



SECO_PAVV

Transmission par email

- **aux offices cantonaux du travail**
- **aux responsables cantonaux de la LSE**

Référence:/dossier: Rechtsgr/Weisungen_Arbeitszeitregelung und Lohnzahlungspflicht_2019_f
Spécialiste:
Berne, 19 décembre 2019

Règlement de l'horaire de travail dans le contrat de travail et obligation du bailleur de services de payer le salaire qui lui est liée

Directive 2019/1; précision sur les directives et commentaires relatifs à la LSE

Madame, Monsieur,

Par le passé, nous avons été confrontés de manière répétée à des cas où, contrairement aux prescriptions de l'art. 19, al. 2, let. d de la loi sur le service de l'emploi¹ (LSE), l'horaire de travail n'avait pas été correctement convenu, respectivement où les travailleurs n'avaient pas été payés correctement sur la base de l'horaire de travail. D'une part, il y a eu des cas où il n'y avait absolument aucun horaire de travail convenu dans le contrat de travail et où la tâche consistant à aménager l'horaire de travail journalier était entièrement laissée aux soins de l'entreprise de mission. Mais, d'autre part, il y a eu aussi des cas où une durée de travail hebdomadaire ou journalière avait certes été convenue sur le papier, mais où, dans la réalité, les travailleurs étaient soumis à de très fortes fluctuations dans les heures de travail journalier: en fonction du volume de travail, et après avoir accompli très peu d'heures de travail, ils étaient souvent déjà renvoyés à leur domicile. Cela a eu pour effet que des travailleurs ont soudain gagné beaucoup moins que le montant du salaire auquel ils s'étaient attendus. Or justement

¹ Loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services, loi sur le service de l'emploi, LSE, RS 823.11

pour des travailleurs à bas salaire, et qui ont de surcroît des obligations familiales, de telles fluctuations de salaire et de telles pertes de revenu ne sont guère supportables financièrement.

Conformément aux dispositions du Code des obligations² (CO), c'est l'employeur et, partant, le bailleur de services, qui doit assumer l'obligation de payer le salaire en cas de demeure de l'employeur (ci-après, risque salarial). Selon l'art. 324, al. 1 CO, le bailleur de services est toujours tenu de payer un salaire si le travailleur a offert sa prestation de travail et que l'employeur, resp. l'entreprise locataire de services, ne peut toutefois pas l'employer. Cette règle s'applique en particulier aux cas de pannes d'exploitation, comme p. ex. lors de défaillances dues à des machines ou ordinateurs défectueux, lors de retards de livraison dans la chaîne de fabrication, ou encore en cas d'interruptions de travail dues à de mauvaises conditions météorologiques. Toutefois, lors de mauvaises conditions météorologiques, cette règle ne s'applique pas aux interventions qui ont été conclues spécialement pour une situation météorologique déterminée (p. ex. interventions pour procéder à l'évacuation de la neige). Dans de tels cas, il est autorisé de faire dépendre une intervention info@plusinterim.ch de l'existence d'une situation météorologique déterminée.

Dérogent à cette obligation générale de payer le salaire, impartie au bailleur de services, les cas où le travailleur est tenu de répondre du travail non effectué parce qu'il n'a absolument pas offert sa prestation de travail. Dans de tels cas, il ne faut pas verser de salaire selon les dispositions du contrat de travail au travailleur concerné.

En particulier, il est interdit d'imputer au travailleur des omissions ou négligences dans la planification des procédures de travail dues à l'employeur, respectivement en cas de location de services au client. L'obligation consistant à garantir que les pannes d'exploitation seront rapidement éliminées et à faire en sorte qu'il n'y ait aucune interruption ou seulement de brèves interruptions dans la chaîne de production, ou encore que les livraisons requises soient effectuées dans les délais impartis est une obligation qui incombe à l'employeur ou, en cas de location de services, à l'entreprise de mission. Il est interdit de répercuter sur le travailleur les conséquences de telles interruptions de travail. Cette interdiction s'applique également en cas de location de services. À l'inverse, les bailleurs de services qui ne sont pas soumis à la CCT étendue de la branche du travail temporaire bénéficient des avantages résultant des brefs délais de résiliation en cas de travail temporaire, mais aussi des avantages de l'absence d'assujettissement à l'obligation selon la LPP pour des missions d'une durée maximale de trois mois. En outre, il peut arriver que les bailleurs de services bénéficient également d'allègements s'agissant de leur obligation de payer le salaire en cas de maladie, lorsqu'il s'agit de missions d'une durée inférieure à trois mois.

Par la présente directive, nous expliquons comment les horaires de travail peuvent être réglementés dans le contrat de travail, resp. dans le contrat de mission en vertu de l'art. 19, al. 2, let. d LSE. Nous montrons également comment, sur la base de ces dispositions, le paiement du salaire doit être effectué, en règle générale.

² Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse, Code des obligations (CO), RS 220

Réglementation des horaires de travail dans le contrat de travail, resp. dans le contrat de mission

Selon l'art. 19, al. 2, let. d LSE, le bailleur de services est tenu de réglementer par écrit l'horaire de travail dans le contrat de travail conclu avec le travailleur. Il est interdit au bailleur de services de se contenter de renvoyer aux dispositions correspondantes de l'entreprise de mission; au contraire, le travailleur doit pouvoir savoir, avant de commencer le travail, combien d'heures de travail il est tenu de fournir afin qu'il puisse calculer le montant de son salaire sur cette base. Conformément à l'obligation d'informer qui incombe à l'employeur selon l'art. 330b, al. 1, let. e CO, l'employeur est également tenu d'informer par écrit le travailleur de la durée hebdomadaire de travail au plus tard un mois après le début des relations de travail si les rapports de travail ont été conclus pour une période indéterminée ou pour une durée supérieure à un mois.

Il n'est pas possible de renoncer à une réglementation de la durée du travail en avançant l'argument selon lequel, dans de tels cas, la durée du travail résulterait des conditions de travail selon les usages locaux et professionnels au sens de l'art. 19, al. 3 LSE.

Les raisons pour lesquelles le bailleur de services est tenu de réglementer explicitement la durée du travail sont les suivantes:

- Premièrement, l'art. 19, al. 2, let. d LSE exige explicitement de réglementer par écrit la durée du travail.
- Deuxièmement, une norme de droit sanctionnant l'employeur existe pour le cas où ce dernier n'a pas convenu explicitement sous forme écrite la durée du travail. Selon l'art. 39, al. 2, let. c LSE, celui qui, intentionnellement, n'aura pas communiqué par écrit, en sa qualité de bailleur de services, la teneur essentielle du contrat de travail ou ne l'aura fait qu'incomplètement (art. 19) sera puni d'une amende de 40'000 francs au maximum. L'employeur n'a donc pas le choix; bien au contraire, il est tenu de convenir par écrit la teneur essentielle du contrat. Car sinon, la disposition pénale serait dépourvue de sens.
- Troisièmement, l'art. 19, al. 3 LSE n'est qu'une disposition subsidiaire pour le cas où les exigences quant à la forme et au contenu ne sont pas remplies. Et ce, en priorité aux fins de protection du travailleur: selon la page 613 du message (FF 1985 III 556) concernant la révision de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 27 novembre 1985: «La forme écrite ne devrait pas être déterminante pour la réalisation du contrat; elle n'a au contraire qu'une fonction de preuve et de protection. En cas de non-respect de cette prescription relative à la forme écrite, il serait absurde de considérer le contrat de travail comme non valide parce qu'ainsi, le but de protection souhaité par cet article serait transformé en son contraire. Les travailleurs se verraient alors contraints d'arrêter immédiatement le travail si l'on venait à constater le vice de forme». La disposition ne doit toutefois pas servir de justification afin de ne pas respecter la forme prescrite.
- Quatrièmement, en particulier pour les travailleurs temporaires, il est également difficile de se fonder sur l'usage professionnel et local pour fixer la durée du travail puisque ces travailleurs temporaires ne sont souvent engagés qu'à temps partiel ou seulement pour des missions de courte durée.

- Cinquièmement, le Tribunal administratif fédéral a disposé, dans son arrêt B-3381/2008 du 11 mars 2009, que le travailleur est clairement en droit de prendre connaissance de la teneur essentielle de son contrat de travail en le recevant sous la forme d'un document écrit (ch. 5.4.2), et que le législateur n'entendait admettre que les exceptions que le Conseil fédéral réglemente au niveau de l'ordonnance à l'art. 48 de l'Ordonnance sur le service de l'emploi et la location de services³ (OSE) (ch. 5.5).
- C'est pourquoi les horaires de travail doivent être réglementés dans le contrat de travail et le travailleur doit pouvoir savoir clairement selon quelle ampleur précise il doit mettre ses services à disposition et le montant du salaire sur lequel il peut par conséquent compter.

Les variantes suivantes sont licites (liste non exhaustive):

- Nombre d'heures de travail hebdomadaires ou journalières à effectuer, par exemple «42 heures par semaine» ou «8,4 heures par jour».
- Indication d'un plan d'horaire, comme par exemple «de 08h00 à 12h00 et de 13h00 à 17h30».
- «en moyenne 42 heures par semaine» est licite; ce n'est pas le cas, en revanche, pour l'indication «environ 42 heures par semaine en moyenne», car cette indication est trop imprécise.
- «Horaire de travail selon le règlement sur les heures de travail de l'entreprise de mission qui figure en annexe au présent contrat». Toutefois, le règlement sur la durée du travail doit être conforme aux prescriptions légales.
- «Horaire de travail selon les prescriptions de la commission paritaire cantonale qui figurent en annexe au présent contrat».
- Si l'entreprise de mission est soumise à une CCT dont le champ d'application a été étendu et si celle-ci s'applique au travailleur dont les services sont loués, il est aussi possible de faire figurer dans le contrat la réglementation suivante: «Horaire de travail selon la convention collective de travail étendue et en vigueur... (nom/branche)». Il est également licite de convenir, dans un cas individuel, d'un taux de pourcentage déterminé du temps de travail selon la CCT, p. ex. «80% selon l'horaire de travail de la CCT XY ». À titre d'exemple, une réglementation de ce genre où le modèle de contrat a été présenté pour examen à l'autorité qui délivre l'autorisation selon la LSE peut être approuvée. Mais il est illicite qu'un bailleur de service applique ensuite ce modèle de contrat à tous les rapports de travail. Car il n'est pas crédible que la totalité des missions prévoit un horaire de travail de 80%. En effet, avec une telle réglementation couvrant tous les cas sans exception, le bailleur de services répercuterait ainsi systématiquement le risque salarial sur le travailleur. Au contraire, il est imaginable que, pour une mission, plusieurs collaborateurs travaillent seulement à un taux d'activité de, par exemple, 80%.
- En cas d'engagements de durée indéterminée ou de durée déterminée supérieure à une année, il est également possible d'appliquer des modèles de temps de travail annualisés ou des modèles d'horaires de travail à temps partiel annualisés. Toutefois, en vertu de l'art. 19, al. 2, let. d LSE, ces modalités doivent être toujours spécifiées contractuellement de manière suffisamment précise.

³ Ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi et la location de services (ordonnance sur le service de l'emploi, OSE), RS 823.111)

- Des modèles d'horaire de travail flexible sont possibles dans des cas particuliers. Ils doivent cependant être réalistes au vu de la mission concrète. En principe, des modèles d'horaire de travail flexibles entre 80% et 100%, respectivement entre 34 heures / semaine et 42 heures /semaine sont crédibles. Des modèles d'horaire de travail flexible à temps partiel sont également possibles comme par exemple 60% à 80%, respectivement 26 heures / semaine à 34 heures / semaine.

Pour satisfaire aux conditions de l'art. 19, al. 2, let. d LSE, il faut toutefois faire figurer explicitement dans le contrat de travail, comme susmentionné à titre d'exemple, la fourchette de temps de travail que le travailleur est tenu de fournir. Ce faisant, il faut toujours rémunérer à raison du salaire horaire convenu la durée de travail minimale stipulée dans le contrat ainsi que l'éventuel temps de travail dépassant cette limite (font exception à ce qui précède les règles figurant au chapitre intitulé « *Se baser sur le rapport relatif aux heures de travail, resp. sur le rapport relatif au travail* », voir page suivante, cas cités). Pour la période située à l'intérieur de la fourchette de temps de travail où le travailleur ne peut pas travailler parce que l'entreprise de mission a décidé de le renvoyer à son domicile, une indemnité correspondante doit lui être payée à titre supplémentaire de manière similaire aux règles applicables au travail sur appel. La teneur d'une telle réglementation peut se présenter comme suit: « La durée normale du travail est de 34 heures par semaine au minimum, et de 42 heures par semaine au maximum. Le travail effectivement fourni, mais au minimum de 34 heures par semaine, doit être en principe rémunéré à raison du salaire horaire convenu. Une indemnité de CHF yy.xx doit être versée pour le travail non fourni à partir de 34 heures par semaine jusqu'à 42 heures par semaine. L'indemnité pour le temps de travail fourni supérieur à 42 heures par semaine est réglementée conformément à la convention relative aux heures supplémentaires et au travail supplémentaire.»

- Dans le cadre des points précités, la conclusion de travail à temps partiel est également licite. Un pourcentage clair doit être défini et les jours durant lesquels la prestation de travail sera fournie seront définis clairement et expressément. Par exemple: « lundi de 14h00 à 18h00, mercredi de 8h00 à 12h00 et de 14h00 à 18h00, correspondant à un taux d'activité partiel de 30% sur une semaine de 40 heures de travail ». De cette façon, le travailleur a la possibilité d'organiser le temps restant et de, par exemple, accepter d'autres engagements.

Ne sont pas licites, en revanche, p. ex., les formulations suivantes:

- «Conformément à la durée de travail normale de l'entreprise de mission». La durée de travail normale doit expressément figurer dans le contrat de travail en précisant le nombre d'heures journalières, hebdomadaires ou mensuelles, faute de quoi la condition prescrite par l'art. 19, al. 2, let. d LSE n'est pas remplie.
- «Conformément aux directives de l'entreprise de mission». La réglementation de la durée du travail est un élément essentiel faisant partie du contrat qui doit être conclu par écrit entre les véritables parties du contrat avant la prise d'effet du contrat. C'est pourquoi il n'est pas possible de déléguer cette réglementation à un représentant, en l'occurrence à l'entreprise de mission. En outre, le travailleur n'a aucune relation contractuelle avec l'entreprise tierce dans laquelle il accomplit sa mission, et il ne peut dès lors faire valoir les droits découlant de son contrat de travail vis-à-vis de cette entreprise.
- La clause suivante, ou une clause dont la teneur est similaire, n'est pas licite: «Par la présente, je confirme que des écarts par rapport à la durée du travail convenu dans le

contrat de mission susmentionné sont dus à des raisons privées dont je dois moi-même répondre, et que ces écarts ont pris naissance à ma demande explicite. Cette confirmation est faite de mon plein gré, et je renonce ainsi explicitement à faire valoir mes droits liés à l'empêchement de travailler au titre de la demeure de l'employeur au sens de l'art. 324 CO.»

Des réglementations de ce genre ou des réglementations similaires ne peuvent pas être autorisées parce que le risque existe que le travailleur ne soit tenu de signer une telle déclaration en lien avec un futur versement de salaire, et qu'il ne signe cette déclaration que parce qu'il redoute que sinon, il ne recevra aucun salaire ou qu'il ne recevra qu'avec du retard.

Les horaires de travail figurant dans le contrat de mission en tant que base pour le calcul du paiement du salaire

Les horaires de travail qui sont réglementés dans le contrat de mission constituent donc, en principe, la base pour le calcul du paiement du salaire. Sur la base des horaires de travail fixés dans le contrat, les travailleurs doivent avoir la possibilité de calculer le revenu qu'ils réaliseront lors de cette mission concrète. Très souvent, on rencontre dans les contrats-cadres et dans les contrats de mission certaines clauses selon lesquelles le rapport relatif aux heures de travail ou le rapport relatif au travail doit servir de base au calcul du paiement du salaire. Ce mode de faire est en principe admissible puisque le locataire de services n'a aucune relation avec ses travailleurs dont les services sont loués pendant une mission, et puisqu'il faut qu'il sache combien d'heures de travail ont été effectivement fournies et, dès lors, quel est le montant du salaire qu'il doit payer au travailleur. C'est pourquoi, dans la pratique, le nombre d'heures de travail effectivement fournies dans l'entreprise de mission est attesté en faisant appel au rapport relatif aux heures de travail, resp. au rapport relatif au travail. Toutefois, dans ce contexte, il faut tenir compte des points suivants:

Conformément à l'art. 324 CO, qui relève du droit impératif et ne saurait être modifié aux dépens du travailleur, l'employeur (le bailleur de services) demeure en principe tenu de payer le salaire, lorsque, même sans faute de sa part, il empêche l'acceptation de la prestation de travail sans que le travailleur ne soit tenu de fournir une prestation de travail ultérieure. S'il est convenu dans le contrat de travail, resp. dans le contrat de mission, que le travailleur doit fournir une intervention dans une entreprise tierce à raison de 40 heures par semaine, ce travailleur a droit, en principe, à un salaire équivalent à 40 heures par semaine si un salaire horaire a été convenu. En effet, en signant le contrat de mission, le travailleur offre ses services à raison de ce nombre d'heures, et l'employeur qui a aussi signé ce contrat est tenu, pour sa part, d'accepter la prestation de travail à raison du nombre d'heures de travail convenu.

Si le nombre d'heures figurant dans le rapport relatif aux heures de travail, resp. dans le rapport relatif au travail, s'avère inférieur au nombre d'heures convenu dans le contrat de mission, conformément à la disposition précitée qui relève du droit impératif, le bailleur de services est en principe tenu de rémunérer le travailleur à raison des 40 heures par semaine convenues dans le contrat de mission, et il est interdit de se baser simplement sur le nombre d'heures figurant dans le rapport relatif aux heures de travail, resp. dans le rapport relatif au travail. Le risque que l'entreprise de mission ne soit pas en mesure d'offrir le volume de travail à hauteur du nombre d'heures convenu est transféré au bailleur de services parce que c'est lui qui a contracté avec le travailleur une relation relevant du droit du travail, et parce que c'est lui qui est tenu de respecter les dispositions impératives des arts. 319 ss CO.

Se baser de manière licite sur le rapport relatif aux heures de travail/sur le rapport relatif au travail, resp. s'écarter de la durée du travail contractuellement convenue

Dans la pratique, on peut tolérer une fluctuation des heures de travail journalières ou hebdomadaire tant que la durée de travail convenue est fournie et rémunérée en moyenne mensuellement ou, en cas de missions de brève durée, tant qu'elles sont fournies et rémunérées au minimum selon un rythme hebdomadaire. Dans ce sens, il est possible de se baser sur le rapport relatif aux heures de travail, resp. sur le rapport relatif au travail.

Des écarts de 5% par rapport à la durée du travail convenue peuvent être justifiés dans certains cas individuels. Mais on ne saurait tolérer qu'ensuite, tous les collaborateurs travaillent 5% de moins et doivent être prêts à accepter une réduction du salaire en conséquence.

De même, il va de soi qu'il est licite de se baser sur le rapport relatif aux heures de travail accomplies, resp. sur le rapport relatif au travail si, par sa faute, le travailleur n'a pas fourni les heures de travail convenues (absence non excusée ou abandon du poste de travail sans juste motif).

Enfin, les indications figurant dans les rapports relatifs aux heures de travail, resp. dans les rapports relatifs au travail, servent également à établir le décompte des éventuelles heures supplémentaires ou d'un éventuel travail supplémentaire. Ces rapports servent aussi à apporter la preuve de la fourniture des heures de travail convenues en moyenne selon le contrat de travail et à garantir le respect des prescriptions sur la durée du travail imparties par la loi sur le travail.

Lors du contrôle des modèles de contrats dans le cadre de la procédure de demande d'autorisation, mais aussi lors des clarifications effectuées dans certains cas individuels, nous vous prions de vous baser sur les explications précitées. Nous attirons en particulier votre attention sur le fait que si la durée du travail selon l'art. 19, al. 2, let. d LSE n'a pas fait l'objet d'une réglementation sous forme écrite, une plainte pourra être déposée contre le bailleur de services fautif conformément à l'art. 39, al. 2, let. c LSE. De même, l'autorisation de pratiquer la location de services pourra être retirée conformément à l'art. 16, al. 1, let. b et c LSE au bailleur de services qui a enfreint de manière répétée ou grave les dispositions de la LSE (art. 16, al. 1, let. b) et ne remplit plus les conditions d'octroi de l'autorisation visées à l'art. 13, al. 2, let. b LSS dès lors que la personne responsable n'est plus en mesure de garantir que l'activité de location de services est respectueuse de la déontologie du métier (art. 16, al. 1 let. c).

Nous vous remercions de prendre bonne note de ce qui précède et vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, l'assurance de notre considération distinguée.

Secrétariat à l'économie



Peter Gasser

Chef Libre circulation des personnes et Relations du travail

- Version en langue allemande disponible
- Sera publié sur www.travail.swiss

Copie à:

- Union patronale suisse, Hegibachstrasse 47, case postale, 8032 Zurich, verband@arbeitgeber.ch
- Union suisse des arts et métiers, Schwarztorstrasse 26, case postale, 3001 Berne, sgv@crm.sgv-usam.ch
- swissstaffing, Stettbachstrasse 10, 8600 Dübendorf, info@swissstaffing.ch
- Union Syndicale Suisse, Monbijoustrasse 61, case postale, 3000 Berne 23, info@sgb.ch
- Travail Suisse, Hopfenweg 21, Postfach 3119, 3001 Bern, info@travailsuisse.ch
- unia, secrétariat central, Weltpoststrasse 20, 3000 Berne 15, info@unia.ch
- syna, secrétariat central, Römerstrasse 7, case postale 1668, 4600 Olten, info@syna.ch
- Société suisse des employés de commerce, Hans-Huber-Strasse 4, 8002 Zurich, info@kfmv.ch
- Employés Suisse, Martin Disteli-Strasse 9, 4600 Olten, info@angestellte.ch
- tempcontrol, secrétariat général - exécution de la CCT Location de services, case postale 272, 3000 Berne 15, tempcontrol@tempservice.ch
- Association des offices suisses du travail AOST, Maison des cantons, Speichergasse 6, case postale, 3001 Berne, info@vsaa.ch
- eCare AG, Hinterbergstrasse 11, 6330 Cham, info@ecare.ch