang eines Betriebes oder eines Betriebsteils bei Aufrechterhaltung der Betriebsidentität zu einem Übergang der bisherigen Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber und neuen Arbeitgeber. Die Bestimmungen zur Massenentlassung nach Art. 335d OR kommen zur Anwendung, wenn ein Arbeitgeber in einem Betrieb innert 30 Tagen eine Mindestanzahl an Arbeitnehmenden entlässt. In BGE 137 III 27 hat das Bundesgericht entschieden, dass, wenn mehrere Betriebe zu demselben Unternehmen gehören, sich für jeden Betrieb einzeln bestimmt, ob eine Massenentlassung vorliegt. Ob in einer Konzernstruktur gleich zu entscheiden sei, liess das Bundesgericht offen. Sowohl im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang als auch bei der Massenentlassung kommen den Arbeitnehmenden bzw. der Arbeitnehmervertretung Informations- und Konsultationsrechte zu⁵¹.

⁴⁹ BGer 4C.193/2004, vom 30. Juli 2004, JAR 2005, 244; BGE 129 III 335, E. 2.1.

⁵⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 zu Art. 333 OR.

⁵¹ Art. 333a OR und Art. 335f OR.

Diese *betriebliche Sozialpartnerschaft* stellt einen wichtigen Bestandteil der Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmenden im schweizerischen Arbeitsrecht dar. Wenn die Digitalisierung der Arbeitswelt eine zumindest partielle Auflösung herkömmlicher Organisationsformen der Arbeit (Verlagerung auf Verträge mit Selbstständigen und arbeitnehmerähnlichen Personen) und eine Erosion des klassischen Betriebes (Crowdwork) bewirken, so wirkt sich das unmittelbar auf die Partizipation der Arbeitnehmenden aus. Zu überlegen ist, wie weit beispielsweise bei der Festlegung der Quoten für die Massenentlassungsvorschriften auch arbeitnehmerähnliche Personen berücksichtigt werden könnten, eventuell auch im Rahmen eines GAV. Zudem könnte eine Auslagerung von Tätigkeiten aus einem Unternehmen an eine Plattform (wie z.B. Kundendienstleistungen der Swisscom auf die Plattform *Swisscomfriends*) als eine Art des Betriebs(teil)übergang erfasst werden⁵² (auch dies könnte ggf. in einem GAV verankert werden).

E. Selbständigerwerbende in Gesamtarbeitsverträgen?

Die Zulässigkeit der Aufnahme Selbständigerwerbender in GAV's ist rechtlich umstritten. Das gilt erst recht für die Konstellation, dass eine Gruppe Selbständigerwerbender mit Auftraggebern einen GAV abschliessen würde.

Die Probleme betreffen das Wettbewerbsrecht. Ein Gesamtarbeitsvertrag ist an sich eine Art *Kartell*, denn branchenweite Abreden über Lohn- und Arbeitsbedingungen wirken wie eine Preisabsprache. Solche Wettbewerbsbeschränkungen werden in der schweizerischen Rechtsordnung als Reaktion auf die wirtschaftliche Übermacht der Arbeitgeber gegenüber den Arbeitnehmern bewusst in Kauf genommen⁵³. Das ist auch im EU-Recht der Fall⁵⁴. An sich sind Tarifverträge klassische Mindestpreisabsprachen, Unternehmen verpflichten sich, Arbeitnehmende nicht unter einem bestimmten Lohnminimum zu beschäftigen. Nach Art. 101 AEUV wäre eine solche Ausschaltung des Wettbewerbs unzulässig. Der

⁵² Zur rechtlichen Qualifikation der Beschäftigungsverhältnisse im Rahmen der Plattform „*Swisscomfriends*“ siehe PÄRLI, *Neue Formen*, 243 ff.

⁵³ KELLER, 214 f.

⁵⁴ MOHR, 449 ff.

Europäische Gerichtshof (EuGH) hat indes in der Rechtssache Albany Tarifverträge im Interesse des Arbeitnehmerschutzes vom Kartellverbot ausgenommen⁵⁵. Im Kartellrecht (Wettbewerbsrecht) gilt also der Grundsatz „*les travailleurs ne sont pas des entreprises*“⁵⁶. Vom Kartellrecht werden *Unternehmen* in die Pflicht genommen, Gewerkschaften sind dem Kartellgesetz nicht unterworfen. Damit verhält sich das Kartellrecht spiegelbildlich zum Arbeitsrecht: Wenn ein Selbständigewerbender und damit Unternehmer i.S. des Kartellrechts einem GAV angehört, der einen „*Mindestlohn*“ vorsieht, liegt im Ergebnis eine Preisabsprache vor.

Zu dieser Problematik musste der EuGH im Urteil C-413/13⁵⁷ eine niederländische Tarif-Vertragsregelung beurteilen, die vorsah, dass „Aushilfsmusiker“, die als selbständigewerbend galten und in keinem Anstellungsverhältnis standen, ebenfalls dem Tarifvertrag unterstanden. Nach Auffassung des Gerichtshofs müssten diese Personen allenfalls als Scheinselbstständige angesehen werden, d. h. Leistungserbringer, die sich in einer vergleichbaren Situation wie die Arbeitnehmer befinden. Ist dies der Fall, ist der Einbezug dieser Personen in den GAV mit dem Kartellrecht vereinbar. Die Rechtslage in der Schweiz ist vergleichbar. Das geltende Recht spricht gegen die Möglichkeit, einem die „*Selbstständigen*“ einschliessenden Berufsverband, die Tariffähigkeit und somit das Recht, GAV zu verhandeln, zu verleihen. Damit Plattformbeschäftigte und andere Personen in eher prekären Verhältnissen vom Schutz eines GAV profitieren können, ist erforderlich, den Begriff des Arbeitnehmers möglichst weit zu fassen. Auch sollen arbeitnehmerähnliche Personen in den Anwendungsbereich des GAV fallen, denn auch sie bedürfen eines kollektiven Schutzes⁵⁸.

⁵⁵ EuGH, Urteil vom 21.09.1999, Rs C-67/96, Albany, ECLI:EU:C:1999:430.

⁵⁶ BOVET, 42 ; KELLER, 215 ff. und Verweise.

⁵⁷ Urteil FNV Kunsten informatie en Media gegen Staat der Nederlanden vom 4. Dezember 2014, ECLI:EU:C:2014:2411.

⁵⁸ DEINERT, 3 ff.

F. Exkurs : sozialversicherungsrechtliche Unterscheidung zwischen selbständige und unselbständige Erwerbstätigkeit

Im Sozialversicherungsrecht definiert Art. 10 ATSG den Begriff des Arbeitnehmers wie folgt: „Als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gelten Personen, die in unselbständiger Stellung Arbeit leisten und dafür massgebenden Lohn nach dem jeweiligen Einzelgesetz beziehen“. Art. 11 ATSG hält fest: „Arbeitgeber ist, wer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigt“ und Art. 12 Abs. 1 ATSG definiert den Begriff „Selbstständigwerbende“ so: „Selbstständigerwerbend ist, wer Erwerbseinkommen erzielt, das nicht Entgelt für eine als Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer geleistete Arbeit darstellt“. Art. 12 Abs. 2 ATSG hält präzisierend fest, dass Selbstständigerwerbende gleichzeitig auch Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sein können, wenn sie entsprechende Erwerbseinkommen erzielen.

Für die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation eines Einkommens aus einer Erwerbstätigkeit ist massgebend, ob Arbeit in unselbständiger Stellung geleistet wird. Wenn dies der Fall ist, müssen auf der Grundlage des massgebenden Lohnes Beiträge an die jeweiligen Sozialversicherungen abgeführt werden. Beitragsschuldner ist dabei der Arbeitgeber, er muss sowohl die eigenen Beiträge wie diejenigen des Arbeitnehmers an die zuständige Ausgleichskasse abliefern. Das betrifft die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV)⁵⁹, die Invalidenversicherung (IV)⁶⁰, die Ersatzerwerbsordnung (EO)⁶¹, Familienzulagen (FamZ)⁶² und die Arbeitslosenversicherung (ALV)⁶³. Auch in der Unfallversicherung (UV) nach dem Unfallversicherungsgesetz (UVG) wird an den Arbeitnehmerbegriff nach Art. 10 ATSG angeknüpft, wobei nach Art. 1a Abs. 2 UVG durch Verordnung auch Personen der obligatorischen Unfallversicherung unterstellt werden können, die in einem arbeitsvertragsähnlichen Verhältnis stehen. In der Beruflichen Vorsorge wird gemäss Bundesgesetz über

⁵⁹ SR 831.10.

⁶⁰ SR 831.20.

⁶¹ SR 834.1.

⁶² SR 836.2.

⁶³ SR 837.0.

die Berufliche Vorsorge (BVG)⁶⁴ ebenfalls auf die Feststellung der AHV Bezug genommen.

Das Sozialversicherungsrecht qualifiziert den Begriff „Arbeitnehmer“ autonom, d.h., auf die vertragsrechtliche Qualifikation kommt es nicht an⁶⁵. Abreden zwischen den Vertragsparteien über ihre AHV-rechtliche Stellung (selbstständig- oder unselbstständigerwerbend), über die AHV-rechtliche Wertung eines Entgeltes oder über andere Sozialversicherungspflichten sind nicht relevant⁶⁶. Massgebend sind nach ständiger Rechtsprechung vielmehr die wirtschaftlichen Gegebenheiten⁶⁷. Als unselbstständigerwerbend erwerbstätig wird nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts bezeichnet, wer von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher Hinsicht bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist und kein Unternehmerrisiko trägt⁶⁸.

Es ist in der Logik der UV und AHV durchaus möglich, dass ein und dieselbe Person grundsätzlich als selbstständiger Taxifahrer von der UV und AHV anerkannt ist und gleichzeitig für Uber tätig ist. Die Behörden werden aber hier prüfen, wie diese Tätigkeit zu qualifizieren ist. Das heisst, ein selbstständiger Taxifahrer mit „normalen Kunden/innen“, der zwischendurch auch als Uber-X Fahrer tätig ist, muss das diesbezügliche Einkommen als Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit abrechnen. Diese Aussage ist nicht „Uber-spezifisch“ und ist ebenfalls nicht auf „digitale Beschäftigungsformen“ beschränkt. Die Sozialversicherungsbehörden prüfen jedes Einkommen dahingehend, ob es aus selbst- oder unselbstständiger Erwerbstätigkeit stammt⁶⁹.

In vielen Fällen wird es bei Personen, die für eine Crowdwork-Plattform oder eine Vermittlungsplattform ihre Dienstleistungen bzw. ihre Arbeitskraft anbieten, am Vorliegen eines Unternehmerrisikos fehlen.

⁶⁴ SR 831.40.

⁶⁵ LOCHER/GÄCHTER, Abs. 22, N 16; BGE 122 V 175, E.6a/aa.

⁶⁶ Wegleitung über den massgebenden Lohn (WML), Rz. 1024, siehe <http://www.bsv.admin.ch/vollzug/documents/view/361/lang:deu/category:22> (zuletzt besucht am 2. Juni 2018).

⁶⁷ BGE 111 V 267; 119 V 162; 123 V 163.

⁶⁸ BGE 123 V 162, E.1; 122 V 1691, E.3.

⁶⁹ Urteil des EVG vom 6. April 2001, AHI-Praxis 2001 214/99, 182 ff. (Kurstätigkeit an einer Höheren Fachschule für Journalismus bei einem in der Beratung im Bereich Medien und Informatik tätigen Journalisten wurde als unselbstständige Erwerbstätigkeit qualifiziert).

Auch liegt zumindest teilweise eine betriebswirtschaftliche bzw. arbeitsorganisatorische Abhängigkeit vor. Folglich müssen die zuständigen Behörden die Einkommen von vielen Plattform-Beschäftigten sozialversicherungsrechtlich als Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit qualifizieren und die betreffenden Personen der obligatorischen Unfallversicherung unterstellen⁷⁰.

Die richtige Qualifizierung der Plattform-Beschäftigungsverhältnisse hat für die betroffenen Akteure Auswirkungen auf die soziale Absicherung. Wenn bspw. die Entschädigung, die Uber an die Fahrer ausrichtet, massgebender Lohn im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AHVG darstellt, dann sind von der Arbeitgeberin, also Uber, auf diesem Lohn die gesetzlichen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge für die AHV/IV/EO, die Arbeitslosenversicherung und die Familienzulagen geschuldet. Dazu kommen, sofern die Beitragsgrenzen erreicht werden, Beiträge an die Berufliche Vorsorge. Für die betroffenen Uber-Fahrer bedeutet dies aber andererseits, dass auf ihrem Bruttoeinkommen die Abzüge für die Arbeitnehmerbeiträge vorgenommen werden. Diesen Lasten der Fahrer steht indes ein deutlich verbesserter Versicherungsschutz gegenüber. Hervorzuheben ist auch der Versicherungsschutz bei Arbeitslosigkeit; ein solcher ist bekanntlich für Selbstständigerwerbende nicht möglich. Auch die berufliche Vorsorge und die Unfallversicherung sind für Selbstständigerwerbende nicht obligatorisch (es gibt aber immerhin die Möglichkeit, sich freiwillig zu versichern). Einzig in der AHV/IV/EO besteht ein Versicherungsschutz und -zwang sowohl für Selbstständige als auch Unselbstständige. Auch im Bereich der Familienzulagen bestehen keine Unterschiede zwischen den Selbständigen und den Unselbständigen. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Unterstellung von Plattform-Beschäftigten als unselbstständig Erwerbende insgesamt eine bessere Absicherung gegen soziale Risiken bringt.

Die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen zur Qualifikation von Einkommen aus selbst- oder unselbständiger Erwerbstätigkeit stellen zwingendes Recht dar. Es besteht somit *kein Raum für anderslautende Bestimmungen in einem GAV*. Freiräume bestehen höchstens im Bereich nicht obligatorischer und weitergehender Sozialversicherungsleistun-

⁷⁰ Siehe für den Fall „Uber“ den Einspracheentscheid der SUVA und den vorläufigen Entscheid des Sozialversicherungsgerichts Zürich (dazu PÄRLI, *Uber-Urteile*).

gen (z.B. Taggeldversicherungsschutz für arbeitnehmerähnliche Personen oder Unfallversicherung für Selbstständigerwerbende; besondere Vereinbarungen im Bereich der beruflichen Vorsorge sind ebenfalls möglich⁷¹). Zudem können die Sozialpartner auf ihre Verbände Einfluss nehmen, um die Auslagerung von bisher im Betrieb vorgenommenen Tätigkeiten auf Plattformen zu verhindern bzw. nur dann zuzulassen, wenn diese Plattform die in der Schweiz geltenden Gesetze einhalten.

III. Sozialpartnerschaftliche Lösungen für ausgewählte „Digitalisierungsthemen“

A. Entgrenzung der Arbeit – Auswirkungen auf die Gesundheit

1. Problemzonen

Die Digitalisierung fördert die Entgrenzung der Arbeit durch die zunehmende Vermischung zwischen Wohn- und Arbeitsort sowie zwischen Arbeit und Freizeit, was sowohl ein Gewinn an Autonomie in der Lebensgestaltung zur Folge haben kann als auch eine Gefährdung der Gesundheit. Als grösste Gefahr wird regelmässig die ständige Erreichbarkeit und allgemein das Verschwinden der Grenzen zwischen Arbeitsort und Lebensort einerseits und zwischen Arbeitszeit und Freizeit andererseits genannt. Diese Phänomene erhöhen den Druck auf Arbeitnehmer und führen zu gesundheitsschädlichem Stress.

In arbeitsrechtlicher Hinsicht fragt sich, wie heute gängige Arbeitsformen wie das Beantworten von E-Mail oder berufsbezogene Internetaktivitäten spätabends, an Wochenenden oder während der Ferien zu bewerten sind. An sich ergeben die geltenden Regelungen des Arbeitsgesetzes und des Arbeitsvertragsrechts ausreichend Klarheit. Zeit, während der sich ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin zur Verfügung des Arbeitgebers stellt und in seinen übrigen Aktivitäten eingeschränkt ist, stellt Arbeitszeit im Sinne des Arbeitsgesetzes dar, wobei noch zwischen Bereitschaftsarbeit und effektiver Arbeit zu diffe-

⁷¹ Siehe SCHNEIDER, 285 ff.

renzieren ist⁷². Auch gelten die Arbeitszeitschriftlichen hinsichtlich Nacht- und Sonntagsarbeitsverboten für die „digitale Arbeit“ gleichermassen. Die Arbeitgeberin ist gestützt auf Art. 6 ArG, Art. 82 UVG und 328 OR verpflichtet, die Arbeitnehmenden vor Überlastung durch ständige Erreichbarkeit zu schützen. Dazu gehört auch und insbesondere die Pflicht, für die Einhaltung der gesetzlichen Arbeitszeit- und Ruhezeitsvorschriften zu sorgen, denn diese sind nicht einfach Selbstzweck sondern dienen u.a. dem Gesundheitsschutz der Arbeitnehmenden und damit auch einem öffentlichen Interesse.

Der Gesundheitsschutz als Individualrecht der Arbeitnehmenden ist in Art. 328 OR verankert und wird durch öffentlich-rechtliche Bestimmungen zum Arbeitsschutz im Arbeitsgesetz ArG, namentlich in Art. 6 ArG und in der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (ArGV 3), sowie durch Art. 82 des Unfallversicherungsgesetzes (UVG) verstärkt. Die Arbeitgeber werden zu wirksamen Präventionsmassnahmen verpflichtet, damit die Arbeitnehmenden bei der Ausübung ihrer Tätigkeit nicht zu Schaden kommen. Erforderlich sind dabei nach Art. 2 ArGV 3 „alle Massnahmen (...), die nötig sind, um den Gesundheitsschutz zu wahren und zu verbessern und die physische und psychische Gesundheit der Arbeitnehmer zu gewährleisten“. Eine Verletzung der Gesundheitsvorschriften kann behördliche Sanktionen und ggf. Schadenersatzforderungen der Arbeitnehmer nach sich ziehen. Auch möglich sind Regressforderungen der Unfallversicherer, wenn der Arbeitnehmer wegen eines durch die Arbeitgeberin verschuldeten Unfalles Leistungen bezieht⁷³.

Die umfangreichen Verpflichtungen zum Gesundheitsschutz nach ArG und UVG, sowie die vertraglichen Verpflichtungen des Arbeitgebers basierend auf Art. 328 OR, greifen nur gegenüber Arbeitnehmenden. Selbständigerwerbende haben weder Anspruch auf die Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung nach UVG noch sind sie zu irgendwelchen spezifischen Präventionsmassnahmen verpflichtet. Dieser Umstand verdeutlicht nochmals die grosse Bedeutung, die der Qualifikation eines Beschäftigungsverhältnisses als Arbeitsvertrag bzw. sozialversicherungsrechtlich unselbstständige Erwerbstätigkeit zukommt. Auf der Grundlage der bestehenden gesetzlichen Regelungen gibt es keinen

⁷² Siehe MEIER/SEILER/PÄRLI (Fn *), N 227 ff.

⁷³ Siehe MEIER/SEILER/PÄRLI (Fn *), N 180.

Raum, arbeitnehmerähnliche Personen den Vorschriften des Unfallversicherungsgesetzes oder des Arbeitsgesetzes zu unterstellen⁷⁴. Diese beiden Regelungswerke kennen nur die Alternative „unterstellt als Arbeitnehmer“ oder „nicht unterstellt“. Anders verhält es sich in vertraglicher Hinsicht. Bei einem Vertragsverhältnis, das als „Vertrag mit einer arbeitnehmerähnlichen Person“ qualifiziert wird, könnte ein Gericht durchaus die Bestimmungen nach Art. 328 OR zum Persönlichkeits- und Datenschutz analog anwenden, sofern und soweit hier ein spezifisches Schutzbedürfnis besteht.

2. Potenziale für GAV-Lösungen

Die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen zum Gesundheitsschutz im ArG und im UVG erfordern in der betrieblichen Praxis eine Mitwirkung der Arbeitnehmer, denn der „Gesundheitsschutz“ ist im Mitwirkungsgesetz als einer der (wenigen) Bereiche aufgeführt, in denen den Arbeitnehmern überhaupt Mitwirkungsrechte zukommen. Der Arbeitgeber hat die *Arbeitnehmervertretung und die Arbeitnehmenden* in den Gesundheitsschutz einzubeziehen.

Auch die Sozialpartner können (und sollen) sich am breiten Aufgabenbereich des Gesundheitsschutzes beteiligen. Die gesetzlichen Bestimmungen zum Gesundheitsschutz stellen minimale Standards dar; in GAV können diese durchaus konkretisiert für den betrieblichen Alltag operationalisierbar gemacht werden. Besonders eignen sich hier auch die Felder, die durch die Digitalisierung zu neuen Gefahren führen und die vom gesetzlichen Regelwerk (ArG, Verordnungen, Verwaltungsweisungen des SECO) noch nicht ausreichend erfasst sind. Zu nennen sind bspw. Handlungsanleitungen über die Gesundheitsvorsorge beim Home-Office und für das Arbeiten unterwegs. Auch kann der GAV eine Verpflichtung enthalten, wonach die Arbeitnehmenden über die psychosozialen Risiken des mobilen Arbeitens und Home-Offices informiert und instruiert werden müssen.

⁷⁴ Allerdings geht der Arbeitnehmerbegriff des UVG weit, so sind auch Schnupperlehre und Praktikanten/innen oder Beschäftigte in Wiedereingliederungsprojekten obligatorisch UVG-versichert, siehe dazu MEIER/PÄRLI, 28 f.

B. Kontrolle und Überwachung

1. Problemaufriss und gesetzlicher Rahmen

Durch die Digitalisierung werden Arbeitsprozesse standardisierter, transparenter und Kontrollmöglichkeiten werden erweitert. So wird eine immer umfassendere Beschaffung und Bearbeitung von Informationen über Arbeitnehmer möglich. Diese Entwicklung zeigt sich bei der zunehmenden Nutzung von „Social Media“ zur gezielten Kandidatensuche und zur Überwachung während des Arbeitsverhältnisses. Verschiedene Formen der Ortungstechnologie und raffinierte Überwachungssoftware ermöglichen die lückenlose Erfassung von Informationen über den Zutritt zu Gebäuden, die Arbeit am Computer und im Internet oder die Menu-Auswahl im Personalrestaurant⁷⁵. Die Verknüpfung und Analyse dieser Daten ermöglicht, umfassende Persönlichkeitsprofile der Mitarbeitenden zu erstellen. Als weitere Treiber zunehmender Beschaffung und Bearbeitung von Arbeitnehmerpersonendaten wirken gesetzliche Vorschriften, die das inner- und zum Teil auch ausserbetriebliche Verhalten der Beschäftigten am Arbeitsplatz normieren bzw. den Arbeitgebenden entsprechende Schutzpflichten auferlegen. Dies zeigt sich etwa in der Entwicklung im Finanzmarktrecht, im Wettbewerbs- und Umweltrecht⁷⁶. Unter dem Eindruck zunehmender Normendichte und beeinflusst durch mannigfaltige Forderungen an das Unternehmen durch Behörden, Kunden/innen und Öffentlichkeit werden vielerorts Verhaltenserwartungen an Mitarbeitende in *Compliance-Regelungen* verankert, deren Einhaltung wiederum kontrolliert werden muss. Die technologischen Entwicklungen der letzten Jahre erweiterten die Möglichkeiten zur Überwachung und Kontrolle der Arbeitnehmenden massiv. Immer raffiniertere Geräte und Software und vor allem die Möglichkeit der Datenverknüpfung und Datenanalyse erlauben den Arbeitgebenden, präzise Informationen über das Verhalten der Arbeitnehmenden bei der Ausübung ihrer Arbeit zu gewinnen. Durch die zunehmende Vermischung zwischen Arbeitszeit und Freizeit, zwischen Arbeitsort und privaten Räumlichkeiten, steigt das Überwachungspotential um ein Mehrfaches.

⁷⁵ PÄRLI, *Evaluieren*, 31.

⁷⁶ Zu den Konsequenzen der rechtlichen Vorgaben für Arbeitgebende auf interne Untersuchungen siehe bei Geiser (interne Untersuchungen), 1047 ff.

Art. 6 ArG und konkretisierend Art. 26 der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (ArGV 3)⁷⁷ sowie Art. 328 und 328b OR bilden die Grundlagen zum Schutz des Arbeitnehmers gegen Überwachung und unzulässige Datenbearbeitung. Diese Bestimmungen werden durch die rechtsanwendenden Behörden regelmässig auch im Lichte des verfassungsrechtlichen Daten- und Privatsphärenschutzes (Art. 13 BV) und von Art. 8 EMRK interpretiert⁷⁸. Die wichtigste Bestimmung zum Datenschutz im Arbeitsverhältnis bildet Art. 328b OR. Eine Bearbeitung von Personendaten der Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber ist nur zulässig, soweit sie die *Eignung des Arbeitnehmers* für das Arbeitsverhältnis betrifft oder soweit es Daten betrifft, die für die *Durchführung des Arbeitsvertrages notwendig* sind. Weiter müssen die Datenbearbeitungsgrundsätze in Art. 4 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) eingehalten werden. Das betrifft namentlich die Verhältnismässigkeit, die Zweckbindung und den Transparenzgrundsatz. Für die Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten wie Angaben über die Gesundheit gelten überdies strengere Anforderungen.

Der Überwachung der Arbeitnehmenden – auch eine Form der Beschaffung von Personendaten – werden zudem im Arbeitsgesetz Grenzen gesetzt. Grundlage bildet die in Art. 6 ArG verankerte Verpflichtung der Arbeitgeberin, die Gesundheit, Persönlichkeit und Integrität der Arbeitnehmenden zu schützen. Nach Art. 6 Abs. 2 ArG hat die Arbeitgeberin insbesondere *„die betrieblichen Einrichtungen und den Arbeitsablauf so zu gestalten, dass Gesundheitsgefährdungen und Überbeanspruchungen der Arbeitnehmer nach Möglichkeit vermieden werden“*. Darin, und in der gestützt auf Art. 6 ArG erlassenen Verordnung 3 (ArGV 3) zeigt sich der Wille des Gesetzgebers, die Gesundheit der Arbeitnehmenden vor nicht durch betriebliche oder sonstige anerkannte Zwecke gerechtfertigte Überwachungsmassnahmen zu schützen. Art. 26 ArGV 3 untersagt den Einsatz von Überwachungs- und Kontrollsystemen, die das Verhalten der Arbeitnehmenden am Arbeitsplatz überwachen. Abs. 2 desselben Artikels schreibt vor, dass Überwachungs- und Kontrollsysteme, die aus anderen Gründen erforderlich sind, insbesondere so zu gestalten und

⁷⁷ Art. 26 der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsvorsorge, ArGV 3) vom 18. August 1993, SR 822.113.

⁷⁸ Siehe dazu mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung des EGMR, PÄRLI, *EuZA*, 48 ff.

anzuordnen sind, dass die Gesundheit und die Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmenden dadurch nicht beeinträchtigt werden.

2. Potenziale für GAV-Lösungen

Ob diese Bestimmungen ausreichen werden, um den spezifischen Gefahren der Überwachung und Datenbearbeitung im Arbeitsverhältnis zu begegnen, ist eher zu bezweifeln. Angesichts der nicht vollständigen und weitgehend nicht effektiven rechtlichen Regelungen eröffnen sich für die Sozialpartner Handlungsspielräume für das Gestalten von, den Bedürfnissen der Branchen und Betrieben und Mitarbeitenden angepassten, praktikablen Lösungen, die einen angemessenen Ausgleich der Interessen an Schutz der Persönlichkeit und Privatsphäre der Arbeitnehmer und den legitimen Interessen der Arbeitgeber an Beschaffung und Nutzung der Arbeitnehmerdaten bewirken. Bei einem blossen Bekenntnis zur Respektierung des Datenschutzes im GAV, wie dies heutig zum Teil der Fall ist, darf es nicht bleiben⁷⁹. Ausdrücklich aufzuführen ist beispielsweise die Verpflichtung der Arbeitgeberin, bei der Einführung neuer Technologien zur Unterstützung der Arbeitsabläufe die Beschäftigten zu informieren und zu konsultieren⁸⁰. Sinnvollerweise enthält ein GAV auch Bestimmungen darüber, wie der Schutz der Privatsphäre der Arbeitnehmer zu realisieren ist, die im Home-Office tätig sind und elektronische Geräte sowohl zu privaten als auch zu geschäftlichen Zwecken nutzen.

Auf einen wichtigen Zusammenhang zwischen Digitalisierung, Mitwirkung und Überwachung ist hinzuweisen. Ändern sich die heutigen mehrheitlich hierarchisch geprägten Strukturen in den Betrieben nicht, so fehlt es an einer wirksamen Gegenmacht, um den Gefahren einer totalen Kontrolle der Arbeitnehmer begegnen zu können. Demokratische Strukturen in den Betrieben sind zur Verteidigung von Privatsphäre und Persönlichkeitsschutz unumgänglich. Damit ist das Thema Mitwirkung/Mitbestimmung angesprochen, auf das sogleich eingegangen wird.

⁷⁹ Siehe z.B. Lidl GAV, https://www.lidl.ch/statics/lidl-offering-ch/ds_doc/GAV_final_DE.pdf (zuletzt besucht am 02. Juni 2018).

⁸⁰ So Art. 36 Bank GAV, http://www.sbpv.ch/fileadmin/user_upload/Geschuetzter_Bereich/VAB/VAB_2016.pdf (zuletzt besucht am 02. Juni 2018).

C. Mitwirkung

Die heutigen Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmenden sind im internationalen Vergleich eher bescheiden. Die Digitalisierung erfordert jedoch nach in der neueren Personalführung- und Managementlehre vertretenen Ansichten eine Demokratisierung der Arbeitswelt⁸¹. Die neuen Formen des Arbeitens stellen sehr hohe Anforderungen an die Selbstorganisation und ein aktives Engagement der Beschäftigten zur Lösung von Prozessproblemen und Optimierung von Abläufen⁸². Wenn gleichzeitig Führungs- und Organisationsstrukturen weitgehend top-down ausgerichtet sind und die Beschäftigten kaum Mitspracherechte haben, ist dies widersprüchlich⁸³. Mitsprache und Mitgestaltung sind ein zentraler Bestandteil qualifizierter Arbeit. Ohne eine Ausweitung demokratischer Prozesse im Betrieb werden die Chancen der Digitalisierung für ein Unternehmen nicht genutzt werden können, denn digitale Prozesse erfordern eine Kooperation über Fach-, Bereichs- und Hierarchiegrenzen hinweg, was zwangsläufig zur Demokratisierung betrieblicher Entscheidungen führen muss.

Die Mitwirkungsrechte nach dem Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz, MwG) stellen lediglich einen Minimalstandard dar. Es steht somit den Sozialpartnern offen, in Gesamtarbeitsverträgen die betriebliche Mitwirkung zu verstärken. Insbesondere ist auch zulässig, dass in GAV die Rolle der Gewerkschaften bei der betrieblichen Mitbestimmung näher definiert wird, einschliesslich der Frage des Zutrittsrechts von Gewerkschafter/innen zum Betrieb. In den Empfehlungen der TA-Swiss-Studie zur Flexibilisierung der Arbeit wird ebenfalls erwähnt, dass eine breite Mitwirkung der Arbeitnehmer im gemeinsamen Interesse der Sozialpartner liegt.

⁸¹ Siehe z.B. : BRANDES/GEMMER/KOSCHEK/SCHÜLTKEN, S. 206 ff. Siehe auch die Literaturangaben in den darauffolgenden Fussnoten.

⁸² Siehe zu der Frage der Mitwirkung/Mitbestimmung in digitalen Zeiten die Diskussion in Deutschland, namentlich : FÜNDLING/SORBER, 552 ; KARTHAUS, 558 ff.

⁸³ PÄRLI, *Zutritt*, 1454 ff.

IV. Fazit

Verbreitung von Beschäftigungs-Plattformen. Es ist vielmehr mit einer weiteren Verbreitung solcher Modelle der Organisation und Verteilung der Arbeit zu rechnen. Unter welchen Bedingungen die Plattformen ihr Geschäft betreiben können, unter welchen Bedingungen gearbeitet wird und das Erwerbseinkommen sozialversicherungsrechtlich abgesichert werden kann, ist gestaltbar. Es bedarf dafür eines umsichtigen *Gesetzgebers*, der durch kluge Entscheidungen die Rechte der Arbeitnehmenden schützt, die Innovationskraft der wirtschaftlichen Akteure stärkt und die Finanzierung der Sozialwerke mitberücksichtigt. Gefordert sind selbstredend auch *Verwaltung und Gerichte*, bei der *Auslegung und Anwendung des geltenden Rechts* die vorhandenen Handlungsspielräume zu nutzen, um, soweit mit dem Legalitätsprinzip und der Gewaltenteilung zulässig, die Rechtsprobleme der neuen Formen des digitalen Wirtschaftens auf der Grundlage des bestehenden Rechts zu lösen⁸⁴. Eine besondere Rolle kommt indes den Sozialpartnern zu. Durch ihre Nähe zur Arbeitswelt waren und sind sie es, die für die Erarbeitung und Weiterentwicklung praxistauglicher Lösungen für arbeitsrechtliche Fragen und Probleme besonders geeignet sind. Die mit der Digitalisierung einher gehenden Umwälzungen eröffnen den Sozialpartnern Chancen, in Gesamtarbeitsverträgen Lösungen zu erproben, die später möglicherweise vom Gesetzgeber nachvollzogen werden⁸⁵. Dabei ist aber das Konzept der Sozialpartnerschaft auch grundsätzlich herausgefordert.

Literaturverzeichnis

BOVET CHRISTIAN, Le droit de la concurrence en tant que droit social, in : Regards croisés sur le droit du travail : *Liber Amicorum* pour Gabriel Aubert, Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (Hrsg.), Genf 2015, S. 41-52.

⁸⁴ Politik und Behörden dürfen sich nicht täuschen lassen : Innovation, die einzig darin besteht, geltende Arbeits- und Sozialschutznormen zu umgehen, verdient keinen Schutz.

⁸⁵ Siehe zur Innovationskraft von Gesamtarbeitsverträgen RIEMER-KAFKA.

BRANDES ULF/GEMMER PASCAL/KOSCHEK HOLGER/SCHÜLTKEN LYDIA, *Management Y – Agile, Scrum, Design Thinking & Co : So gelingt der Wandel zur attraktiven und zukunfts-fähigen Organisation*, Frankfurt 2014.

BRUCHEZ CHRISTIAN, ad art. 356 CO, in : *Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht*, Arthur Andermatt et al. (Hrsg.), Basel 2010.

BRÜHWILER JÜRIG, *Einzelarbeitsvertrag*, Kommentar zu den Art. 319-343 OR, 3. Aufl., Basel 2014.

CIRIGLIANO LUCA, *La Numérisation, défi pour le droit du travail ?*, in : *Jusletter* 6. Februar 2017.

DÄUBLER WOLFGANG, *Herausforderungen für das Arbeitsrecht – Deregulierung, Globalisierung, Digitalisierung*, in : *AuR* 8 (2016), S. 325-334 (zitiert : DÄUBLER, *Herausforderungen*).

DÄUBLER WOLFGANG, *Internet und Arbeitsrecht : Web 2.0, Social Media und Crowdwork*, 5. Aufl., Frankfurt a.M. 2015 (zitiert : DÄUBLER, *Internet und Arbeitsrecht*).

DEINERT OLAF, *Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht – Zur Notwendigkeit eines erweiterten Sonderrechts für Kleinunternehmer als arbeitnehmerähnliche Personen*, Baden-Baden 2015.

DEMIR EYLEM, *Kollektive Rechte*, in : *Arbeitsrecht im internationalen Kontext*, Kurt Pärli et al., Zürich/Sankt Gallen 2016, S. 841-924.

FÜNDLING CAROLINE/SORBER DOMINIK, *Arbeitswelt 4.0 – Benötigt das BetrVG ein Update in Sachen digitalisierte Arbeitsweise des Betriebsrats ?*, in : *NZA* 9 (2017), S. 552-558.

GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND/PÄRLI KURT, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 4. Aufl., Bern 2019.

GEISER THOMAS/UHLIG KAI-PETER, *Der Gesamtarbeitsvertrag im Konzern*, in : *ZBJV* 146 (2010), S. 1-56.

JUNKER ABBO, *Die Einflüsse des europäischen Rechts auf die personelle Reichweite des Arbeitnehmerschutzes – Der Arbeitnehmerbegriff in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs*, in : *EuZA* 9/2 (2016), S. 184-206.

KARTHAUS BORIS, Mangelnde Beteiligungsfähigkeit des Algorithmus im betriebsverfassungsrechtlichen Beschlussverfahren, in : NZA 9 (2017), S. 558-565.

KELLER STEFAN, Der Gesamtarbeitsvertrag – ein Kartell?, sic! 3 (2009), S. 214-220.

LOCHER THOMAS/GÄCHTER THOMAS, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 4. Aufl., Bern 2014.

MEIER ANNE, Droit collectif du travail et droit de la concurrence, in : SJ 2017 II 93 (zitiert : MEIER, *Concurrence*).

MEIER ANNE, L'engagement de musiciens : contrat de travail ou contrat d'entreprise ? – Etude des contrats de service en droit suisse et en droit américain, Dissertation, Genève 2013 (zitiert : MEIER, *Diss*).

MEIER Anne, Pour un retour de la notion d'intégration dans la définition du contrat de travail, in : ARV/DTA Bern 2013, S. 97-104 (zitiert : MEIER, *Intégration*).

MEIER ANNE/PÄRLI KURT, Sozialversicherungsrechtliche Fragen bei Beschäftigungsverhältnissen unter sozialhilferechtlichen Bedingungen, in : SZS 62/1 2018, S. 4-39.

MOHR JOCHEN, Das Verhältnis von Tarifvertragsrecht und Kartellrecht am Beispiel solo-selbständiger Unternehmer, in : EuZA 2018, S. 436-462.

PÄRLI KURT, Betriebliche Zutrittsrechte der Gewerkschaften aus Arbeitsrecht und Gesamtarbeitsvertrag, in : AJP 11 (2014), S. 1454-1462 (zitiert : PÄRLI, *Zutritt*).

PÄRLI KURT, Evaluieren, kontrollieren, überwachen: Datenschutz in Arbeitsverhältnissen, in : Datenschutz im Arbeits-, Versicherungs- und Sozialbereich : Aktuelle Herausforderungen, Referate der Tagung vom 29. November 2011 in Luzern, Ueli Kieser/Kurt Pärli (Hrsg.), St. Gallen 2012, S. 29-54 (zitiert : PÄRLI, *Evaluieren*).

PÄRLI KURT, Neue Formen der Arbeitsorganisation : Internet-Plattformen als Arbeitgeber, in : ARV/DTA 4 (2016), S. 243-256 (zitiert : PÄRLI, *Neue Formen*).

PÄRLI KURT, Schutz der Privatsphäre am Arbeitsplatz in digitalen Zeiten – eine menschenrechtliche Herausforderung, in : EuZA 1 (2015), S. 48-64 (zitiert : PÄRLI, *EuZA*).

PÄRLI KURT, Über-Urteile des Sozialversicherungsgerichts Zürich, in : Jusletter 3. September 2018 (zitiert : PÄRLI, *Über-Urteile*).

PORTMANN WOLFGANG/NEDI RAHEL, Neue Arbeitsformen – Crowdwork, Portage Salarial und Employee Sharing, in : Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung : Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag, Peter Breitschmid et al. (Hrsg.), Zürich 2015, S. 525-544.

REHBINDER MANFRED, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2001.

RIEMER-KAFKA GABRIELA, Innovationskraft der GAV für die Gleichstellung und die soziale Sicherheit, Arbeitsrecht : Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, 2012/Sonderausgabe/110.

RONCORONI GIACOMO, in : Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Arthur Andermatt et al. (Hrsg.), Basel 2010.

SCHNEIDER JACQUES-ANDRÉ, Les conventions collectives et la prévoyance professionnelle : un nouveau développement, in : Regards croisés sur le droit du travail : *Liber Amicorum* pour Gabriel Aubert, Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (Hrsg.), Genf 2015, S. 285-297.

STEINER OLIVIER, Die arbeitnehmerähnliche Person – Auf Phantomsuche in der schweizerischen Rechtslandschaft, in : ArbR (2008), S. 65-107.

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012.

UEBE WESSELINA, Regelungskonzept des Europäischen Arbeitsrechts, in : Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Kurt Pärli et al., Zürich/Sankt Gallen 2016.

UFFMANN KATHARINA, Digitalisierung der Arbeitswelt, in : NZA (2016), S. 977-984.

VISCHER FRANCK/ALBRECHT ANDREAS C., Zürcher Kommentar, Art. 356-360f OR. Der Arbeitsvertrag, Band V/2c – Das Obligationenrecht, Zürich 2006 (zitiert : 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, Markus Rüssli et al. (Hrsg.), Zürich 2012, S. 741-756.

WITZIG AURÉLIEN, L'ubérisation du monde du travail. Réponse juridique à une évolution économique, in : ZSR 135 I (2016), Heft 5, S. 457-483.

WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, Bern 2014.

Postface

VALÉRIE BERSET BIRCHER * / JEAN-JACQUES ELMIGER **

Au moment de la fondation de l'OIT, la Suisse était un pays pionnier en matière de protection des travailleurs (loi sur les fabriques¹ ; durée du travail, sécurité et hygiène).

Notre pays fait-il maintenant preuve de moins d'enthousiasme ou de parent pauvre dans ce domaine ?

Avec le développement de l'industrie en Europe et dans le monde, il a fallu sauvegarder, développer et promouvoir la compétitivité de la place économique suisse, tout en ne sacrifiant pas le niveau élevé de protection des travailleurs.

Aujourd'hui, le droit suisse du travail offre une grande flexibilité qui nous permet de nous adapter rapidement aux besoins de l'économie. Ainsi, nous sommes en mesure de maintenir de très nombreuses places de travail en Suisse et de créer de nouveaux emplois, ce qui s'inscrit dans la ligne directe du respect du droit au travail au sens de la Convention de l'OIT n° 122 sur la politique de l'emploi² que la Suisse a ratifiée en 2013.

Il ne faut toutefois pas oublier que l'OIT a demandé à la Suisse d'améliorer la protection contre les congés abusifs des représentants syndicaux. Les syndicats suisses et l'OIT estiment que ce niveau de protection dans notre pays est inférieur à celui garanti dans les systèmes juridiques de nos pays voisins, dont certains prévoient même la réintégration de la travailleuse ou du travailleur licencié(e) abusivement. L'économie considère notre système relativement restrictif comme un

* Docteure en droit, Ambassadrice, Cheffe du secteur Affaires internationales du travail au Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO).

** Ambassadeur en mission spéciale pour le 100^{ème} anniversaire de l'Organisation internationale du Travail (OIT).

¹ Loi fédérale sur les fabriques du 23 mars 1877, totalement révisée le 18 juin 1914, RS 821.41.

² Convention OIT n° 122 sur la politique de l'emploi du 9 juillet 1964 (C 122 ; RS 0.822.722.2).

avantage pour la Suisse : le marché du travail fonctionne bien et le partenariat social vient compléter la protection légale.

Le fait est qu'il existe divers points de vue sur le fait de savoir si notre système juridique correspond ou non au droit de l'OIT. Le dialogue avec l'OIT et les partenaires sociaux devrait se poursuivre. Le Conseil fédéral est conscient de la problématique concernant la protection des représentants syndicaux. Il a proposé une extension de la sanction de 6 à 12 mois en cas de licenciement, mesure qui n'a pas rallié les partenaires sociaux.

Cela met en évidence le besoin de sauvegarder et d'étendre le partenariat social dans le monde du travail de demain, en Suisse aussi.

Dans le cadre de la préparation de son centenaire, l'OIT a lancé une initiative sur le futur du travail pour se préparer à répondre aux défis à venir sur le marché du travail. La Suisse a assuré l'OIT de son soutien actif à cette initiative, et le SECO a lancé un dialogue national avec les partenaires sociaux suisses dans le cadre de la Commission fédérale tripartite pour les affaires de l'OIT.

Ce dialogue a débouché sur la signature d'une Déclaration tripartite sur le futur du travail et du partenariat social en Suisse à l'ère de la numérisation de l'économie le 18 octobre 2018 à Berne. Les parties à la Déclaration estiment que la numérisation a une incidence considérable sur la transformation structurelle et la croissance économique. Dans un pays comme la Suisse, présentant une économie innovante mais pauvre en ressources, il est d'autant plus important d'exploiter au mieux les chances qu'offre la numérisation. Les partenaires sociaux suisses aussi sont confrontés aux défis majeurs de la transformation numérique. Ils ont donc décidé d'unir leurs efforts pour aborder ensemble les adaptations découlant de la numérisation de l'économie et des développements technologiques dans le monde du travail et au plan sociétal.

En signant la Déclaration, les partenaires sociaux marquent leur confiance renouvelée dans le renforcement du partenariat social pour relever les défis du monde du travail de demain. Il s'agit de poursuivre l'effort visant à assurer la compétitivité et le succès de la place économique suisse pour maintenir et créer des emplois décents et hautement qualifiés.

Les parties reconnaissent le rôle central de nos systèmes de formation et de perfectionnement professionnels, ainsi que la contribution que peuvent livrer les conventions collectives de travail pour trouver des solutions innovantes et inclusives répondant aux ajustements structurels découlant de la numérisation de notre économie. Les partenaires sociaux entendent aussi utiliser les opportunités offertes par le développement technologique pour promouvoir des solutions durables visant à améliorer la conciliation de la vie professionnelle et familiale, les loisirs et le temps de travail.

Les parties à la Déclaration s'engagent à poursuivre un dialogue tripartite ouvert et pragmatique sur les questions couvertes par la Déclaration.

Enfin, la Déclaration confirme l'engagement de notre pays en faveur des normes internationales du travail et des objectifs fondamentaux de l'OIT, à savoir la justice sociale, le dialogue social et la promotion d'emplois décents. La Déclaration reconnaît le rôle central de l'OIT dans la promotion du partenariat social multilatéral comme instrument pour construire et renforcer la confiance dans le futur du travail dans le monde.

A cet égard, le 22 janvier 2019, l'OIT a inauguré son centenaire et lancé le rapport de la Commission mondiale sur l'avenir du travail. Dans son rapport, la Commission mondiale recommande aux gouvernements de s'engager activement pour relever les défis liés aux transformations dans le monde du travail. La Commission a confirmé ainsi un choix fait à l'origine de l'OIT : investir dans la femme et l'homme au travail, dans le renforcement des capacités des individus et des institutions du travail pour réaliser le travail décent et durable dans le monde. La Suisse apportera sa contribution à la mise en œuvre solidaire de cet ambitieux programme pour l'OIT au XXI^{ème} siècle.

Pour le centenaire de l'OIT, la Suisse estime que l'Organisation doit se doter d'une *déclaration du centenaire ambitieuse* qui devrait donner des orientations claires pour l'avenir. Afin de construire cette déclaration, il ne faut pas oublier les textes fondateurs et les Déclarations de 1998 et 2008. Il s'agira de formuler un nouvel objectif pour faire face aux bouleversements dans le monde de travail. Les trois thèmes que la Suisse considère comme importants pour l'avenir du travail et l'OIT sont :

a) *La formation et le perfectionnement des compétences tout au long de la vie*

Nous voyons la formation professionnelle et la formation continue comme une condition fondamentale pour faire face aux changements du monde du travail. Les développements structurels dans l'économie mondiale engendrent en permanence de nouveaux besoins en termes de qualifications et nécessitent de nouveaux moyens de transmission des connaissances. Dans la Déclaration nationale tripartite suisse sur l'avenir du travail, nous nous sommes mis d'accord sur le fait que la formation et la formation continue en tant qu'apprentissage tout au long de la vie reposent sur la responsabilité individuelle et qu'elles devraient être favorisées par les employeurs.

b) *Le futur du partenariat social*

L'avenir du partenariat social et du dialogue social devrait être au cœur d'une déclaration du centenaire afin de s'assurer que le partenariat social puisse accompagner au mieux les développements actuels et futurs. La Suisse est convaincue qu'un partenariat social vivant et (surtout) basé sur la confiance est déterminant pour assurer, dans un environnement économique dynamique, un équilibre constant entre les attentes des travailleurs et celles des entreprises, ainsi que pour mettre en place des conditions-cadres permettant aux deux parties de participer à la réussite économique et de réduire les risques économiques. Une éventuelle déclaration du centenaire devrait par conséquent se focaliser sur une approche consensuelle des acteurs du monde du travail dans un dialogue constructif.

c) *Les partenariats*

Enfin, la Suisse voit les partenariats avec des entités non étatiques et des acteurs du secteur privé comme troisième priorité. Il s'agit également de définir les partenariats avec le reste du monde onusien et les institutions de Bretton Woods. Les transformations technologiques, le changement climatique, la migration ou les défis démographiques sont des phénomènes globaux qui font appel à une coopération internationale. L'OIT doit tenir compte des travaux des autres organisations internationales du système onusien. En outre, dans un monde qui devient, grâce aux technologies, à la fois de plus en plus proche et de plus en plus interconnecté, l'OIT devrait intensifier sa collaboration avec le secteur

privé afin de pouvoir faire face aux défis liés par exemple aux chaînes d'approvisionnement globalisées.

* * *

En fonction des résultats de la Conférence internationale du centenaire, la Commission tripartite suisse (commission extraparlamentaire) pourrait revoir ou adapter sa stratégie nationale d'engagement à l'OIT.

A titre de conclusion à cet ouvrage dédié aux cent ans de l'OIT, les représentants du gouvernement suisse auprès de cette organisation souhaitent souligner leur engagement continu en faveur des valeurs communes de la Suisse et de l'OIT que sont le tripartisme et la paix sociale. Afin d'envisager l'avenir de l'OIT, le changement de générations n'affectera pas la ligne défendue pendant des décennies par notre pays.

Stéphanie Dagron/Anne-Sylvie Dupont/Karine Lempen

L'OIT et le droit social en Suisse : 100 ans et après ?

Actes du colloque organisé par le Pôle Berenstein à l'occasion
des 100 ans de l'Organisation internationale du Travail

Paru à l'occasion du centenaire de l'Organisation internationale du Travail (OIT), cet ouvrage collectif réunit les contributions présentées lors du colloque « L'OIT et le droit social en Suisse : 100 ans et après ? », qui s'est tenu le 10 mai 2019 à l'Université de Genève.

Dans une première partie, l'ouvrage commence par retracer l'histoire de l'OIT pour mieux envisager les perspectives d'avenir. Il aborde les principaux défis auxquels se trouve confrontée cette organisation : mondialisation, informalisation et digitalisation. Une seconde partie s'intéresse à la réception des normes de l'OIT en droit suisse et traite en particulier du revenu de substitution en cas d'incapacité de travail consécutive à une maladie, de la protection contre la discrimination antisyndicale, des normes sur le temps de travail à l'ère numérique et de l'avenir du partenariat social.

L'ouvrage est édité par Stéphanie Dagron, Anne-Sylvie Dupont et Karine Lempen, Professeures à Faculté de droit de l'Université de Genève et co-directrices du Pôle Berenstein pour le droit du travail et de la sécurité sociale.

Toutes nos publications sont en accès libre et gratuit sur
Alle unsere Publikationen sind frei erhältlich unter

www.ejl-fjv.ch



ISBN 978-2-88954-014-3 (print)
ISBN 978-2-88954-015-0 (PDF)

