



CCH-3003 Bem. SECO. PAEP

- **Offices cantonaux du travail**
- **Responsables cantonaux de la LSE**

Référence/dossier: Rechtsgr Weisung_Arbeitszeit_Rapport_Lohnzahlung_Vern_FR version définitive
Spécialiste: gre/veh/chh
Berne, le 15 septembre 2009

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 2009/2 : précision des directives et commentaires relatifs à la LES

Madame, Monsieur,

Nous avons régulièrement été confrontés par le passé 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 ou alors les travailleurs n'avaient pas été payés correctement sur la base de l'horaire de travail. Dans certains cas, aucun horaire de travail n'avait été convenu avec le travailleur dans son contrat de travail et l'aménagement de l'horaire journalier avait été entièrement laissé aux soins de l'entreprise de mission. Dans d'autres cas, un horaire de travail journalier ou hebdomadaire avait bel et bien été convenu mais, dans la réalité, cet horaire de travail était soumis à de fortes fluctuations : selon le volume de travail, les travailleurs étaient souvent renvoyés à la maison après quelques heures, de sorte que leur salaire était en fin de compte bien inférieur à ce qu'ils étaient en droit d'attendre. Pour des travailleurs qui ont un bas salaire et qui ont de surcroît des obligations familiales, de telles fluctuations ne sont guère supportables financièrement.

Par la présente directive, nous aimerions préciser la manière dont l'horaire de travail peut être réglé dans le contrat de travail, soit dans le contrat de mission, en vertu de l'art. 19, al. 2, let. d, LSE et de quelle manière le salaire doit en règle générale être versé sur la base de cet horaire de travail.

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

**Règlement de l'horaire de travail dans le contrat de travail,
soit dans le contrat de mission**

Aux termes de l'art. 19, al. 2, let. d, LSE, le bailleur de services a l'obligation de régler l'horaire de travail par écrit dans le contrat de travail conclu avec le travailleur. Par ailleurs, il ressort de l'obligation d'informer qui incombe à l'employeur conformément à l'art. 330b, al. 1, let. e, du code des obligations (CO)² que, lorsque le rapport de travail a été convenu pour une durée indéterminée ou pour plus d'un mois, l'employeur doit informer le travailleur par écrit sur la durée hebdomadaire du travail au plus tard un mois après le début du rapport de travail.

Il n'est pas possible de renoncer à fixer l'horaire de travail au motif que, dans de tels cas, l'horaire de travail se fonde, conformément à 19, al. 3, LSE, sur les conditions de travail selon les usages locaux et professionnels.

- Premièrement, l'art. 19, al. 2, let. d, LSE exige explicitement que l'horaire de travail soit réglé par écrit.
 - Deuxièmement, une sanction est prévue pour le cas où l'horaire de travail n'a pas été convenu par écrit. Selon l'art. 39, al. 2, let. c, LSE, celui qui, intentionnellement, en tant que bailleur de services, n'aura pas annoncé par écrit ou aura annoncé incomplètement la teneur essentielle du contrat de travail (art. 19) sera puni d'une amende de 40 000 francs au plus. L'employeur n'a donc pas le choix ; il doit convenir par écrit des points essentiels du contrat car sinon la disposition pénale n'aurait pas de sens.
 - Troisièmement, l'art. 19, al. 3, LSE couvre les cas où les exigences quant à la forme et au contenu ne sont pas remplies et ce avant tout pour protéger le travailleur. Aux termes du message concernant la révision de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 27 novembre 1985 (FF 1985 III 524), „la forme écrite n'est pas déterminante pour la conclusion du contrat, elle n'a qu'une fonction de preuve et de protection“. Par ailleurs, „Ne pas reconnaître la validité d'un contrat qui ne respecterait pas cette règle de forme serait absurde et irait à l'encontre de la protection souhaitée par cet article. Les travailleurs se verraient alors contraints d'arrêter immédiatement le travail si l'on venait à constater un vice de forme.“ (p. 587).
 - Quatrièmement, il est difficile de se fonder sur l'usage professionnel et local pour fixer l'horaire de travail des travailleurs temporaires car ceux-ci sont souvent engagés à temps partiel ou 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 était en droit de recevoir la teneur essentielle de son contrat de travail sous forme de document écrit (ch. 5.4.2) et que le législateur n'entendait admettre que les exceptions réglées par le Conseil fédéral par voie d'ordonnance à l'art. 48 de l'Ordonnance sur le service de l'emploi (OSE)³(ch. 5.5).
- C'est pourquoi l'horaire de travail doit être réglé dans le contrat de travail de façon à ce que le travailleur puisse savoir clairement dans quelle mesure il doit mettre ses services à disposition et quel salaire il est en droit d'attendre pour ses services.

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

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

Les variantes suivantes peuvent par exemple être admises :

- Nombre d'heures hebdomadaires ou journalières à effectuer, par exemple „40 h/sem.“ ou „8,5 h/jour“.
- Indication d'un plan d'horaire tel que „de 08h00 à 12h00 et de 13h00 à 17h30“.
- „Horaire de travail selon le calendrier du temps de travail de l'entreprise de mission, lequel est joint au présent contrat“.
- „Horaire de travail selon les dispositions adoptées par la commission paritaire cantonale, lesquelles sont jointes au présent contrat“.
- Lorsque l'entreprise de mission est soumise à une CCT déclarée de force obligatoire et que celle-ci s'applique au travailleur dont les services sont loués, l'horaire de travail peut aussi être réglé comme suit: „Horaire de travail prévu par la CCT ... (nom et branche) déclarée de force obligatoire le ... (date).“
- Comme les besoins des entreprises de mission peuvent fluctuer fortement, il est aussi envisageable d'instaurer un système de temps de travail modulable dans la location de services :
 1. Pour satisfaire à l'art. 19, al. 2, let. d, LSE, le contrat de travail doit cependant mentionner l'espace modulable du temps de travail à effectuer. L'horaire minimal et les éventuelles heures effectuées en plus doivent toujours être rémunérés au salaire horaire convenu (à l'exception des cas visés au chapitre *Salaire calculé sur la base du rapport des heures ou de travail*). Pour les heures comprises dans l'espace modulable de travail que le travailleur n'a pu accomplir parce qu'il a été renvoyé à la maison par l'entreprise de mission, une indemnité doit lui être versée en plus comme pour le travail sur appel. Le règlement peut par exemple avoir la teneur suivante : „L'horaire de travail normal est de 30 h/sem. au minimum et de 42 h/sem. au plus. Les heures effectuées, mais 30 h/sem. au moins sont en principe rémunérées au salaire horaire convenu. Une indemnité de yy.ss francs est versée pour les heures excédant 30 h/sem. et ne dépassant pas 42 h/sem. qui n'ont pas été accomplies. Quant aux heures excédant le plafond de 42 h hebdomadaires, elles sont indemnisées sur la base de l'accord sur les heures supplémentaires et les heures de travail supplémentaire.“
 2. Lorsque le travailleur peut fixer lui-même le nombre d'heures qu'il veut travailler dans le cadre de l'espace modulable de travail, seules les heures effectivement accomplies sont payées au salaire horaire convenu. Le nombre d'heures minimum doit cependant toujours être rémunéré (voir plus loin, chapitre *Salaire calculé sur la base du rapport des heures ou de travail*).
- Lorsque le contrat de travail est de longue durée ou de durée indéterminée, il est possible de se fonder sur un horaire de travail annuel ou des modèles d'horaire de travail annuels. Ces derniers sont toutefois liés à une réduction du salaire linéaire. De tels accords doivent toujours être suffisamment précisés dans le contrat pour satisfaire à l'art. 19, al. 2, let. d, LSE.

Les formules suivantes ne sont en revanche **pas admises** :

- „Conformément à l'horaire de travail normal de l'entreprise de mission". L'horaire de travail normal doit figurer dans le contrat de travail et indiquer le nombre d'heures journalières, hebdomadaires ou mensuelles, faute de quoi la condition de l'art. 19, al. 2, let. d, LSE, n'est pas remplie.
- „Conformément aux directives de l'entreprise de mission". L'horaire de travail est un point essentiel du contrat que les parties doivent convenir par écrit avant l'entrée en fonction. Il n'est dès lors pas possible de déléguer le règlement de l'horaire de travail à un représentant, en l'occurrence l'entreprise de mission. Par ailleurs, le travailleur n'est pas lié juridiquement à l'entreprise tierce dans laquelle il accomplit sa mission et ne peut dès lors faire valoir des droits envers cette entreprise en se fondant sur son contrat de travail.

Horaire de travail fixé dans le contrat de mission comme base de salaire

L'horaire de travail fixé dans le contrat de mission sert donc en principe de base au paiement du salaire. Le travailleur doit pouvoir calculer le salaire mensuel qui lui sera versé pour une mission concrète à l'aide de l'horaire de travail indiqué dans son contrat. Il est fréquent qu'une clause du contrat-cadre ou du contrat de mission stipule que le salaire sera payé sur la base du rapport des heures ou de travail. Cette clause est en principe acceptable parce que le bailleur de services n'a aucun lien avec le travailleur pendant la mission et qu'il doit connaître le nombre d'heures effectivement accomplies par celui-ci pour calculer son salaire. Dans la pratique, l'horaire de travail accompli dans l'entreprise de mission est donc régulièrement attesté par des rapports d'heures ou de travail. Il convient en l'occurrence d'observer ce qui suit :

Aux termes de l'art. 324 CO, qui a un caractère relativement impératif et auquel il ne peut être dérogé au détriment du travailleur, l'employeur (bailleur de services) qui empêche, même sans faute de sa part, l'exécution du travail reste en principe tenu de payer le salaire sans que le travailleur doive encore fournir son travail. Si le contrat de travail, soit le contrat de mission, stipule que la mission accomplie par le travailleur dans une entreprise tierce est de 40 heures hebdomadaires, le travailleur a droit à 40 heures payées par semaine si c'est un salaire horaire qui a été convenu. En signant le contrat de mission, le travailleur offre ses services à raison du nombre d'heures fixé dans le contrat. Quant à l'employeur qui est également signataire du contrat, il est tenu d'accepter le travail à hauteur du volume convenu.

Si le rapport des heures ou de travail fait état d'un nombre d'heures inférieur au volume prévu par le contrat de mission, le bailleur de services est en principe tenu, en vertu de la disposition impérative précitée, de rémunérer le travailleur pour les 40 heures prévues contractuellement et ne peut simplement se fonder sur le rapport des heures ou de travail. Comme c'est le bailleur de services qui a conclu le contrat de travail avec le travailleur et qu'il est tenu de respecter ses obligations prévues aux art. 319 ss CO, c'est à lui d'assumer le risque que l'entreprise de mission n'offre pas au travailleur le volume de travail prévu.

Salaire calculé sur la base du rapport des heures ou de travail, soit sur un nombre d'heures variant par rapport à l'horaire de travail convenu contractuellement

Dans la pratique, des fluctuations journalières ou hebdomadaires de l'horaire de travail sont acceptables tant que le travail accompli et rémunéré correspond en moyenne mensuelle – ou hebdomadaire pour les missions de courte durée - au moins à l'horaire de travail prévu. Dans ces cas, l'employeur peut se fonder sur le rapport des heures ou de travail.

Il va également de soi que l'employeur peut se fonder sur le rapport des heures ou de travail lorsque l'horaire convenu n'a pas été respecté par la faute du travailleur (absence ou abandon du poste de travail sans justes motifs).

Les rapports des heures ou de travail servent en fin de compte également à calculer les éventuelles heures supplémentaires ou heures de travail supplémentaire, à attester l'horaire de travail contractuel moyen et à garantir le respect des dispositions relatives à la durée de travail fixées par la loi sur le travail.

Nous vous prions de tenir compte des précédentes considérations dans le cadre des demandes d'autorisation lorsque vous vérifierez les modèles de contrats et clarifierez les cas concrets. Nous attirons notamment votre attention sur le fait qu'une plainte pourra être déposée au sens de l'art. 39, al. 2, let. c, LSE contre le bailleur de services fautif qui ne règle pas l'horaire de travail par écrit conformément à l'art. 19, al. 2, let. d, LSE. De même, l'autorisation pourra être retirée conformément à l'art. 16, al. 1, let. b et c, LSE au bailleur de services qui enfreint de manière répétée ou grave les dispositions de la LSE (art. 16, al. 1, let. b) ou ne remplit plus les conditions d'octroi de l'autorisation visées à l'art. 13, al. 2, let. b, LSE, car le bailleur de services responsable ne peut plus, dans un tel cas, assurer une location de services satisfaisant aux règles de la profession (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 d'Etat à l'économie



Peter Gasser

Chef Libre circulation des personnes et Relations du travail

- Version allemande disponible
- Paraît sur TCNet et www.espace-emploi.ch

Copie:

- Schweizerischer Arbeitgeberverband, Hegibachstrasse 47, Postfach, 8032 Zürich
- Schweizerischer Gewerbeverband, Schwarztorstrasse 26, Postfach, 3001 Bern
- swissstaffing, Stettbachstrasse 10, 8600 Dübendorf
- Schweizerischer Gewerkschaftsbund, Monbijoustrasse 61, Postfach, 3000 Bern 23
- unia, Zentralsekretariat, Weltpoststrasse 20, 3000 Bern 15
- Verband Schweizerischer Arbeitsämter VSAA, Herr R. Vuille, Stv. Geschäftsführer und Leiter Bildung, Laupenstrasse 22, 3008 Bern
- Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht der Universität St. Gallen, Prof. Dr. T. Geiser, Guisanstrasse 92, 9010 St. Gallen
- Realisator AG, Lerzenstrasse 17, 8953 Dietikon