

CARITAS

2019



Almanach **social**

**La numérisation –
et l'individu dans tout ça ?**

L'annuaire de Caritas
sur la situation sociale en Suisse
Rétrospective, perspectives

Table des matières

Avant-propos	7
1^{re} partie Tendances sociopolitiques	13
Bettina Fredrich Rapport sur l'évolution sociale et économique en Suisse 2017/2018	15
2^e partie La numérisation – et l'individu dans tout ça ?	51
1. Une société en mutation	53
Manuela Specker L'âme à l'ère numérique	53
Entretien avec Jonas Lüscher À propos de rêves de petits garçons et de fantasmes de toute-puissance	73
Joël Luc Cachelin L'hyperindividualisation plutôt que la solidarité	83
Ursula Uttinger Droits humains et protection face à l'appétit pour les données	95
Deborah Oliveira Le travail de demain doit prendre en compte la dimension du genre	107
Uwe Vormbusch La mesure de soi comme stratégie identitaire	121
Ayad Al-Ani Pays en développement, acteurs de la numérisation	133
2. Pour une transformation numérique socialement acceptable	149
Gabriela Riemer-Kafka Conséquences de la numérisation sur la sécurité sociale et le droit des assurances sociales	149

Aurélien Witzig	
Ce qu'offre le droit social face au tournant numérique	163
Kurt Pärli	
Un droit à la déconnexion ?	175
Christophe Degryse	
Un modèle social à réinventer pour la révolution industrielle 4.0	185
Vania Alleva	
Pour une numérisation sociale	199
Gabriel Fischer	
Organiser socialement la mutation technologique au lieu de proclamer la fin du travail	207
3. Formation et marché du travail : évolution et défis	219
Gudela Grote	
La technologie, source de transformation du travail et de son organisation	219
Dennis Brandes	
Les effets de l'automatisation sur le marché de l'emploi suisse	231
Kathrin Amacker	
Le personnel des CFF doit pouvoir prendre le train de la numérisation	243
Beat A. Schwendimann	
L'égalité des chances à l'école passe-t-elle par les nouvelles technologies ?	249
Antje Barabasch	
Renouveau des formations professionnelle et continue	263
4. Synthèse : l'avis de Caritas Suisse	277
Martin Flügel, Hugo Fasel	
Pour une numérisation favorisant l'insertion	277
Les Auteurs et auteurs	298

Kurt Pärli

Un droit à la déconnexion ?

L'économie numérique crée de nouveaux modèles d'entreprise comme l'utilisation et le commerce de données ainsi que l'organisation de fourniture de travaux et de services sur des plateformes en ligne. Numérisation et mondialisation accélèrent aussi une évolution vers des formes d'emploi flexible et souvent temporaire. La numérisation accroît l'intensité de travail. Les exigences posées aux formations initiale et continue sont toujours plus élevées.

La confusion croissante entre lieu de travail et domicile, ainsi qu'entre travail et loisirs, conduit de plus à décloisonner le travail et la vie privée, ce qui peut engendrer un gain d'autonomie dans l'organisation de la vie, mais aussi des risques pour la santé et la vie sociale. De grandes quantités de données réclament une protection accrue des secrets d'entreprise et permettent en même temps une surveillance renforcée des actifs.¹ Le débat politique sur la numérisation porte souvent d'emblée sur la liberté économique qui sous-tendrait le modèle de réussite économique suisse et auquel une attention particulière devrait être vouée, particulièrement dans l'optique des développements technologiques récents. Il ne faudrait en aucun cas, tel est le credo, entraver le développement à coups de règles supplémentaires ; au contraire, la déréglementation serait de mise.²

Mais une perspective unilatérale de la liberté économique laisse à désirer. La Constitution fédérale suisse est certes fondée sur un ordre économique orienté vers la concurrence et l'économie de marché. Néanmoins, ce système économique n'est pas uniquement constitué de la liberté économique, mais aussi d'une interaction équilibrée entre la liberté économique d'une part et des mesures restrictives de

liberté visant au maintien de la concurrence, protection des consommateurs incluse, d'autre part.

De surcroît, même si la Constitution fédérale suisse est en grande partie axée sur les principes de l'économie, elle contient également toute une palette de dispositions et de principes axés sur les aspects sociaux et en matière de travail. Des normes de compétence relatives à la protection de la santé et à la sécurité au travail dans le monde du travail, l'obligation d'établir des assurances sociales fédérales et des bases pour un droit contractuel (du travail) social figurent ainsi en bonne place dans la Constitution et attestent d'un ordre constitutionnel qui n'est pas uniquement axé sur le marché et le profit.

Dans le contexte du droit du travail, l'ordre de droit constitutionnel exige donc de saisir les opportunités, mais également de reconnaître les dangers et de fixer d'éventuelles limites. Sans prétendre à l'exhaustivité, le présent article examine quelques questions qui incombent aux spécialistes du droit du travail, à la politique et aux partenaires sociaux.³ Quelques suggestions sur les réactions possibles de la législation et de la jurisprudence aux incertitudes provoquées par la numérisation complètent le propos.

Profil du travailleur à l'ère numérique

Des flous juridiques entourent les emplois sur les plateformes en ligne. Un chauffeur Uber ou une personne qui, via TaskRabbit, effectue des courses, des nettoyages ou des emplettes pour un particulier sont-ils des mandataires ou des preneurs de contrats d'entreprise ou, bien s'agit-il de rapports de travail?⁴ Sous l'angle des assurances sociales, s'agit-il d'un revenu tiré d'une activité dépendante ou indépendante (lire à ce sujet l'article de Gabriela Riemer-Kafka dans le présent ouvrage)?

Tout tourne autour de la définition juridique du «travailleur» dans l'optique du droit du travail.⁵ Mais cela ne s'arrête pas là : qui est finalement l'employeur dans le cas de relations de travail multipolaires ? Les réponses à ces questions sont cruciales pour les personnes concernées. Quiconque est considéré comme «employeur» par la loi doit respecter divers engagements vis-à-vis des travailleurs et du public (notamment la protection de la santé et de la personnalité ainsi que l'obligation de coopérer avec des assurances sociales). Seule une personne considérée comme «travailleur» dans le droit contractuel et la loi sur le travail a notamment droit à des vacances payées, à des suppléments en cas d'heures et de travail supplémentaires, au maintien

de son salaire en cas de maladie et à la protection contre la résiliation en temps inopportun.

Régulièrement, des plateformes comme Uber ne se considèrent pas elles-mêmes comme des employeurs, mais plutôt comme des entreprises techniques mettant une application à la disposition d'utilisateurs, application qui permet – à l'exemple des chauffeurs Uber – d'entrer en contact avec des passagers potentiels. Des plateformes mettant en contact des cuisiniers avec des gourmands, ou d'autres plateformes d'échanges de services fonctionnent de façon similaire. Elles ont en commun de dénier toute responsabilité s'agissant des exigences du droit de surveillance, des taxes (impôts et assurances sociales) et d'une fonction de protection en qualité d'employeur.⁶

Le modèle des emplois sur plateforme et du transfert inhérent des risques et responsabilités aux actifs peut en théorie être étendu à toutes les branches, professions et activités possibles, dans l'économie analogique également. La numérisation permet et accélère même des formes d'organisation transfrontière du travail. La qualification juridique des rapports de travail (contrat de travail ou non, détermination de l'employeur) et des responsabilités de droit public (dispositions relatives à la protection des travailleurs, contributions relevant du droit des assurances sociales) a donc également une dimension transnationale.⁷

Davantage d'autonomie, moins de protection

Qui est employeur selon le droit en vigueur? Une prestation de travail peut être fournie notamment dans le cadre d'un contrat de travail en vertu des art. 319 ss. du Code des obligations (CO), d'un contrat d'entreprise en vertu des art. 363 ss. CO, d'un mandat en vertu des art. 394 ss. CO, ou sur la base d'un contrat *sui generis*. Les art. 319 à 362 CO règlent le contrat de travail et présupposent par définition qu'il y a un employeur et un employé. L'art. 319 CO arrête que ce dernier s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur, et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche). Les quatre caractéristiques suivantes sont tirées de cette définition légale du contrat de travail :

- Fournir une prestation de travail (le succès du travail n'est pas dû)
- Indemnisation
- Contrat à exécution successive
- Subordination

Selon la doctrine et la jurisprudence, la dernière caractéristique présuppose l'existence d'un rapport de subordination légal, d'un point de vue personnel, opérationnel et économique. La globalité de ces circonstances est à cet égard décisive dans le cas concret. L'expression de la subordination est aussi, notamment, le degré d'obligation de respecter les directives de l'employeur.⁸ Le critère de «subordination» n'est pas toujours pertinent vu justement la compétence d'auto-organisation qu'exige davantage la numérisation, du moins pour des travaux qualifiés. Davantage d'autonomie dans les rapports de travail ne signifie toutefois pas encore qu'une personne n'a pas besoin de la protection du droit du travail. Une gestion (plus) libre du temps et la liberté de travailler à domicile ou en déplacement ne conduisent pas obligatoirement à ce qu'une personne ne soit pas intégrée dans l'entreprise. Suivant les circonstances, un téléphone portable et/ou un ordinateur portable suffisent pour une telle intégration.

Uber ne voit pas ses chauffeurs comme des travailleurs. Uber et d'autres plateformes se considèrent plutôt comme de simples intermédiaires de contrats de service. Mais cette autoévaluation d'Uber n'est pas nécessairement correcte. Suivant les circonstances concrètes, c'est bien davantage la plateforme elle-même (Uber par exemple) qui conclut avec le bénéficiaire de services (admettons un voyageur Uber) un accord de services (chez Uber: «contrat de transport de voyageurs».)⁹ La plateforme fait ensuite exécuter le mandat par des auxiliaires au sens de l'art. 101 CO. Ces derniers peuvent être des travailleurs au sens des art. 319 ss. CO ou des employeurs en vertu des art. 394 ss. CO.

Renforcer les contrats de travail

Pour l'heure, on ne dispose pas de décisions de justice suisses concernant des rapports de travail sur plateforme. Un coup d'œil sur des décisions de justice rendues à l'étranger¹⁰ laisse toutefois supposer qu'un rapport de travail existe dans la relation entre Uber et ses chauffeurs.¹¹ Il est impossible de dire dans quelle mesure cela s'applique à d'autres rapports de travail sur d'autres plateformes. Une délimitation est à effectuer dans chaque cas particulier. Les changements de l'organisation du travail sous l'effet de la numérisation rendent cette tâche encore plus exigeante.

Doctrine et jurisprudence ont de plus développé le cas de figure juridique de la personne «indépendante dont la situation est comparable à celle d'un employé».

C'est le cas lorsque les éléments du contrat de travail ne sont pas complètement satisfaits, mais qu'il y a une obligation de prestation de travail personnelle et une dépendance économique. Il s'agit à cet égard de situations dans lesquelles des contrats sont conclus avec des indépendants, comme des contrats de vente exclusive, des accords de franchise ou des contrats de bail de stations-service conçus de sorte qu'ils prennent le pouvoir de disposition commerciale à la personne de condition indépendante. Dans ces cas, l'application par analogie des exigences en matière de protection de droit du travail s'impose, par exemple s'agissant de la protection contre le licenciement.

L'octroi d'une protection à des personnes «similaires aux employés» est également une voie en principe praticable, qu'empruntent aussi d'autres systèmes législatifs. Comme le droit suisse du travail, très libéral, n'offre quasiment pas de protection effective contre le licenciement et autorise même des contrats «zéro heure», on peut se demander s'il ne faudrait pas essayer de faire profiter le plus grand nombre possible de personnes fournissant une prestation de travail dans un emploi salarié, même si c'est de façon restreinte, de la protection – plutôt modeste – du droit du travail. Ce faisant, pourrait être enracinée une présomption légale de l'existence d'un contrat de travail pour tous les contrats de prestation de travail. À charge alors au mandant ou à l'entrepreneur d'apporter la preuve du contraire, soit de l'absence d'une situation de dépendance. La conséquence serait pour les nombreux emplois de plateforme, que les tribunaux trancheraient plutôt pour l'existence de contrats de travail. L'absence de ces derniers ne serait donnée que dans les cas où les travailleurs de plateforme pourraient bel et bien agir sans directives.

Et qui est employeur ?

Est employeur toute personne pouvant exiger d'un travailleur la prestation assurée sur la base d'un contrat de travail et disposant à son égard du droit de lui adresser des directives. La position d'employeur ne dépend pas de savoir si celui-ci est un entrepreneur ou s'il exploite une entreprise gérée selon des critères commerciaux. Il peut aussi arriver qu'une même personne soit tout à la fois employeur et travailleur, par exemple lorsqu'elle accepte, en plus de son activité d'employée, des mandats ou des contrats d'entreprise pour d'autres organisations et les fait exécuter par ses propres employés. Finalement, il est aussi possible qu'un travailleur, à côté de son activité

dans le cadre d'un rapport de travail, comme «click-worker» par exemple, exécute sur une plateforme en ligne des mandats pour des tiers sur la base d'un mandat ou d'un contrat d'entreprise.

Le droit du contrat de travail considère l'employeur non seulement comme partenaire contractuel de l'employé, mais aussi comme détenteur de la souveraineté en matière d'organisation. Dans le cadre de la location de services ou dans des structures de groupes de sociétés intervient une séparation de la position de droit contractuel et de l'exercice du droit de donner des directives. Dans le cas d'une location de services, il y a la relation de droit du travail vis-à-vis de l'entreprise de location de services, mais le droit de donner des directives est transmis (en partie du moins) à l'entreprise locataire de services.

Les groupes de sociétés actuels sont souvent organisés en structures matricielles. À côté de la structure d'organisation hiérarchique se produit une répartition dépassant le cadre de l'entreprise en domaines fonctionnels et de production. Dans ces groupes, l'employé est soumis à un régime de directives pluridimensionnel, et le droit de donner des directives est transmis de l'employeur contractuel à des responsables de secteur dépassant le cadre de l'entreprise. Dans le monde numérique, il en résulte souvent qu'un travailleur est certes légalement employé par une seule unité organisationnelle, mais reçoit des consignes de plusieurs autres unités d'entreprise, parfois domiciliées dans des États différents. Au final, il s'ensuit une séparation entre l'employeur légal et l'employeur économique, tant dans le cas d'une location de services qu'au sein du groupe de sociétés.

La séparation entre l'employeur légal et l'employeur opérationnel pose nombre de questions et de problèmes.¹² On ne mentionnera ici que le partenariat social à l'échelle de l'entreprise (droit de participation des employés étayé sur la loi sur la participation). Ce partenariat lie légalement l'employeur et présuppose la possibilité donnée aux travailleurs de s'organiser dans l'entreprise. Cela se corse lorsque les contours de l'entreprise classique s'estompent à l'ère numérique et que la possibilité de la représentation collective des intérêts fait donc défaut. Et l'autre partie du partenariat social d'entreprise, l'employeur classique, n'est plus clairement identifiable.

La numérisation n'est pas qu'une menace pour le droit du travail : elle offre aussi des opportunités à saisir. Depuis quelques années, un débat depuis longtemps en léthargie sur la «démocratie dans l'entreprise» et «l'humanisation du monde du travail» a par exemple été réactivé par la numérisation.¹³ Que ce débat soit mené au premier chef par quelques entreprises familières des techniques de l'information,

misant sur une large participation du personnel et la démocratie de base, et connaissant un très grand succès économique, ne doit rien au hasard. Numérisation et démocratie dans l'entreprise se conditionnent l'une l'autre.

Protection de la sphère privée au poste de travail également

La numérisation est toutefois aussi une cause majeure de l'estompage des limites entre lieu de travail et cadre de vie, ainsi qu'entre monde du travail et loisirs. La numérisation standardise davantage et rend plus transparents les processus de travail, tout en renforçant les possibilités de contrôle. Diverses formes de techniques de localisation et des logiciels de surveillance sophistiqués permettent une saisie complète d'informations sur l'accès à des bâtiments, le travail à l'ordinateur et sur Internet ou sur le choix de tel ou tel menu au restaurant du personnel.

Autre facteur conduisant à une collecte et à un traitement accrus de données personnelles des travailleurs : des dispositions légales qui normalisent le comportement des actifs au poste de travail, dans et en partie hors de l'entreprise, et créent des obligations de protection y afférentes pour les employeurs. On le voit par exemple dans le développement du droit des marchés financiers, de la concurrence et de l'environnement, ou encore dans le droit anti-discrimination. De nombreuses entreprises inscrivent les attentes vis-à-vis du comportement du personnel dans des directives de conformité dont le respect doit à son tour être contrôlé. Quels sont les contours d'une protection efficace de la personnalité et de la sphère privée des employés, et comment de tels concepts peuvent-ils aussi profiter à des indépendants qui, s'ils ne divulguent pas leurs données personnelles, ne se voient plus du tout proposer de mandats ?

Il est aussi épineux qu'urgent de répondre à ces questions. Ici également, les spécialistes du droit du travail, les partenaires sociaux et la politique sont mis au défi. Une orientation vers les droits de l'homme dans la sphère privée, telle qu'elle figure notamment à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) est cruciale. À raison, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu qu'il y avait lieu de protéger la sphère privée au poste de travail également.³ La tâche des tribunaux est d'assurer la protection des travailleurs contre les atteintes à la vie privée et familiale, et ce, en se fondant sur la CEDH, la Constitution fédérale et le droit à la protection de la personnalité. De telles atteintes peuvent être d'exiger des heures de travail excessives ou d'attendre de l'employé qu'il

lise ses courriels le soir, les week-ends et durant ses vacances également. Il convient d'examiner si, comme en France, il y a lieu d'inscrire un «droit de déconnexion» explicite dans la législation.⁴

Notes

- ¹ Pour une vue d'ensemble, cf. Meier, 2017, p. 302.
- ² Cf. par exemple Adler, Salvi, 2018.
- ³ Cf. à ce sujet URL : newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/46892.pdf (page consultée le 2. 7. 2018) und URL: bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2016/2016-11-16/ber-br-d.pdf (page consultée le 2. 7. 2018) et Meier/Pärli/Seiler, 2018.
- ⁴ Pärli, 2016, p. 243, Riemer-Kafka, Studer, 2017, p. 354, Cirigliano, 2018.
- ⁵ Les explications suivantes sont une synthèse du texte de Meier, Pärli, Seiler, 2018, p. 41 (les indications détaillées des sources figurent dans le présent article).
- ⁶ Cf. en détail à ce sujet Pärli, 2016, p. 243.
- ⁷ Cf. en détail à ce sujet Pärli, 2016, p. 243.
- ⁸ TF 4C.276/206 du 25 janvier 2007 E. 4.3.1.
- ⁹ Par exemple Riemer-Kafka, Studer, 2017, p. 376.
- ¹⁰ Par exemple Employment Tribunals Case No : 22025502015 & Others, between Aslam and Farrar & Others and Uber BV, Uber London Ltd, Uber Britannia Ltd, 28 octobre 2016. URL : judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-v-uber-reasons-20161028.pdf (page consultée le 2. 7. 2018).
- ¹¹ Pour une vue d'ensemble : Cirigliano, 2018, Rz. 30. Pärli, 2016, p. 243, Riemer-Kafka, Studer, 2017, p. 354, Witzig, 2016, p. 457.
- ¹² Pour la suite : Meier, Pärli, Seiler, 2018, p. 21.
- ¹³ Pärli, 2015, p. 48.
- ¹⁴ Cf. décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 5.9.2017, Application n° 61496/08, Barbulescu.
- ¹⁵ URL : nhbayer.de/de/deutsch-franzoesischer-rechtsreport/das-recht-franzoessicher-arbeitnehmer-offline-zu-gehen/ (page consultée le 8. 7. 2018).

Indications bibliographiques

- Adler Tibère, Salvi Marco* : Quand les robots arrivent. Préparer le marché du travail à la numérisation. Dans : Avenir Suisse, URL : avenir-suisse.ch/publication/wenn-die-roboter-kommen/ (page consultée le 2.7.2018).
- Conseil fédéral* : Rapport du 11 janvier 2017 sur les principales conditions-cadres pour l'économie numérique, URL : newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/46892.pdf (page consultée le 2.7.2018).
- Conseil fédéral* : Conséquences juridiques du télétravail. Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 12.3166 Meier-Schatz, URL : bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2016/2016-11-16/ber-br-d.pdf (page consultée le 2.7.2018).
- Cirigliano Luca* : La Numérisation, défi pour le droit du travail ? Dans : Jusletter 6, février 2017.
- Däubler Wolfgang* : Herausforderungen für das Arbeitsrecht – Deregulierung, Globalisierung, Digitalisierung. Dans : AuR, Arbeit und Recht, cahier 8, 2016, p. 325.
- Däubler Wolfgang* (éd.) : Internet und Arbeitsrecht, Web 2.0, Social Media und Crowdwork, 5^e édition, Francfort-sur-le-Main, 2015.
- Fündling Caroline, Sorber Dominik* : Arbeitswelt 4.0 – Benötigt das BetrVG ein Update in Sachen digitalisierte Arbeitsweise des Betriebsrats? Dans : NZA, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2017, p. 552.
- Jud Huwiler Ursina* : Travailler dans le nuage : où nous mène l'assouplissement du monde du travail ? Dans : la Vie économique, Plate-forme de politique économique, n° 3, 2017.
- Kublmann Martin, Schumann Michael* : Digitalisierung fordert Demokratisierung der Arbeitswelt heraus. Dans : Hoffmann, Bogedan (éd.) : Arbeit der Zukunft: Möglichkeiten nutzen – Grenzen setzen. Campus Verlag, Francfort-sur-le-Main, 2015, pp. 122–140.
- Meier Anne* : Risques de précarisation des travailleurs induits par les plateformes. Dans : Pratique juridique actuelle, 2018, p. 302.
- Pärli Kurt* : Neue Formen der Arbeitsorganisation: Internet-Plattformen als Arbeitgeber. Dans : DTA, Revue du droit du travail et d'assurance-chômage (4) 2016, p. 243.
- Pärli Kurt* : Schutz der Privatsphäre am Arbeitsplatz in digitalen Zeiten – eine menschenrechtliche Herausforderung. Dans : EUZA, Zeitschrift für Europäisches Arbeitsrecht, 2015, pp. 48–64.
- Peitz Martin, Schwalbe Ulrich* : Zwischen Sozialromantik und Neoliberalismus – zur Ökonomie der Sharing-Economy. Dans : ZEW, Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung, ZEW Discussion Paper n° 16-033, Mannheim, 2016.
- Pekruhl Ulrich, Vogel Christoph* : La flexibilité des indépendants a un prix. Dans : la Vie économique, Plate-forme de politique économique, n° 6, 2017.
- Portmann Wolfgang, Nedi Rahel* : Neue Arbeitsformen – Crowdwork, Portage Salarial und Employee Sharing. Dans : Breitschmid, Jent-Sorensen, Schmid, Sogo (éd.) : Festschrift für Isaak Meier. Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung, Zurich/Bâle/Genève 2015, p. 525.
- Riemer-Kafka Gabriela, Studer Vroiana* : Numérisation et assurances sociales – réflexions autour des nouvelles technologies dans le monde du travail. Dans : Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle, Berne, 2017, pp. 354–384.
- Witzig Aurélien* : L'ubérisation du monde du travail. Réponses juridiques à une évolution économique. Dans : Revue de droit suisse (RDS), volume 135, 2016, I cahier 5, p. 457.