



Chapitre d'actes

2021

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Santé, horaires de travail et dialogue social à l'heure du digital

Lempen, Karine

How to cite

LEMPEN, Karine. Santé, horaires de travail et dialogue social à l'heure du digital. In: Santé et sécurité au travail à l'heure de l'industrie 4.0. Stéphanie Dagron, Anne-Sylvie Dupont et Karine Lempen (Ed.). Genève. Lausanne : Editions juridiques libres, 2021. p. 99–133.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:156534>

Santé, horaires de travail et dialogue social à l'ère du digital

Karine Lempen *

Table des matières

I.	Introduction	100
	A. Digitalisation, dialogue social et temps de travail	100
	B. Horaires et durée du travail	101
	C. Horaires fixés dans le contrat ou par directives	102
II.	Horaires respectueux de la personnalité et de la santé	104
	A. Protection de la vie privée et familiale	104
	1. Généralités	104
	2. Jour consacré aux proches, jour de télétravail	104
	3. <i>Work-Life Balance</i> et prévisibilité des horaires	106
	B. Protection contre le surmenage	107
	1. Généralités	107
	2. Durée maximale hebdomadaire et révision en cours	107
	3. Enregistrement et preuve des horaires	109
	a) Moyens de preuve en cas de violation du devoir d'enregistrement	109
	b) Renonciation à l'enregistrement	111
	4. Conventions collectives de travail	111
III.	Droits de participation relatifs aux horaires	113
	A. Loi sur la participation	113
	1. Généralités	113
	2. Participation via les outils de communication numérique	114
	3. Participation en temps de crise	115
	B. Loi sur le travail	116
	1. Information	117
	2. Consultation	118
	3. Codécision	119
	C. Conventions collectives de travail	120
	1. Règlement de participation CCT <i>in globo</i>	121
	2. Règlement de participation CCT <i>Swisscom</i>	121
IV.	Dialogue social sur le droit à la déconnexion	122
	A. Au niveau de l'Union européenne : vers une nouvelle directive ?	122
	B. Dans les Etats membres de l'Union européenne	124

* Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Genève. L'auteure remercie Me RACHEL SALEM d'avoir enrichi cet article par ses réflexions ainsi que M. ROBERT DEPREZ FERNANDES, auxiliaire de recherche et d'enseignement au Département de droit civil, de sa relecture attentive.

C. En Suisse : motions sur le droit à la déconnexion	125
V. Conclusion	128
Bibliographie	130

I. Introduction

A. Digitalisation, dialogue social et temps de travail

A l'occasion du centenaire de l'Organisation internationale du Travail (OIT), le gouvernement suisse et les associations faîtières, patronales et syndicales, ont eu l'occasion de réaffirmer leur attachement au dialogue tripartite et leur volonté de relever les défis liés au futur du travail dans le cadre d'un partenariat social vivant¹. Un rapport du Conseil fédéral sur la numérisation des conditions de travail relève également le rôle primordial du partenariat social pour traiter, notamment, des questions posées par la flexibilisation des horaires et des lieux de travail en lien avec l'utilisation des nouvelles technologies d'information et de communication (TIC)². Un précédent rapport sur les conséquences juridiques du télétravail arrive à la conclusion qu'il n'est pas (encore) nécessaire de régler spécifiquement le télétravail dans la loi et mentionne d'autres formes de réglementations comme les conventions collectives de travail (CCT)³.

Dans ses avis en réponse à des interventions parlementaires relatives à la digitalisation et aux conditions de travail, le Conseil fédéral exprime régulièrement son soutien à des solutions concertées au niveau de la branche ou de l'entreprise. Ainsi, qu'il s'agisse de renforcer les droits de participation du personnel lors de la mise en place de systèmes de surveillance électronique⁴ ou d'inscrire dans la loi un « droit à la déconnexion »⁵, le Conseil fédéral souligne la possibilité de concrétiser les règles en vigueur par la conclusion d'accords collectifs. En particulier, les risques pour la santé, notamment les risques psychosociaux engendrés

¹ Déclaration tripartite sur le futur du travail et du partenariat social en Suisse à l'ère de la numérisation de l'économie, Berne, 18 octobre 2018.

² Conseil fédéral, *Numérisation*, 48-50, 75-78. Voir aussi MEIER/PÄRLI/SEILER, N 174-345.

³ Conseil fédéral, *Télétravail*, 73-74, 76-79.

⁴ Voir po. 20.3569 Gysi évoqué *infra* III.A.1.

⁵ Voir les motions 17.3201 Mazzone, 19.4156 Reynard et 21.3139 Gysin présentées *infra* IV.C.

par une culture de la connexion permanente, nécessitent de définir concrètement au niveau de l'entreprise « des laps de temps pendant lesquels le travail doit être fourni et d'autres pendant lesquels il n'a pas à l'être »⁶.

Un rapport de la Commission mondiale sur l'avenir du travail explique qu'une plus grande maîtrise des travailleuses et travailleurs sur leur temps améliore leur bien-être⁷. Une meilleure prévisibilité des horaires de travail et une participation accrue du personnel à leur planification constituent en effet des facteurs bénéfiques pour la santé⁸. La Commission rappelle l'importance du dialogue social pour atteindre ces objectifs⁹. Afin de faire face à l'impact de la digitalisation sur l'exécution du travail, l'amélioration des droits de participation au sein de l'entreprise doit aller de pair avec un renforcement de la négociation collective au niveau des associations patronales et syndicales¹⁰.

Les CCT ainsi que les accords collectifs conclus à l'interne de l'entreprise sont évoqués au fil de chacune des trois parties de cette contribution consacrée aux horaires de travail. Après l'exposé des règles protectrices de la personnalité encadrant la fixation des horaires (partie II), les droits de participation dans ce domaine sont présentés (partie III). Les accords relatifs au « droit à la déconnexion » sont traités de façon spécifique (partie IV). A titre préliminaire, il sied de définir les « horaires de travail » et de rappeler leur fondement, contractuel ou non (partie I *in fine*).

B. Horaires et durée du travail

Les « horaires de travail » déterminent « les heures et les jours auxquels débute et se termine l'exécution du travail »¹¹. Il sied de distinguer cette notion du concept de « durée du travail ». En effet, un changement

⁶ Voir la réponse du Conseil fédéral aux motions citées à la note précédente.

⁷ OIT, 41.

⁸ Voir NOVIER, 184 et les études citées.

⁹ Voir OIT, 41. Sur le rôle des syndicats et des CCT dans le domaine de la protection de la santé, voir CIRIGLIANO/EGGER, N 262-266.

¹⁰ Dans ce sens : PARLI, *Digitalisation*, 18.

¹¹ Directive 2019/1152 du Parlement européen et du Conseil, du 20 juin 2019, relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne, JOUE 2019 L 186, p. 105, art. 2 let. a.

d'horaires ne modifie pas nécessairement la durée du travail¹². Alors que l'horaire indique le *moment* où la prestation doit être effectuée, la durée du travail renseigne sur la *quantité* de temps travaillé¹³. Tous deux peuvent être fixes ou variables¹⁴. Un emploi à temps partiel, par exemple, peut être régulier avec une durée stable et des horaires fixes ou variables. Il peut aussi revêtir un caractère irrégulier avec une durée et des horaires variables¹⁵. La présente contribution postule une durée fixe du travail, dans le cadre de laquelle les horaires peuvent ou non varier.

C. Horaires fixés dans le contrat ou par directives

Le contrat de travail indique en général la durée du travail¹⁶ (notamment le taux d'occupation) ainsi que le type d'horaire (continu ou discontinu, par ex.)¹⁷. En particulier, il est fréquent que le contrat instaure un horaire de travail flexible¹⁸ (dont les modalités peuvent être prévues dans une CCT)¹⁹ et autorise ainsi la personne salariée à fixer elle-même le début et la fin de sa journée de travail, à condition d'assurer une présence durant des plages horaires « bloquées » et d'avoir effectué le nombre d'heures convenues à l'issue d'une période de référence²⁰. L'abandon de ce système ou d'un autre mode d'aménagement flexible du temps de travail²¹

¹² Notamment en cas d'annualisation du temps de travail. Voir ZEIN, 530.

¹³ ZEIN, 524.

¹⁴ Voir GEISER, 1023-1026.

¹⁵ CS CIT-DUNAND, art. 319 CO N 50.

¹⁶ Selon l'art. 330b al. 1 let. e CO, la personne salariée doit être informée sur ce point au plus tard un mois après le début des rapports de travail. La Directive 2019/1152 du 20 juin 2019 (cf. note 11) prévoit un devoir d'information plus étendu, notamment lorsque l'horaire est variable. Voir l'art. 4 para. 2 let. l) et m).

¹⁷ Voir WITZIG, N 1748, 1759.

¹⁸ Selon l'OFS, 2 : « En Suisse, en 2019, 14,0 % des personnes actives occupées ont pu pleinement déterminer elles-mêmes le début et la fin de leur journée de travail et 36,8 % ont pu le faire avec certaines restrictions ».

¹⁹ Voir par ex. la CCT Poste CH SA 2021, art. 2.11 Modèles d'horaires de travail et 2.11.3 Horaire variable (GLAZ).

²⁰ Au sujet de la distinction entre le solde positif librement accumulé dans le cadre d'un horaire de travail flexible et les heures supplémentaires au sens de l'art. 321c CO, voir TF 4A_227/2016 du 24 octobre 2016 ; BSK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321c CO N 18 ; DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, N 278.

²¹ Pour un aperçu : BSK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321 CO N 10-19 ; PORTMANN/WILDHABER, N 154-163.

convenu contractuellement, comme le partage de poste (dans le cadre duquel les personnes concernées s'entendent sur la façon dont elles vont se répartir les heures de travail dans la semaine)²², ne saurait être décidé de façon unilatérale²³.

De plus, il arrive que le contrat prévoit la fixation des horaires d'un commun accord²⁴ ou précise l'heure à laquelle le travail doit commencer et se terminer²⁵. Lorsque les horaires sont contractualisés²⁶, un changement durable²⁷ requiert le consentement des parties et ne peut être imposé par la partie employeuse²⁸, si ce n'est par le biais d'un congé-modification²⁹.

En revanche, lorsque le contrat ne spécifie pas les horaires de travail, la partie employeuse peut les arrêter par voie de directives (art. 321d CO). Un règlement d'entreprise (art. 37 LTr) peut contenir des dispositions sur les horaires de travail³⁰.

Que les horaires soient réglés au niveau contractuel ou fassent l'objet de directives, leur fixation doit s'effectuer conformément aux normes impératives de protection de la personnalité et de la santé consacrées par le droit fédéral ou une CCT (partie II). En outre, les droits de participation du personnel doivent être respectés (partie III).

²² Sur les horaires de travail en cas de *job sharing* : DELLEY, 310-311.

²³ ZK-STAEHELIN, N 14 ad art. 321d CO.

²⁴ Voir ZEIN, 530.

²⁵ ZK-STAEHELIN, N 14 ad art. 321d CO ; WITZIG, N 1772.

²⁶ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 321d CO N 7, considèrent les horaires de travail comme un élément essentiel du contrat. Sur l'intégration tacite au contrat des horaires pratiqués durant un certain temps, voir *infra* II.A.1.

²⁷ Situation à distinguer de celle où la personne salariée peut être occasionnellement tenue d'exécuter des heures supplémentaires lorsque les conditions prévues par l'art. 321c CO sont réalisées, notamment en cas d'urgence ou de surcroît extraordinaire de travail (art. 12 al. 1 let. a LTr).

²⁸ Voir ZK-STAEHELIN, N 14 ad art. 321d CO ; WITZIG, N 1758.

²⁹ ZEIN, 530.

³⁰ Voir CS LTr-VISCHER, art. 38 LTr N 11 ; DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, N 179.

II. Horaires respectueux de la personnalité et de la santé

A. Protection de la vie privée et familiale

1. Généralités

L'art. 328 CO oblige la partie employeuse à protéger la personnalité, et notamment à respecter la vie privée, des personnes salariées. Une clause contractuelle ou une directive exigeant de ces dernières qu'elles soient constamment atteignables en dehors des horaires de travail pour répondre à des demandes sans caractère véritablement urgent viole de façon manifeste cette disposition³¹.

En vertu de l'art. 328 CO et du principe général de la bonne foi (art. 2 CC), la partie employeuse ne saurait imposer aux individus qui travaillent pour elle un changement d'horaire incompatible avec leur situation personnelle³².

En particulier, lorsqu'une personne est employée à temps partiel selon un horaire régulier, il sied de prendre en considération les engagements pris par cette dernière en dehors des heures de travail initialement prévues, par exemple un second emploi, une formation ou des obligations familiales³³. Même lorsque les jours de travail ne sont pas spécifiés dans le contrat, la doctrine admet que l'horaire pratiqué est tacitement intégré au contrat après un certain temps et ne peut dès lors être modifié que moyennant l'accord des parties³⁴.

2. Jour consacré aux proches, jour de télétravail

Ainsi, lorsqu'une personne employée assume des obligations familiales de façon régulière, par exemple la garde des enfants tous les mardis et jeudis (journées durant lesquelles ces derniers ne disposent par hypothèse d'aucune place dans une structure d'accueil pour l'année en cours),

³¹ Dans ce sens : VON KAENEL, 9. Sur les accords instaurant un droit à la non-joignabilité, voir *infra* partie IV.

³² BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 321d CO N 7 ; CS CIT-DUNAND, art. 321d CO N 24.

³³ BSK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321 CO N 7 ; WITZIG, *Modification*, 65.

³⁴ BSK-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321 CO N 7.

la partie employeuse n'aura pas le droit d'exiger une modification, durable ou même occasionnelle, des jours de travail³⁵, sous réserve d'une situation d'urgence³⁶.

Un raisonnement similaire s'applique selon nous aux situations où les parties au contrat se sont entendues pour que le travail soit effectué à distance un jour fixe dans la semaine. Si l'on souhaite que le télétravail favorise réellement l'équilibre entre vie professionnelle et vie familiale³⁷, la personne télétravailleuse doit pouvoir compter sur le fait que, tel jour déterminé dans la semaine, elle n'aura pas besoin de se déplacer vers son lieu de travail et aura ainsi le temps, par exemple, d'amener de bonne heure son enfant à son rendez-vous hebdomadaire au cabinet de physiothérapie, avant le début de la journée de travail. Une convention réglant les modalités du télétravail et autorisant la partie employeuse à supprimer « le jour de télétravail », non seulement en cas « d'urgences » ou « de séances extraordinaires » mais aussi simplement « pour des questions organisationnelles »³⁸ paraît difficilement compatible avec l'objectif d'amélioration de la conciliation entre travail rémunéré et travail non rémunéré de soins aux proches.

Quoi qu'il en soit, l'interprétation de ce type de clauses doit se faire à la lumière de l'art. 328 CO, dont il résulte l'obligation, pour la partie employeuse, de prendre en considération la situation familiale des membres de son personnel au moment de leur demander la réalisation d'heures supplémentaires (art. 321c CO)³⁹ ou, plus généralement, lors de

³⁵ Voir LEMPEN/MAJOR, 122.

³⁶ Eu égard au devoir de fidélité (art. 321a CO) de la personne salariée en pareil cas.

³⁷ Voir notamment la prise de position de la Commission fédérale pour les questions féminines (CFQF) « Pour une transformation numérique équitable du point de vue du genre », juin 2021, chiffre 3. Voir aussi Comité économique et social européen, *Télétravail et égalité entre les hommes et les femmes – conditions pour que le télétravail n'exacerbe pas la répartition inégale des tâches domestiques et de soins non rémunérées entre les femmes et les hommes, et pour que celui-ci soit un moteur de promotion de l'égalité entre les genres*, avis du 24 mars 2021, SOC/662.

³⁸ Voir le modèle de « Convention de télétravail » proposé notamment par l'Union patronale suisse (UPS), art. 3.

³⁹ PERRENOUD, 679 ; CS LTr-WYLER, art. 36 LTr N 5 ; KUKO ArG-HENSCH, art. 36 LTr N 10. Le personnel avec des responsabilités familiales ne peut être affecté à du travail supplémentaire (art. 12 LTr) que s'il y consent (art. 36 al. 2 LTr).

l'aménagement du temps de travail⁴⁰. En outre, l'art. 36 al. 1 LTr⁴¹ prévoit que « lorsqu'il fixe les heures de travail et de repos, l'employeur doit tenir compte [...] des responsabilités familiales des travailleurs », ce qui peut impliquer, notamment, de veiller à la régularité et à la prévisibilité des horaires⁴².

3. *Work-Life Balance* et prévisibilité des horaires

Une récente Directive de l'Union européenne concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants souligne que des « horaires prolongés et variables » entravent la réalisation d'un tel équilibre⁴³. Les formules souples⁴⁴ préconisées par ce texte visent à permettre aux parents et aidants d'aménager leur temps de travail en fonction des besoins liés à la prise en charge des proches⁴⁵. Une telle adaptabilité des horaires est à distinguer⁴⁶ d'une flexibilité imposée par la partie employeuse sans préavis suffisant⁴⁷.

L'obligation de subordonner l'effectivité d'un horaire à un délai de prévenance est désormais explicitement consacrée par une Directive de l'Union européenne relative à des conditions de travail transparentes et

⁴⁰ PÄRLI, *Eltern*, 940 ; LEMPEN/MAJOR, 122.

⁴¹ Les alinéas 3 et 4 de cette disposition ont été modifiés lors de l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2021, de la Loi fédérale du 20 décembre 2019 sur l'amélioration de la conciliation entre activité professionnelle et prise en charge de proches (RO 2020 4525). Ils prévoient désormais le droit de prendre un congé de courte durée (au maximum trois jours par cas) pour prendre en charge non seulement un enfant malade, comme par le passé, mais aussi un autre membre de la famille ou un partenaire atteint dans sa santé.

⁴² KUKO ArG-HENSCH, art. 36 LTr N 9.

⁴³ Directive 2019/1158 du Parlement européen et du Conseil, du 20 juin 2019, concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants, JOUE 2019 L 188, p. 79, préambule, chiffre 10.

⁴⁴ Voir la définition figurant à l'art. 3 para. 1 let. f de la Directive 2019/1158 du 20 juin 2019. Voir aussi, pour le personnel de la Confédération, les art. 64a (Formes de travail flexibles), 64a^{bis} (Modèles de temps de travail) et 64b (Horaire de travail fondé sur la confiance) de l'Ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération (OPers ; RS 172.220.111.3).

⁴⁵ Directive 2019/1158 du 20 juin 2019, préambule, chiffre 34.

⁴⁶ Il sied de distinguer selon la partie au contrat qui possède la maîtrise sur l'aménagement du temps : voir GEISER, 1024-1026.

⁴⁷ Pour des statistiques sur la « flexibilité requise » et les changements imprévus du temps de travail en Suisse, voir OFS, 5.

prévisibles⁴⁸, adoptée le même jour que la Directive susmentionnée sur l'équilibre travail-famille.

En Suisse, l'exigence de prévisibilité résulte notamment des normes de droit public examinées dans la partie relative aux droits de participation⁴⁹. « Les règles de la bonne foi », qui déterminent l'exigibilité des heures supplémentaires (art. 321c al. 1 CO), limitent de façon générale le droit de la partie employeuse de donner des directives (art. 321d CO)⁵⁰. Le principe de bonne foi lui impose d'annoncer suffisamment tôt une modification des jours et heures de travail, en particulier lorsque ceux-ci sont demeurés longtemps inchangés⁵¹.

B. Protection contre le surmenage

1. Généralités

En vertu des art. 328 CO et 6 LTr, la partie employeuse doit protéger la santé physique et psychique des personnes salariées. En particulier, elle est tenue d'organiser le travail de façon à « préserver autant que possible » les membres de son personnel « des dangers menaçant leur santé et du surmenage » (art. 6 al. 2 LTr). Il lui appartient de concevoir les horaires de travail de façon à ce que ceux-ci ne soient pas nocifs pour la santé. Dans son commentaire, le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) précise que « des horaires de travail pénibles ou irréguliers sont susceptibles de nuire à la santé »⁵².

2. Durée maximale hebdomadaire et révision en cours

Les dispositions relatives à la durée du travail et au repos (art. 9 ss LTr) ne font pas partie des dispositions sur la protection de la santé (au sens de l'art. 3a LTr). L'art. 328 CO et 6 LTr interdisent toutefois à la partie employeuse d'imposer une durée du travail « manifestement abusive »⁵³.

⁴⁸ Voir en particulier l'art. 10 para. 1 de la Directive 2019/1152 du 20 juin 2019.

⁴⁹ Notamment les art. 47 LTr et 69 OLT 1 sur l'affichage des horaires, voir *infra* III.B.1.

⁵⁰ CS CIT-DUNAND, art. 321d CO N 254.

⁵¹ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 321d CO N 7 ; WITZIG, N 1873-1874.

⁵² SECO, art. 6 LTr N 006-2.

⁵³ CS LTr-SCHWEIDEGGER/PITTELOUD, art. 6 LTr N 23 ; KUKO ArG-NÖTZLI, art. 6 LTr N 29. Ces commentaires se réfèrent à TF 2A.407/2001 du 14 juin 2002, c. 5-3.

Ainsi, même les personnes non fondées à se prévaloir des maxima prévus par l'art. 9 LTr, comme celles exerçant une « fonction dirigeante élevée » (art. 9 de l'Ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail [OLT 1])⁵⁴, sont protégées contre des horaires de travail excessifs. A cet égard, il est intéressant de noter que, selon l'Office fédéral de la statistique (OFS), « environ la moitié des salariés membres de la direction doivent régulièrement adapter leur temps de travail et être disponibles pendant leurs temps libre »⁵⁵.

Lorsque l'art. 9 LTr trouve application, la partie employeuse doit veiller à ce qu'une modification des horaires n'entraîne pas un dépassement des durées maximales hebdomadaires prévues par cette disposition, celui-ci n'étant admissible qu'à titre exceptionnel, aux conditions posées notamment par l'art. 12 LTr⁵⁶. Au cours des dernières années, plusieurs interventions parlementaires ont demandé un assouplissement de ces prescriptions⁵⁷.

Aucun consensus n'ayant pu jusqu'à présent se dégager en faveur d'une révision de la loi sur le travail⁵⁸, le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) a mis en consultation durant l'été 2021 une modification de l'Ordonnance 2 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (OLT 2)⁵⁹. Elaboré en collaboration avec les partenaires sociaux⁶⁰, le projet vise à autoriser les entreprises de services dans les domaines du conseil, de l'audit et de la fiducie à prévoir, pour certaines catégories du personnel⁶¹, l'inapplicabilité des dispositions relatives à la durée maximale de la semaine de travail et aux heures de travail

⁵⁴ RS 822.111. En vertu de l'art. 3 let. d LTr et de la contre-exception prévue à l'art. 3a let. b LTr, ces personnes ne peuvent se prévaloir que des dispositions relatives à la protection de la santé et non de celles relatives à la durée maximale du travail.

⁵⁵ OFS, 5-6 (le degré de flexibilité exigée augmente avec le niveau de qualification et diffère selon les branches). Au sujet de la protection de la personnalité des cadres supérieurs, voir MICHEL, 169-261.

⁵⁶ Voir ZEIN, 530.

⁵⁷ Voir en particulier 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 ».

⁵⁸ Voir le rapport du Conseil fédéral du 14 octobre 2020 « Simplifier et moderniser le droit du travail pour améliorer la compétitivité des entreprises de services » en application du po. 15.3679 Herzog du 18 juin 2015, notamment les chiffres 5.3 et 7.

⁵⁹ RS 822.112.

⁶⁰ DEFR, Rapport explicatif pour l'ouverture de la procédure de consultation, mai 2021, chiffre 1.

⁶¹ Voir l'art. 34a al. 1 P-OLT 2.

supplémentaire⁶². La durée du travail hebdomadaire ne saurait toutefois excéder 63 heures par semaine et 45 heures en moyenne annuelle⁶³.

L'adoption d'un tel modèle annualisé du temps de travail est soumise à plusieurs conditions et requiert notamment un accord individuel écrit⁶⁴. Afin de prévenir les risques psychosociaux liés à une flexibilité accrue, des mesures spécifiques de protection de la santé doivent être adoptées « avec la participation des travailleurs ou de leur représentation »⁶⁵. Enfin, « les durées quotidiennes du travail effectivement fournies doivent être enregistrées »⁶⁶.

3. Enregistrement et preuve des horaires

Afin de faciliter la vérification du respect des prescriptions légales, dont les art. 6 et 9 ss LTr, l'art. 46 LTr oblige la partie employeuse à tenir à disposition des autorités un registre, ou d'autres pièces, indiquant les durées quotidiennes et hebdomadaires du travail effectivement fourni, les jours de repos ainsi que l'horaire et la durée des pauses (voir l'art. 73 al. 1 let. c-e OLT 1)⁶⁷.

a) *Moyens de preuve en cas de violation du devoir d'enregistrement*

Lorsque la partie employeuse ne s'est pas conformée à son devoir d'enregistrement⁶⁸ et qu'une personne salariée tente d'établir (art. 8 CC)⁶⁹,

⁶² La procédure de consultation a entraîné la suspension des travaux relatifs à l'iv.pa. 16.414 Graber et le report de l'examen d'autres objets visant à assouplir les prescriptions de la LTr sur la durée du travail et du repos (par ex. l'iv.pa. 16.484 Burkart sur le télétravail, dont le délai de traitement est prolongé jusqu'à 2023. Voir aussi mo. 21.3686 Jositsch « Travail à domicile. Créer les bases légales nécessaires »).

⁶³ Art. 34a al. 3 let. a P-OLT 2.

⁶⁴ Art. 34a al. 2 let. g P-OLT 2

⁶⁵ Art. 34a al. 4 let. a P-OLT 2. Au sujet des droit de participation, voir *infra* III.

⁶⁶ Art. 34a al. 3 let. g P-OLT 2.

⁶⁷ Un enregistrement simplifié de la durée du travail peut être mis en place aux conditions prévues par l'art. 73b OLT 1 (voir *infra* III.B.3).

⁶⁸ En cas d'infraction, les art. 51 et 52 LTr trouvent application. Dans le canton de Genève, la loi du 12 mars 2004 sur l'inspection et les relations du travail (LIRT ; RS/GE J 1 05) prévoit que le non-respect du devoir d'enregistrement peut donner lieu à une amende d'ordre située entre CHF 100.- et 5'000.- (art. 46 al. 2 LIRT *cum* art. 9 al. 1 LIRT).

⁶⁹ Voir ATF 128 III 271, c. 2b ; TF 4A_428/2019 du 16 juin 2019, résumé in DTA 2020 342, c. 5.1.1 (s'il est établi que la personne salariée a effectué des heures supplémentaires dont elle ne parvient pas à prouver le nombre avec exactitude, le tribunal peut estimer cette quotité en appliquant l'art. 42 al. 2 CO par analogie).

dans le cadre d'une procédure judiciaire, le nombre d'heures supplémentaires effectuées, la jurisprudence considère qu'il « convient de tenir compte de l'état de nécessité probatoire » dans lequel elle se trouve et de l'autoriser à recourir à des témoignages pour prouver son horaire effectif⁷⁰. Notons qu'en cas de télétravail, il sera difficile de prouver des heures supplémentaires au moyen de témoignages, l'heure d'envoi des courriels n'indiquant pas nécessairement le moment où le travail a été accompli.

En revanche, le recours à des témoins pour établir l'horaire effectué est fréquent dans les procès opposant le personnel domestique⁷¹ à un ménage privé employeur⁷², bien que divers contrats-types pour l'économie domestique obligent à présent ce dernier à établir un décompte horaire⁷³. Le contrat-type genevois pour l'économie domestique prévoit que lorsque la partie employeuse faillit à ce devoir, « l'enregistrement de la durée du travail fait par le travailleur vaut moyen de preuve »⁷⁴. Cette règle mérite d'être saluée compte tenu du risque élevé d'exploitation dans cette branche peu syndiquée⁷⁵. En particulier, la situation du personnel domestique *Live-In*, souvent tenu d'assurer dans les faits une prise en charge 24h/24 au sein du ménage qui le loge⁷⁶, semble s'être encore péjorée durant le confinement lié à la pandémie de SARS-CoV2 (COVID-19). En effet, plusieurs témoignages révèlent que, par crainte des infections, certaines familles ont interdit à leurs domestiques de quitter le ménage, les privant ainsi de la possibilité de se reposer durant plusieurs semaines⁷⁷.

⁷⁰ Cour de justice du canton de Genève CAPH/5/2021 du 13 janvier 2021, c. 4.2.2., qui se réfère à TF 4A_428/2019 du 16 juin 2019 mentionné à la note précédente.

⁷¹ Voir les arrêts cités par LEMPEN/SALEM, 90-91.

⁷² Non soumis à la loi sur le travail (art. 2 al. 1 let. g LTr) et dès lors à l'obligation d'enregistrement prévue par l'art. 46 LTr.

⁷³ Voir LEMPEN/MAJOR, 98-99.

⁷⁴ Contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs de l'économie domestique du 13 décembre 2001 (CTT-Edom ; RS/GE J 1 50.03), art. 10^{bis} al. 4 (alinéa entré en vigueur le 1^{er} janvier 2021).

⁷⁵ Dans d'autres branches, la règle selon laquelle le décompte établi par la personne salariée vaut moyen de preuve en cas de non-enregistrement par la partie employeuse est consacrée par une CCT (par ex. CCT pour l'hôtellerie-restauration suisse 2021, art. 21 al. 4).

⁷⁶ Voir LEMPEN/MAJOR, 94-102 avec les références.

⁷⁷ Voir SCHWITER/STEINER/VILLALBA/LUSTENBERGER, 56-57. Pour d'autres employés domestiques *Live-In* interrogées, le confinement en 2020 a été synonyme de perte d'emploi et de domicile en Suisse, avec pour conséquence l'absence de droit à des indemnités de chômage.

b) Renonciation à l'enregistrement

Malgré l'importance de la saisie du temps de travail pour prévenir les situations de surmenage, l'art. 73a OLT 1 prévoit depuis 2016 la possibilité, pour les partenaires sociaux, de prévoir dans une CCT la renonciation à l'enregistrement. Une telle dérogation à l'obligation prévue à l'art. 46 LTr est soumise à des conditions cumulatives. En particulier, elle ne peut s'appliquer qu'aux individus bénéficiant d'une grande autonomie dans leur travail et en termes d'horaires, d'une rémunération annuelle brute supérieure à CHF 120'000.- (bonus compris) et ayant donné leur accord écrit⁷⁸.

Une évaluation de l'impact de l'art. 73a OLT 1 montre que la renonciation à l'enregistrement du temps de travail coïncide avec un nombre d'heures de travail effectif plus élevé et des horaires atypiques (le soir et le week-end)⁷⁹. Dans ce contexte, il est nécessaire que la CCT instituant une dérogation à l'obligation de saisir le temps de travail prévoie les mesures d'accompagnement (art. 73a al. 4 OLT 1) évoquées au point suivant.

4. Conventions collectives de travail

Les CCT doivent respecter le droit fédéral impératif (art. 358 CO) en matière de protection de la santé au travail et renvoient fréquemment aux art. 328 CO et 6 LTr⁸⁰.

Il arrive souvent qu'une CCT fixe la durée maximale de la semaine de travail pour une branche donnée, de sorte que les entreprises liées par cette CCT doivent se conformer aux maxima à la fois légaux (art. 9 ss LTr) et conventionnels (art. 357 al. 1 CO). A titre d'illustration, on peut citer la CCT des industries horlogère et microtechnique suisses (2017-2021) qui instaure une durée hebdomadaire de 40 heures, tout en réservant les accords d'entreprise prévoyant « une fluctuation de la durée hebdomadaire du travail dans les limites de la loi sur le travail (maximum 45 heures, minimum 30 heures) » sans entraîner de modification du salaire mensuel contractuel, selon les besoins de la production⁸¹.

⁷⁸ Art. 73a al. 1 let. a-c OLT 1.

⁷⁹ BONVIN/CIANFERONI/KEMPENEERS, 5, 21-22, 31-32.

⁸⁰ MEIER/PÄRLI/SEILER, N 218 ; CIRIGLIANO/EGGER, N 265.

⁸¹ Voir les art. 13.1 (Horaire hebdomadaire) et 13.4 (Horaire fluctuant), al. 1 et 6. Pour d'autres exemples de CCT instaurant des horaires flexibles afin de répondre aux besoins de l'entreprise, voir MEIER/PÄRLI/SEILER, N 219.

Les CCT sont aussi susceptibles de contenir des règles spécifiques sur la saisie du temps de travail⁸², par exemple celle selon laquelle le décompte horaire établi par la personne salariée vaut moyen de preuve lorsque la partie employeuse n'a pas satisfait à son devoir d'enregistrement⁸³.

Comme exposé au chiffre précédent, la conclusion d'une CCT est une condition nécessaire à la renonciation de l'enregistrement du temps de travail pour certaines catégories du personnel (art. 73a al. 1 OLT 1). Afin d'accompagner la perte d'un instrument de contrôle important, la CCT doit prévoir des mesures de protection de la santé⁸⁴ qui tiennent compte des risques spécifiques de « charge de travail excessive » dans la branche concernée⁸⁵. En outre, la CCT doit obliger la partie employeuse à « désigner un service interne chargé des questions relatives à la durée du travail » (art. 73 al. 4 let. b OLT 1) et préciser ses compétences⁸⁶. L'évaluation des art. 73a et 73b OLT 1 montre que, pour les individus concernés par les modalités dérogatoires, l'absence de mesures d'accompagnement est « significativement corrélée avec un niveau de stress élevé »⁸⁷.

Notons que les personnes susceptibles d'entrer dans le champ d'application d'une CCT fondée sur l'art. 73a OLT 1 occupent souvent une fonction de cadre supérieur ou de responsable de projet et pratiquent le télétravail sans horaire défini⁸⁸. Le droit de ces personnes de ne pas être atteignables à certains moments de la journée peut aussi faire l'objet d'accords collectifs sur le télétravail⁸⁹, dont il sera question dans le chapitre sur le droit à la déconnexion⁹⁰.

⁸² MEIER/PÄRLI/SEILER, N 217.

⁸³ Voir la CCT pour l'hôtellerie-restauration suisse 2021, art. 21 mentionné *supra* note 75.

⁸⁴ Par ex. information sur les règles relatives à la durée du travail et du repos, sensibilisation du personnel aux risques psychosociaux, formation des cadres, entretien annuel individuel, checklist sous forme de questionnaire ou jours supplémentaires de congé. Voir CIRIGLIANO/EGGER, N 237-242, 259.

⁸⁵ SECO, art. 73a OLT 1 N 173a-4 ; CIRIGLIANO/EGGER, N 35 (une analyse des risques propres à la branche doit être confiée à des spécialistes *avant* l'adoption des mesures. L'efficacité des mesures doit ensuite être régulièrement évaluée).

⁸⁶ Voir CIRIGLIANO/EGGER, N 243-245, 259.

⁸⁷ BONVIN/CIANFERONI/KEMPENEERS, 5, 27, 32.

⁸⁸ Voir SECO, art. 73a OLT 1 N 173a-2.

⁸⁹ Voir CIRIGLIANO/EGGER, N 258.

⁹⁰ *Infra* IV.

III. Droits de participation relatifs aux horaires

A. Loi sur la participation

1. Généralités

Fondée sur l'art. 110 al. 1 let. b. Cst., la Loi fédérale du 17 décembre 1993 sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (LParticipation)⁹¹ s'applique à toutes les entreprises privées occupant de façon durable du personnel en Suisse (art. 1). Il s'agit d'une loi-cadre qui prévoit (art. 9-10) des droits de participation (information, consultation, codécision)⁹² dans divers domaines, dont la santé au travail.

L'art. 10 let. a LParticipation renvoie en effet à l'art. 48 LTr, examiné plus loin⁹³. Lors de l'adoption de cette disposition, le Conseil fédéral a estimé que la participation du personnel en matière de protection de la santé aurait un effet bénéfique sur l'ambiance de travail ainsi qu'au niveau de la prévention des maladies et des accidents professionnels⁹⁴. Au vu de l'évolution des risques pour la santé induite par la numérisation de la société, un récent postulat demande au Conseil fédéral d'étudier la possibilité de renforcer les droits de participation du personnel, notamment lors de la mise en place d'outils de surveillance électronique⁹⁵. Le Conseil fédéral juge préférable de laisser aux partenaires sociaux le soin de concrétiser les droits de participation dans le cadre des CCT⁹⁶ et propose le rejet du postulat⁹⁷.

Les droits de participation peuvent s'exercer *indirectement*, via une ou plusieurs représentations du personnel (par ex. une commission interne pour le personnel administratif, une commission pour les cadres, etc.), élues selon une procédure en deux étapes (décrite aux art. 5-6

⁹¹ RS 822.14.

⁹² Voir notamment WYLER/HEINZER, 1203-1207.

⁹³ *Infra* III.B.

⁹⁴ FF 1994 II 157, 169. Voir aussi KUKO ArG-BLES1, art. 48 LTr N 1.

⁹⁵ Po. 20.3569 Gysi « Participation et droits des travailleurs. Transformation numérique dans le monde du travail ».

⁹⁶ *Infra* III.C.

⁹⁷ Voir aussi mo. 11.3598 Leutenegger Oberholzer « Renforcer les droits de participation des travailleurs », liquidé ; po. 16.4014 Leutenegger Oberholzer « Etablir un rapport sur les droits de participation des travailleurs », liquidé.

LParticipation)⁹⁸. A défaut de représentation, les personnes employées exercent *directement* leurs droits de participation⁹⁹ et l'accord d'une « majorité » d'entre elles est parfois requis par la loi (voir par ex. l'art. 10 al. 2 LTr)¹⁰⁰.

Le processus participatif doit se dérouler selon les règles de la bonne foi¹⁰¹. En particulier, ce principe doit être pris en considération lorsqu'il s'agit de déterminer dans quelle mesure la représentation du personnel est autorisée à accomplir ses missions durant les heures de travail¹⁰², quels moyens doivent être mis à disposition¹⁰³ et à quel moment les droits de participation doivent pouvoir s'exercer¹⁰⁴.

2. Participation via les outils de communication numérique

Selon l'art. 11 al. 2 LParticipation, « l'employeur doit soutenir la représentation des travailleurs dans l'exercice de ses activités. Il met à sa disposition les locaux, les moyens matériels et les services administratifs nécessaires ».

Les moyens matériels incluent la possibilité, pour les membres de la représentation du personnel, d'utiliser le réseau intranet de l'entreprise dans le cadre de leur mandat¹⁰⁵ et de disposer d'une adresse électronique spécifique¹⁰⁶. La mise à disposition d'outils de communication numérique s'avère nécessaire lorsque tout ou partie de l'effectif travaille à domicile. En effet, les télétravailleuses et télétravailleurs doivent pouvoir exercer leurs droits de participation dans la même mesure que s'ils prestaient dans les locaux de l'entité employeuse¹⁰⁷.

La question de savoir si les délégués syndicaux *externes* à l'entreprise peuvent utiliser sa messagerie électronique pour entrer en contact et transmettre des informations aux (télé-)travailleuses et travailleurs est

⁹⁸ Voir notamment DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, N 521, 523-524.

⁹⁹ Voir TF 4A_173/2011 du 31 mai 2011, c. 4.2.

¹⁰⁰ Voir NOVIER 203-206 et *infra* III.B.3.

¹⁰¹ Art. 11 al. 1 LParticipation.

¹⁰² Voir l'art. 13 LParticipation ; WYLER/HEINZER, 1228-1229.

¹⁰³ Voir l'art. 11 al. 2 LParticipation reproduit au chiffre suivant.

¹⁰⁴ Voir ATF 130 III 102, c. 4.3 et *infra* III.A.3.

¹⁰⁵ Art. 8 LParticipation.

¹⁰⁶ WYLER/HEINZER, 1227-1228 ; ORDOLLI, 208-209.

¹⁰⁷ Voir Conseil fédéral, *Télétravail*, 57-58 ; STEIGER-SACKMANN, 310-311 ; PÄRLI/EGGMANN, N 100.

débatte¹⁰⁸. Elle s'analyse au regard de la liberté syndicale¹⁰⁹ et de la jurisprudence fédérale en matière d'accès des syndicats au lieu de travail¹¹⁰. A notre connaissance, les CCT qui concrétisent un tel droit d'accès dans le secteur privé ne règlent pas la question de l'utilisation, par les syndicats, de l'intranet et des adresses électroniques professionnelles¹¹¹. Comme le relève un rapport du Conseil fédéral sur le télétravail, plus le contact direct devient difficile eu égard à l'essor de ce mode d'exécution du travail, plus la communication par voie électronique s'avère nécessaire à l'accomplissement des activités syndicales¹¹².

3. Participation en temps de crise

Comme nous allons le voir dans la section suivante¹¹³, l'art. 48 LTr prévoit le droit des personnes employées (ou de leur représentation au sein de l'entreprise) d'être informées et consultées notamment sur les questions relatives à la santé et à l'aménagement des horaires de travail.

Le principe de bonne foi veut que l'information intervienne « en temps opportun »¹¹⁴ et qu'un délai approprié - ni trop bref ni trop long - soit accordé au personnel pour prendre position sur l'objet de la consultation et élaborer d'éventuelles alternatives. Le caractère approprié du délai s'apprécie à la lumière des circonstances du cas concret¹¹⁵.

Au printemps 2020, la question s'est posée de savoir comment garantir l'exercice des droits de participation lors de la mise en œuvre, dans l'urgence, des mesures de protection de la santé décrétées par les autorités fédérales pour lutter contre la propagation de la pandémie de COVID-19.

¹⁰⁸ Voir ORDOLLI, 222-224.

¹⁰⁹ Voir en particulier les Conventions OIT n° 87/1948 du 9 juillet 1948 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical et n° 98/1949 du 1^{er} juillet 1949 sur le droit d'organisation et de négociation collective ratifiées par la Suisse, ainsi que les art. 11 CEDH et 28 Cst.

¹¹⁰ En particulier l'ATF 144 I 50 (secteur public); TF 6B_1020/2018 du 1^{er} juillet 2019 et TF 6B_758/2011 du 24 septembre 2012 (secteur privé), résumés par DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, N 461.

¹¹¹ Voir les exemples donnés par DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, N 461.

¹¹² Voir Conseil fédéral, *Télétravail*, 57-58. Dans ce sens: STEIGER-SACKMANN, 310-311; PÄRLI/EGGMANN, N 100.

¹¹³ Voir *infra* III.B.

¹¹⁴ Art. 9 al. 1 LParticipation.

¹¹⁵ Voir la jurisprudence fédérale relative à la procédure de consultation selon l'art. 335f CO, notamment les ATF 123 III 176, c. 4 et ATF 130 III 102, c. 4, résumés par DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, N 539.

Parmi ces mesures, on pense notamment à la mise en place du télétravail au niveau de l'entreprise¹¹⁶ ou au réaménagement des horaires afin d'éviter que des membres du personnel ne se retrouvent en même temps sur le lieu de travail sans distance suffisante¹¹⁷. Dans la plupart des cas, il semble que le personnel ait été rapidement informé des mesures décidées par la direction afin de se conformer aux ordonnances fédérales. Dans les entreprises cultivant le dialogue social, les personnes employées ont généralement pu réagir et donner leur opinion sur les nouvelles prescriptions, notamment grâce aux canaux de communication électroniques par lesquels l'information a souvent été diffusée.

La question de l'existence d'un droit à la consultation *en amont* de l'adoption de mesures de protection de la santé ordonnées par les autorités dans une situation de crise sanitaire a fait couler un peu d'encre. Si certains ont considéré que l'urgence à adopter de telles mesures devait l'emporter sur les droits de participation prévus à l'art. 48 LTr¹¹⁸, d'autres ont souligné l'attention particulière qu'il convient d'accorder à ces droits en temps de crise¹¹⁹. En tout état de cause, il est dans l'intérêt de la partie employeuse d'associer le personnel ou sa représentation à la mise en place des plans de protection¹²⁰, par exemple dans le cadre de groupes de travail « corona » mis sur pied *ad hoc* par certaines directions.

B. Loi sur le travail

L'art. 48 LTr, auquel renvoie l'art. 10 let. a LParticipation, prévoit le droit des personnes salariées, ou de leur représentation selon cette loi¹²¹, à être informées et consultées sur les questions relatives à la protection de la santé¹²² ou en lien avec l'organisation du temps de travail et

¹¹⁶ Sur le plan individuel, l'Ordonnance 3 du 19 juin 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (Ordonnance 3 COVID-19 ; RS 818.101.24) prévoit à son art. 27a al. 5 (en vigueur jusqu'au 31 août 2021) un droit des employés vulnérables à être consultés sur les mesures de protection les concernant personnellement.

¹¹⁷ Exemples donnés par DUNAND/WYLER, 13.

¹¹⁸ Voir DUNAND/WYLER, 13.

¹¹⁹ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 8.

¹²⁰ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 97 ; WILDHABER, 173.

¹²¹ Voir *supra* III.A.1.

¹²² Voir l'art. 48 al. 1 let. a LTr et les art. 5 et 6 OLT 3.

l'aménagement des horaires¹²³. Bien que ces thématiques soient liées - une atteinte à la santé pouvant résulter d'horaires inappropriés¹²⁴ - les lignes qui suivent se concentrent sur la participation des personnes salariées lors de la planification et de la modification de ces derniers.

1. Information

La partie employeuse doit veiller à ce que chaque personne¹²⁵ occupée dans son entreprise, y compris à titre temporaire¹²⁶, soit informée de l'organisation du temps de travail et de l'aménagement des horaires¹²⁷. Une attention particulière doit être accordée aux personnes récemment engagées ou de langue étrangère¹²⁸. Selon l'art. 47 al. 1 LTr, la communication a lieu par « affichage ou par tout autre moyen approprié », notamment par voie électronique¹²⁹, durant les heures de travail (art. 70 al. 2 OLT 1).

Selon les règles de la bonne foi¹³⁰, l'introduction de nouveaux horaires doit être annoncée « suffisamment tôt », en général deux semaines à l'avance (art. 69 al. 1 OLT 1). Un tel délai doit permettre à la personne salariée d'organiser sa vie familiale et ses loisirs¹³¹. Il est exceptionnellement possible d'y déroger pour des « raisons impératives »¹³², comme la nécessité de lutter, par des mesures de distanciation sociale, contre la propagation d'un virus¹³³. Cas échéant, « une information rapide, directe et

¹²³ Voir l'art. 48 al. 1 let. b LTr et les art. 69 et 70 OLT 1. Sur les moyens de droit et la procédure en cas de non-respect, voir NOVIER, 222-231 (qui évoque notamment le droit des organisations d'agir en constatation sur la base de l'art. 15 LParticipation et les mesures de contrainte administrative selon l'art. 52 LTr).

¹²⁴ Voir les explications données *supra* II.B.1 en lien avec la protection contre le surmenage (art. 6 al. 2 LTr). Voir aussi NOVIER, 198.

¹²⁵ Voir NOVIER, 206-207, 209 ; KUKO ArG-BLESi, art. 48 LTr N 19 (droit individuel à recevoir directement l'information, même en présence d'une représentation du personnel).

¹²⁶ SECO, art. 70 OLT 1 N 170-1.

¹²⁷ Art. 47 al. 1 let. a, 48 al. 1 let. b LTr, 70 al. 1 OLT 1 ; art. 9 LParticipation.

¹²⁸ SECO, art. 70 OLT 1 N 170-1.

¹²⁹ SECO, art. 47 LTr N 047-1 ; KUKO ArG-BLESi, art. 47 LTr N 10.

¹³⁰ Voir *supra* III.A.3.

¹³¹ SECO, art. 69 OLT 1 N 169-1.

¹³² L'art. 12 LTr énumère les circonstances exceptionnelles dans lesquelles des heures de travail supplémentaire peuvent être ordonnées.

¹³³ Voir *supra* III.A.3.

complète » de la personne concernée demeure « indispensable »¹³⁴. Il y a quelques années, une motion demandant un allongement du délai d'annonce des horaires à quatre semaines afin d'améliorer la conciliation entre obligations familiales et professionnelles a été refusée au motif que les partenaires sociaux demeurent libres de prévoir une telle solution par branche¹³⁵.

Lorsque l'entreprise pratique un système d'horaires flexibles¹³⁶, l'information porte sur les données cadres, notamment les heures limites du matin et du soir¹³⁷. En cas de service de piquet, le délai d'annonce de deux semaines en principe (art. 69 OLT 1) concerne les plages durant lesquelles la personne salariée doit se tenir à disposition et non chaque intervention à l'intérieur de celles-ci¹³⁸.

2. Consultation

Selon l'art. 48 al. 2 LTr, le droit d'être consulté sur l'organisation du temps de travail et l'aménagement des horaires comprend trois aspects : 1) le droit d'être entendu à ce sujet, 2) le droit d'en débattre avant que la partie employeuse ne prenne une décision ainsi que 3) le droit d'obtenir une motivation lorsque l'avis du personnel n'a pas été pris en considération ou ne l'a été que partiellement¹³⁹.

Les dispositions qui concrétisent ce droit de consultation, comme l'art. 69 al. 1 OLT ¹⁴⁰, ou l'art. 10 al. 1 LTr relatif à l'introduction du travail du

¹³⁴ SECO, art. 69 OLT 1 N 169-1. Voir aussi ZEIN, 531 qui mentionne les conditions restrictives auxquelles est soumise une modification à bref délai de l'horaire du service de piquet (art. 14 al. 4 OLT 1).

¹³⁵ Mo. 15.3101 Maire « Annonce des horaires de travail. Relèvement du délai à quatre semaines », liquidé.

¹³⁶ Voir *supra* I.C.

¹³⁷ Parmi d'autres : SECO, art. 47 LTr N 047-1 ; ZEIN, 530 ; KUKO ArG-BLES1, art. 47 LTr N 6.

¹³⁸ ZEIN, 529.

¹³⁹ Pour un examen approfondi de la portée de ces trois composantes : NOVIER, 212-217.

¹⁴⁰ SECO, art. 69 OLT 1 N 169-1 ; KUKO ArG-BLES1, art. 47 LTr N 4 (l'art. 69 OLT 1, qui prévoit l'obligation d'associer le personnel au processus de planification et modification des horaires, y compris ceux nécessitant un permis ou le service de piquet, se fonde en réalité sur l'art. 48 LTr et non sur l'art. 47 LTr).

soir, couvrent ces trois volets du dialogue social, malgré la référence au seul droit d'être entendu¹⁴¹.

Les responsabilités familiales (art. 36 LTr) assumées par le personnel doivent être prises en considération dans le processus de consultation¹⁴².

Là encore, conformément au principe de bonne foi¹⁴³, le personnel (ou sa représentation élue) doit disposer d'un laps de temps suffisant pour prendre connaissance des informations et émettre un avis ou une proposition. Cas échéant, la partie employeuse devra l'étudier avec sérieux puis, si elle s'en écarte, motiver sa décision¹⁴⁴, par écrit ou oralement¹⁴⁵.

3. Codécision

Divers articles de la loi sur le travail subordonnent un changement d'horaire à l'accord d'une majorité des personnes salariées concernées ou de leur représentation élue. Il s'agit en particulier des art. 10 al. 2 (déplacement des limites du travail de jour et du soir), 18 al. 2 (travail dominical), 25 al. 3 (alternance des équipes)¹⁴⁶ et 28 LTr (dérogations)¹⁴⁷, qui confèrent au personnel un « véritable droit de veto »¹⁴⁸. Dans un arrêt du 23 mars 2021, le Tribunal fédéral conclut qu'une demande de dérogation (art. 28 LTr) aux règles soumettant le travail de nuit et dominical à une autorisation (art. 17, 19 LTr) a été refusée à juste titre par le SECO pour divers motifs, dont la non-démonstration par l'employeuse de l'accord d'une majorité des personnes intéressées ou de leur représentation dans l'entreprise¹⁴⁹.

¹⁴¹ Voir SECO, art. 10 LTr N 010-1; NOVIER, 198, 215; KUKO ArG-NORDMANN/LOOSER, art. 10 LTr N 25 avec la référence à un avis contraire.

¹⁴² Voir ZEIN, 529-530 et *supra* II.A.

¹⁴³ *Supra* III.A.3.

¹⁴⁴ Voir WYLER/HEINZER, 1204-1205.

¹⁴⁵ KUKO ArG-BLES, art. 48 LTr N 8.

¹⁴⁶ L'art. 25 al. 3 LTr ne mentionne pas la représentation du personnel si bien que « l'accord des travailleurs concernés » s'avère toujours nécessaire pour prolonger la durée de six semaines consécutives ou supprimer l'alternance des équipes : voir NOVIER, 201.

¹⁴⁷ Pour des explications détaillées, voir NOVIER, 201-203, 218-220 analysant les ATF 139 II 49, c. 6.2 et TF 4A_93/2012 du 21 mai 2012, c. 4.4 au sujet du cercle des personnes devant consentir et de la validité du consentement donné en lien avec l'art. 28 LTr.

¹⁴⁸ NOVIER, 218.

¹⁴⁹ TF 2C_535/2020 du 23 mars 2021, c. 7.3.

Alors que l'art. 73a OLT 1 conditionne la renonciation de l'enregistrement de la durée du travail à la conclusion d'une CCT¹⁵⁰ - ce qui suppose une représentation du personnel externe à l'entreprise¹⁵¹ - l'art. 73b OLT 1 subordonne l'enregistrement simplifié à l'accord des « représentants des travailleurs au sein d'une entreprise ou d'une branche » ou au consentement de la « majorité des travailleurs d'une entreprise ». Ainsi, l'introduction d'un enregistrement simplifié se fait en règle générale par la conclusion d'un accord collectif entre la commission du personnel et la direction de l'entreprise¹⁵². Selon le commentaire du SECO, « un tel accord collectif peut également être négocié et approuvé par un syndicat qui est déjà implanté dans l'entreprise ou qui a signé une CCT »¹⁵³. Par ailleurs, lorsque le personnel n'a pas élu de représentation au sens de la loi sur la participation, il peut désigner un groupe de travail *ad hoc* chargé de négocier cet accord puis de mettre au vote l'avant-projet. L'accord sera considéré approuvé si la majorité des personnes concernées dans l'entreprise y consent. Enfin, dans les entités occupant moins de 50 personnes, « l'employeur peut aussi passer par un accord individuel¹⁵⁴ prévoyant l'enregistrement simplifié de la durée du travail avec chacun des travailleurs concernés »¹⁵⁵.

C. Conventions collectives de travail

Comme déjà exposé, le Conseil fédéral n'est pas favorable à un renforcement des droits de participation via une révision de la loi et juge préférable de laisser aux partenaires sociaux le soin de les concrétiser dans le cadre des CCT¹⁵⁶.

¹⁵⁰ Voir *supra* II.B.4.

¹⁵¹ SECO, art. 73a OLT 1 N 173a-3 (la création de syndicats *ad hoc* dans le seul but de conclure des CCT fondées sur l'art. 73a OLT 1 n'est pas admissible).

¹⁵² SECO, art. 73b OLT 1 N 173b-1.

¹⁵³ SECO, art. 73b OLT 1 N 173b-1.

¹⁵⁴ Pour des exemples d'autres dispositions exigeant un accord individuel : NOVIER, 202.

¹⁵⁵ SECO, art. 73b OLT 1 N 173b-1 et 173b-2.

¹⁵⁶ *Supra* III.A.1.

1. Règlement de participation CCT *in globo*

A titre d'illustration¹⁵⁷, on peut mentionner le Règlement de participation adopté dans le cadre de la CCT *in globo* 2020-2023¹⁵⁸. Le texte prévoit de façon détaillée la procédure d'élection des délégations du personnel internes aux entités liées par la CCT et indique que les droits et obligations de la représentation font l'objet d'un accord d'entreprise¹⁵⁹. A certains égards, le Règlement étend les droits de participation prévus par la loi, notamment lorsqu'il prévoit, pour tous les domaines de participation (et non pas seulement ceux visés à l'art. 48 LTr), que le droit de consultation comprend le droit à la communication d'une décision motivée¹⁶⁰ lorsque la position exprimée par la délégation du personnel n'a pas été suivie¹⁶¹. D'autres dispositions ne vont pas au-delà de ce qui est prévu dans la loi mais contribuent à faire connaître son contenu¹⁶². Un tableau récapitule par exemple le niveau de participation accordé selon les différents thèmes (droit à la consultation sur les modèles de temps de travail, la planification des horaires et vacances, la réglementation des pauses, etc.)¹⁶³.

2. Règlement de participation CCT *Swisscom*

Un tableau récapitulatif figure également dans le Règlement sur la participation annexé à la CCT *Swisscom* 2018¹⁶⁴. A l'instar du Règlement de participation *in globo*¹⁶⁵, ce texte mentionne, en sus du droit à l'information, à la consultation et à la codécision, un quatrième degré de participation intitulé « autogestion »¹⁶⁶, à savoir le droit de la représentation du personnel de gérer de façon autonome son organisation et ses finances¹⁶⁷. En outre, le tableau distingue plusieurs niveaux de participation, selon que le dialogue a lieu avec une représentation du personnel à

¹⁵⁷ Citée par CIRIGLIANO/EGGER, N 219.

¹⁵⁸ Voir l'art. 6 (Délégations du personnel) de la CCT *in globo* qui renvoie à son Annexe 2.

¹⁵⁹ Art. 4-9 Règlement de participation *in globo*.

¹⁶⁰ Voir l'art. 48 al. 2 LTr et *supra* III.B.2.

¹⁶¹ Art. 9.2 Règlement de participation *in globo*.

¹⁶² Voir CIRIGLIANO/EGGER, N 219.

¹⁶³ Art. 10 Règlement de participation *in globo*.

¹⁶⁴ Voir la fin de l'appendice 3, auquel renvoie l'art. 3.5.1 de la CCT *Swisscom*. Exemple donné par MEIER/PÄRLI/SEILER, N 270.

¹⁶⁵ Art. 10 Règlement de participation *in globo* (information, consultation, codécision, autonomie administrative).

¹⁶⁶ Art. 3 Appendice 3 *Swisscom*.

¹⁶⁷ Voir l'art. 11 et 13 LParticipation ainsi que *supra* III.A.2 (participation via les outils numériques).

l'interne ou avec une association syndicale contractante. Toutes deux ont le droit d'être consultées lors de l'élaboration des règles sur le travail mobile, par exemple, et une décision contraire à leurs avis devra être justifiée¹⁶⁸.

IV. Dialogue social sur le droit à la déconnexion

La question du droit à la déconnexion (sous-catégorie du droit à la non-joignabilité durant le temps libre) se pose avant tout dans les professions pouvant être exercées via des outils numériques¹⁶⁹. Dans l'Union européenne comme en Suisse, l'importance du partenariat social pour la mise en œuvre concrète de ce droit semble incontestée.

A. Au niveau de l'Union européenne : vers une nouvelle directive ?

Dans une résolution du 21 janvier 2021, le Parlement européen a demandé à la Commission européenne de compléter le cadre législatif existant¹⁷⁰ par une directive prévoyant explicitement un droit à la déconnexion et fixant des exigences minimales en la matière¹⁷¹. Le projet de directive figurant en annexe à la résolution définit la « déconnexion » comme « le fait de ne pas se livrer à des activités ou à des communications liées au travail au moyen d'outils numériques, directement ou

¹⁶⁸ Art. 3 et 9 Appendice 3 *Swisscom*.

¹⁶⁹ Sur le « droit à l'indisponibilité » du personnel domestique et le « droit à la déconnexion » des télétravailleuses et télétravailleurs, voir LEMPEN/MAJOR, 100-102, 109-116.

¹⁷⁰ Notamment les Directives 89/391/CEE du 12 juin 1989 (sécurité et santé au travail), 2003/88/CE du 4 novembre 2003 (aménagement du temps de travail), 2019/1152 du 20 juin 2019 (conditions de travail transparentes et prévisibles), 2019/1158 du 20 juin 2019 (équilibre entre vie professionnelle et vie privée).

¹⁷¹ Résolution du Parlement européen du 21 janvier 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le droit à la déconnexion, 2019/2181 (INL).

indirectement, en dehors du temps de travail¹⁷² »¹⁷³. Selon le projet, les Etats membres veillent à ce que l'exercice du droit à la déconnexion n'entraîne aucune conséquence négative¹⁷⁴.

Un aspect important du droit à la déconnexion tel qu'envisagé par le Parlement européen réside dans l'obligation, pour les Etats membres, de veiller à ce que ses modalités d'application soient négociées avec les partenaires sociaux et puissent être concrétisées dans des CCT ou des accords d'entreprises¹⁷⁵.

Au printemps 2021, la Confédération européenne des syndicats (CES) s'est également prononcée en faveur d'une directive européenne sur le droit à la déconnexion qui associe pleinement les partenaires sociaux à sa mise en œuvre. Selon la CES, « les modalités établies unilatéralement par l'employeur ou basées sur des accords individuels avec les travailleurs concernés devaient être interdites »¹⁷⁶. La directive devrait s'appliquer à l'ensemble des travailleuses et travailleurs, quel que soit leur statut, et inclure spécifiquement les cadres, de façon à éviter que des dérogations ne soient prévues pour ce groupe. La prise de position souligne la nécessité de concevoir le droit à la déconnexion en prenant en considération non seulement la durée du travail mais aussi le volume des tâches à accomplir (*workload*) et les effectifs alloués, qui doivent être régulièrement évalués¹⁷⁷.

En effet, l'introduction d'un droit à la déconnexion doit s'accompagner d'une action sur les facteurs susceptibles d'en empêcher l'exercice effectif, notamment une charge de travail trop élevée ou une culture d'entreprise encourageant les longues journées de travail et la disponibilité permanente¹⁷⁸.

¹⁷² Au sens de la Directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003, art. 2. Voir notamment CJUE, *RJ contre Stadt Offenbach am Main*, aff. C-580/19, 9 mars 2021 et CJUE, *DJ contre Radiotelevizija Slovenija*, aff. C-344/19, 9 mars 2021 (période de garde sous régime d'astreinte).

¹⁷³ Art. 2 al. 1 du projet annexé.

¹⁷⁴ Art. 5 du projet annexé.

¹⁷⁵ Art. 4 du projet annexé et para. 21, 23 et 24 du préambule au projet.

¹⁷⁶ Position de la CES sur le droit à la déconnexion, 23 mars 2021, 8.

¹⁷⁷ Position de la CES sur le droit à la déconnexion, 23 mars 2021, 6 (avec un renvoi au chapitre 2 de l'Accord-cadre sur la numérisation conclu au niveau européen par les partenaires sociaux en juin 2020).

¹⁷⁸ VARGAS-LLAVE/WEBER/AVOGARO, 62-63.

B. Dans les Etats membres de l'Union européenne

Les Etats membres de l'Union européenne n'ont pas attendu la résolution susmentionnée du Parlement européen pour traiter du droit à la déconnexion en lien avec les nouvelles formes de travail mobile¹⁷⁹. Alors que certains privilégient une approche fondée uniquement sur l'action des partenaires sociaux au niveau de la branche ou de l'entreprise, d'autres - comme la France, la Belgique, l'Espagne ou l'Italie - ont ancré dans la loi le droit à la négociation collective sur les questions liées à la déconnexion¹⁸⁰.

L'exemple français est le plus souvent cité. Depuis plusieurs années, dans le cadre du processus annuel de négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail, le Code du travail français oblige les entreprises occupant plus de 50 personnes à régler :

« Les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. A défaut d'accord, l'employeur élabore une charte, après avis du comité social et économique ». La charte devra prévoir des « actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques » pour l'ensemble du personnel¹⁸¹.

Les accords conclus au niveau des entreprises concrétisent le droit à la déconnexion de façon plus ou moins incisive. Les mesures les plus radicales consistent à mettre hors service les serveurs de l'entreprise ou à bloquer l'entrée des courriels à partir d'une certaine heure. Parmi les mesures plus « *soft* », on rencontre les fenêtres surgissantes (« *pop-up* ») indiquant au personnel ou à la clientèle qu'il n'y a aucune obligation de traiter les courriels en dehors des heures de bureau. Alors que la première

¹⁷⁹ Pour un exposé de la situation au sein des 27 Etats membres, voir VARGAS-LLAVE/WEBER/AVOGARO, 18-55.

¹⁸⁰ La législation adoptée par ces quatre pays et sa mise en œuvre est présentée par VARGAS-LLAVE/WEBER/AVOGARO, 41-55.

¹⁸¹ Voir l'art. 2242-17 al. 7 du Code du travail français dans sa version modifiée par la loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019.

approche garantit un véritable « droit d'être déconnecté », la seconde présuppose que l'individu concerné fasse usage de son « droit de ne pas se connecter » et s'accompagne souvent d'une sensibilisation à l'importance de maintenir un équilibre entre vie professionnelle et vie privée¹⁸².

Par rapport au droit « d'être déconnecté », le droit (respectivement le devoir) « de se déconnecter » offre plus de flexibilité dans l'exécution du travail, ce qui peut être dans l'intérêt aussi bien de la partie employeuse que de la personne salariée. L'inconvénient de cette seconde approche est qu'elle présuppose une démarche individuelle de déconnexion, que la personne employée pourra être réticente à effectuer si son geste pourrait être interprété comme un manque d'ambition ou entraîner d'autres conséquences négatives¹⁸³.

Ainsi, la mise en œuvre du droit à la déconnexion ne se limite pas à prévoir les instruments permettant son opérationnalisation sur le plan technique (par ex. un logiciel) mais nécessite aussi, comme mentionné au chiffre précédent, une réflexion sur les causes des excès de connexion, notamment la charge de travail, la culture d'entreprise et le comportement du personnel d'encadrement¹⁸⁴.

C. En Suisse : motions sur le droit à la déconnexion

Au cours des dernières années, plusieurs motions au Parlement fédéral ont demandé l'inscription explicite dans la loi d'un droit à ne pas être atteignable pendant le temps libre. En particulier, à la suite de la liquidation de la motion 17.3201 Mazzone « Déconnexion en dehors des heures de travail. Préciser le cadre légal pour accompagner l'évolution technologique du travail », les motions 19.4156 Reynard¹⁸⁵ et 21.3139 Gysin¹⁸⁶ demandent qu'un droit à la déconnexion (ou plus généralement le droit de

¹⁸² VARGAS-LLAVE/WEBER/AVOGARO, 46 (voir aussi 47-52 pour des exemples de mesures concrètes opérationnalisant le droit à la déconnexion en France, Belgique, Espagne ou Italie).

¹⁸³ VARGAS-LLAVE/WEBER/AVOGARO, 64.

¹⁸⁴ VARGAS-LLAVE/WEBER/AVOGARO, 46.

¹⁸⁵ « Outils numériques. Droit à la déconnexion ». Objet repris par Humi le 3 juin 2021.

¹⁸⁶ « Protection de la santé. Inscrire dans la législation le droit des travailleurs de ne pas être atteignables pendant le temps libre ».

ne pas être atteignable durant le temps libre) soit introduit dans le Code des obligations (respectivement dans la loi sur le travail).

Dans ses réponses à ces trois motions, le Conseil fédéral considère qu'il n'est pas nécessaire d'inscrire dans la loi un tel droit car celui-ci se déduit des règles en vigueur sur le temps de travail (art. 13 al. 1 OLT 1)¹⁸⁷. « Pendant son temps de travail, le travailleur doit être à disposition de l'employeur, le cas échéant en étant joignable »¹⁸⁸. En revanche, « pendant le temps de repos, l'employeur n'a pas de droit à pouvoir atteindre les travailleurs et ceux-ci ont le droit de ne pas être joignables »¹⁸⁹. Selon le Conseil fédéral :

« Pour protéger la santé des travailleurs, en particulier sous l'angle des risques psychosociaux, il est important de définir les laps de temps pendant lesquels le travail doit être fourni et d'autres pendant lesquels il n'a pas à l'être. L'aménagement concret de ce principe varie d'une entreprise à l'autre et peut être établi avec des directives internes, par des clauses du contrat de travail ou par des accords avec la représentation interne des travailleurs ou encore [...] par des conventions conclues collectivement entre les associations d'employeurs et de travailleurs »¹⁹⁰.

Il peut s'agir d'une CCT fondée sur l'art. 73a OLT 1 en lien avec la renonciation à l'enregistrement du temps de travail¹⁹¹ ou d'une CCT réglant de façon générale la durée du travail ou les modalités du télétravail dans une branche ou une entreprise donnée¹⁹².

¹⁸⁷ « Est considéré comme temps de travail le temps pendant lequel le travailleur se tient à la disposition de l'employeur, indistinctement de l'endroit où il se trouve » (SECO, art. 13 OLT 1 N 113-1). Sur cette notion et la qualification des « périodes de disponibilité », voir LEMPEN/MAJOR, 88-92 avec les références.

¹⁸⁸ Avis du Conseil fédéral du 20 novembre 2019 relatif à la motion 19.4156 Reynard (Hurni).

¹⁸⁹ Avis du Conseil fédéral du 26 mai 2021 relatif à la motion 21.3139 Gysin.

¹⁹⁰ Avis du Conseil fédéral du 26 mai 2021 relatif à la motion 21.3139 Gysin.

¹⁹¹ Avis du Conseil fédéral du 17 mai 2017 relatif à la motion 17.3201 Mazzone. Au sujet des CCT fondées sur l'art. 73a OLT 1, voir *supra* II.B.4. Voir aussi SECO, art. 73b OLT 1 N 173b-2 (auquel renvoient MEIER/PÄRLI/SEILER, N 249), qui mentionne le « blocage du courrier électronique pendant la nuit ou le dimanche » comme une mesure susceptible de figurer dans un accord sur l'enregistrement simplifié de la durée du travail au sens de l'art. 73b al. 2 let. b OLT 1 (voir *supra* III.B.3)

¹⁹² Voir *supra* II.B.4.

Les CCT CFF et *Swisscom* sont citées à titre d'exemple¹⁹³. Eu égard à la durée du travail, toutes deux précisent que l'entité employeuse respecte le droit du personnel de ne pas être joignable en dehors des heures de travail¹⁹⁴. Dans une disposition relative au « *Home Office* », la CCT *Swisscom* souligne que les personnes œuvrant à domicile sont soumises aux mêmes règles que les autres « en matière de temps de travail, de saisie du temps de travail, de joignabilité et de respect des règles de sécurité » lors de l'utilisation des TIC. La CCT renvoie au règlement sur le travail mobile¹⁹⁵.

Une motion 21.3686 Jositsch déposée le 10 juin 2021 mentionne également la question de la (non-)joignabilité comme un des points devant être réglés lors de la mise en place du travail à domicile¹⁹⁶. Le motionnaire demande notamment l'introduction d'un nouvel article du Code des obligations obligeant les parties au contrat de travail à conclure par écrit un accord individuel fixant les modalités de la mise en œuvre du télétravail et précisant en particulier son étendue, les règles sur la joignabilité, la méthode d'enregistrement du temps de travail, cas échéant, et la prise en charge des frais¹⁹⁷. Au moment où ces lignes sont écrites, le Conseil fédéral n'a pas encore formulé d'avis sur cette motion.

Rappelons que la résolution susmentionnée du Parlement européen sur le droit à la déconnexion souligne la nécessité d'une concrétisation via des accords collectifs conclus au niveau de l'entreprise ou de la branche. Nous avons vu que la CES se montre très critique par rapport à la possibilité de régler la joignabilité uniquement dans le cadre d'une convention entre parties au contrat individuel de travail et préconise même d'interdire de tels accords individuels¹⁹⁸. En tout état de cause, dans la mesure où le droit à la déconnexion touche « l'organisation du temps de travail et

¹⁹³ Notamment en appui à la motion 21.3139 Gysin.

¹⁹⁴ CCT CFF 2019, art. 6 al. 3 ; CCT *Swisscom* 2018, art. 2.2.1.

¹⁹⁵ CCT *Swisscom* 2018, art. 2.3.4.

¹⁹⁶ « Travail à domicile. Créer les bases légales nécessaires ». Voir aussi le po. 20.3529 Reynard (Bendahan) « Télétravail. Opportunités et protection des salariés et salariées » qui souhaite examiner l'opportunité de créer un « contrat de télétravail » prévoyant notamment un « droit à la déconnexion ».

¹⁹⁷ La mo. 21.3686 Jositsch demande en outre une révision de la loi sur le travail de façon à l'adapter aux spécificités du travail à domicile. Voir aussi l'iv.pa. 16.484 Burkart « Assouplir les conditions encadrant le télétravail ».

¹⁹⁸ *Supra* IV.A.

l'aménagement des horaires de travail » au sens de l'art. 48 al. 1 let. b LTr, sa mise en œuvre dans les entreprises soumises à cette loi et dotées d'une représentation élue du personnel nécessitera un dialogue collectif, dans le respect des droits de participation présentés plus haut¹⁹⁹.

V. Conclusion

Que les horaires de travail soient réglés au niveau contractuel ou fassent l'objet de directives, leur aménagement doit répondre aux exigences de la bonne foi (art. 2 CC) et respecter les droits de la personnalité (art. 328 CO)²⁰⁰.

La présente contribution a souligné le rôle central des CCT dans la mise en place d'horaires de travail respectueux de la santé et de la vie familiale à l'époque de l'industrie 4.0.

De plus en plus souvent, les CCT prévoient des modèles d'horaires flexibles, grâce auxquels la personne salariée exerce une certaine maîtrise sur son temps de travail et peut s'organiser en fonction des besoins liés à la prise en charge de proches²⁰¹. Eu égard à l'importance de la saisie du temps de travail pour prévenir les situations de surmenage, certaines CCT favorisent le respect du devoir d'enregistrement (art. 46 LTr) en indiquant que le décompte horaire établi par la personne salariée vaut moyen de preuve lorsque la partie employeuse n'a pas satisfait à son obligation²⁰². Une renonciation à l'enregistrement du temps de travail (art. 73a OLT 1) présuppose la conclusion d'une CCT prévoyant des mesures de protection de la santé adaptées aux risques spécifiques de surcharge dans la branche concernée²⁰³. Une mesure consiste à déterminer avec précision les plages horaires à l'extérieur desquelles la personne salariée a le droit de ne pas être atteignable. Diverses CCT prévoient

¹⁹⁹ Partie III.

²⁰⁰ Voir *supra* I.C.

²⁰¹ Voir *supra* II.A (importance de l'adaptabilité et de la prévisibilité des horaires pour l'équilibre entre vie professionnelle et vie familiale ; nécessité d'un accord des parties au contrat de travail pour pouvoir modifier, en cas de temps partiel régulier, le jour hebdomadaire consacré aux proches).

²⁰² Voir *supra* II.B.3 (moyens de preuve en cas de violation du devoir d'enregistrement) et II.B.4.

²⁰³ Voir *supra* II.B.4.

explicitement un tel droit à la non-joignabilité, notamment en lien avec la mise en place du télétravail²⁰⁴.

Les débats relatifs à une nouvelle directive de l'Union européenne sur le droit à la déconnexion ne laissent planer aucun doute quant au fait que ses modalités pratiques devront être négociées entre partenaires sociaux²⁰⁵. Quelques Etats membres ont déjà inscrit dans leur législation l'obligation de conclure des accords collectifs sur les questions liées à la déconnexion, notamment le « droit d'être déconnecté » versus le « droit de se déconnecter » et les mesures permettant d'agir sur les facteurs susceptibles d'entraver l'exercice de ce droit (*workload*, culture d'entreprise)²⁰⁶.

Le dialogue social relatif aux horaires de travail peut être mené à différents niveaux, avec une association syndicale signataire d'une CCT ou avec une représentation du personnel élue à l'interne de l'entreprise selon la loi sur la participation. Il arrive que les CCT précisent les modalités d'élection de la représentation du personnel et les moyens nécessaires à l'accomplissement de son mandat²⁰⁷. La mise à disposition d'outils de communication numériques devient indispensable lorsque tout ou partie de l'effectif travaille à domicile²⁰⁸. Elle s'avère particulièrement utile en temps de crise, lorsque les droits de participation doivent s'exercer dans l'urgence²⁰⁹.

La loi sur le travail prévoit que le personnel (ou sa représentation dans l'entreprise) a le droit d'être informé et consulté sur toutes les questions touchant à l'organisation du temps de travail et à l'aménagement des horaires (art. 48 LTr)²¹⁰. Dans certains cas, un droit à la codécision est même garanti. Par exemple, dans les entreprises d'une certaine taille, une simplification de l'enregistrement du temps de travail (art. 73b OLT 1) requiert la conclusion d'un accord avec la représentation élue ou, à défaut, avec une majorité des personnes salariées concernées. L'accord doit

²⁰⁴ Voir *supra* IV.C.

²⁰⁵ Voir *supra* IV.A.

²⁰⁶ Voir *supra* IV.B.

²⁰⁷ Voir *supra* III.C.

²⁰⁸ Voir *supra* III.A.2 (exercice de l'activité syndicale par voie électronique).

²⁰⁹ Voir *supra* III.A.3 (droits de participation durant la crise sanitaire liée à la pandémie de COVID-19).

²¹⁰ Voir *supra* III.B.

prévoir des mesures d'accompagnement propres à assurer le respect des normes relatives à la durée du travail et du repos²¹¹. L'assouplissement des exigences posées par la LTr en matière de documentation (art. 46 LTr) est ainsi subordonné à un renforcement des droits de participation.

De même, le projet de modification de l'OLT 2 autorisant les entreprises de services (dans les domaines du conseil, de l'audit et de la fiducie) à ne pas appliquer les dispositions sur la durée maximale hebdomadaire du travail (art. 9 ss LTr) conditionne cette possibilité à l'adoption de mesures de protection de la santé élaborées avec la participation du personnel ou de sa représentation²¹². A l'heure actuelle, le sort de ce projet est encore incertain. Le fait qu'il ait été élaboré en collaboration avec les partenaires sociaux améliore sans doute ses chances de succès.

Bibliographie

BLESI ALFRED, ad art. 47-48 ArG, in : Blesi/Pietruszak/Wildhaber (édit.), *Kurzkommentar ArG*, Bâle 2018 (cité : KUKO ArG-BLESI).

BONVIN JEAN-MICHEL/CIANFERONI NICOLA/KEMPENEERS PIERRE, *Évaluation des effets des modifications aux règles concernant l'enregistrement du temps de travail* (art. 73a et 73b OLT 1) entrées en vigueur le 1.1.2016, *Etude mandatée par le Secrétariat d'Etat à l'économie SECO*, Université de Genève 2019.

BRUCHEZ CHRISTIAN/MANGOLD PATRICK/SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, *Commentaire du contrat de travail*, 4^e éd., Lausanne 2019.

CIRIGLIANO LUCA/EGGER CORINNE, *Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz als Teil des kollektiven Arbeitsrechts*, in : *Jusletter* du 3 septembre 2018.

Conseil fédéral, *Conséquences de la numérisation sur l'emploi et les conditions de travail : opportunités et risques*, *Rapport en réponse aux postulats* 15.3854 Reynard et 17.3222 Derder, Berne 2017 (cité : *Numérisation*).

²¹¹ Voir *supra* II.B.4 (renonciation à l'enregistrement) et III.B.3 (enregistrement simplifié).

²¹² Voir *supra* II.B.2.

Conseil fédéral, Conséquences juridiques du télétravail, Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 12.3166 Meier-Schatz, Berne 2016 (cité : Télétravail).

DELLEY RÉGINE, Le *topsharing* : un moyen pour briser le plafond de verre ?, in : Dunand/Lempen/Mahon (édit.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail. 1996-2016 : 20 d'application de la LEg, Genève/Zurich/Bâle 2016, 305-316.

DUNAND JEAN-PHILIPPE, ad art. 319, 321d CO, in : Dunand/Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013 (cité : CS CIT-DUNAND).

DUNAND JEAN-PHILIPPE/LEMPEN KARINE/PERDAEMS ELSA, Droit du travail, Bâle 2020.

DUNAND JEAN-PHILIPPE/WYLER RÉMY, Quelques implications du coronavirus en droit suisse du travail, in : Newsletter DroitDuTravail.ch du 9 avril 2020.

GEISER THOMAS, Rechtsprobleme in Zusammenhang mit der Flexibilisierung der Arbeit, in : PJA 9/1998, 1019-1032.

GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND/PÄRLI KURT, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, in : Jusletter du 23 mars 2020.

HENSCH ANGELA, ad art. 36 ArG, in : Blesi/Pietruszak/Wildhaber (édit.), Kurzkomentar ArG, Bâle 2018 (cité : KUKO ArG-HENSCH).

LEMPEN KARINE/MAJOR MARIE, Les normes de l'OIT et les discours sur le temps de travail en Suisse. Vers un contrôle accru des personnes salariées sur le temps ?, in : Dagron/Dupont/Lempen (édit.), L'OIT et le droit social en Suisse : 100 ans et après ?, Genève/Lausanne 2019, 81-135.

LEMPEN KARINE/SALEM RACHEL, Travail domestique en Suisse. Défis liés à la réglementation d'un emploi atypique, in : DTA 2/2017, 79-91.

MEIER ANNE/PÄRLI KURT/SEILER ZOÉ, Le futur du dialogue social et du tripartisme dans le contexte de la digitalisation de l'économie, Etude établie sur mandat de la Commission nationale tripartite pour les affaires de l'OIT, Genève/Berne/Bâle 2018.

MICHEL JEAN-TRISTAN, Les cadres supérieurs en droit du travail suisse : en particulier au sein de la société anonyme, thèse Lausanne, Lausanne 2016.

NORDMANN PHILIPPE/LOOSER FABIAN, ad art. 10 ArG, in : Blesi/Pietruszak/Wildhaber (édit.), Kurzkomentar ArG, Bâle 2018 (cité : KUKO ArG-NORDMANN/LOOSER).

NÖTZLI HARRY, ad art. 6 ArG, in : Blesi/Pietruszak/Wildhaber (édit.), Kurzkomentar ArG, Bâle 2018 (cité : KUKO ArG-NÖTZLI).

NOVIER MERCEDES, La participation des travailleurs dans la santé au travail, in : Wyler (édit.), Panorama III en droit du travail, Berne 2017, 181-239.

Office fédéral de la statistique, Enquête suisse sur la population active (ESPA). Organisation du travail et aménagement du temps de travail en Suisse et en comparaison européenne 2019, Neuchâtel 2021.

ORDOLLI GENEVIÈVE, Utilisation d'Internet et de l'intranet par les syndicats et les représentants élus des travailleurs, in : Dunand/Mahon (édit.), Internet au travail, Genève 2014, 205-225.

Organisation internationale du Travail (OIT), Travailler pour bâtir un avenir meilleur, Rapport de la Commission mondiale sur l'avenir du travail, Genève 2019.

PÄRLI KURT, Eltern im Arbeitsverhältnis : Was (wie) geregelt ist (und was nicht), in : FamPra.ch 4/2016, 933-956 (cité : Eltern).

PÄRLI KURT, Impacts of Digitalisation on Employment Relationships and the Need for more Democracy at Work, in : Industrial Law Journal (2021), 1-25 (cité : Digitalisation).

PÄRLI KURT/EGGMANN JONAS, Ausgewählte Rechtsfragen des Homeoffice, in : Jusletter du 22 février 2021.

PERRENOUD STÉPHANIE, Durées du travail et discrimination, in : PJA 5/2017, 657-682.

PORTMANN WOLFGANG/RUDOLPH ROGER, ad art. 321, 321c CO, in : Widmer Lüchinger/Oser (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7^e éd., Bâle 2020 (cité : BSK-PORTMANN/RUDOLPH).

PORTMANN WOLFGANG/WILDHABER ISABELLE, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4^e éd., Zurich/Saint-Gall 2020.

SCHEIDEGGER HANS-ULRICH/PITTELOUD CHRISTINE, ad art. 6 LTr, in : Geiser/von Kaenel/Wyler (édit.), Loi sur le travail, Berne 2005 (cité : CS LTr-SCHIEDEGGER/PITTELOUD).

SCHWITER KARIN/STEINER JENNIFER/VILLALBA ANAHI/LUSTENBERGER ANDREAS, *Live-in-Betreuerinnen in Schweizer Privathaushalten*, in : Terra cognita 37/2021, 56-58.

SECO-Direction du travail, Commentaire de la loi sur le travail et des ordonnances 1 et 2, Berne 2021.

STAEHELIN ADRIAN, Der Arbeitsvertrag. Art. 319-330a OR, Zürcher Kommentar, vol. V/2c, Zurich 2006 (cité : ZK-STAEHELIN).

STEIGER-SACKMANN SABINE, Arbeitsrechtlicher Reformbedarf für Homeoffice-Arbeit, in : DTA 4/2020, 300-315.

VARGAS-LLAVE OSCAR/WEBER TINA/AVOGARO MATTEO, Right to disconnect in the 27 EU Member States, Eurofound 2020.

VISCHER FRANK, ad art. 38 LTr, in : Geiser/von Kaenel/Wyler (édit.), Loi sur le travail, Berne 2005 (cité : CS LTr-VISCHER).

VON KAENEL ADRIAN, Die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers, in : DTA 1/2009, 1-9.

WILDHABER ISABELLE, Das Arbeitsrecht in Pandemiezeiten, in : RDS numéro spécial (2020), 157-179.

WITZIG AURÉLIEN, Droit du travail, Genève 2018.

WITZIG AURÉLIEN, La modification du rapport de travail, Genève 2014 (cité : Modification).

WYLER RÉMY, ad art. 36 LTr, in : Geiser/von Kaenel/Wyler (édit.), Loi sur le travail, Berne 2005 (cité : CS LTr-WYLER).

WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, 4^e éd., Berne 2019.

ZEIN BASSEM, Aménager la durée du travail, in : PJA 4/2017, 524-538.