

Mémento: Aménagement du temps de travail

Outre les bases légales, le présent mémento contient des options d'actions concrètes visant à minimiser le risque de demeure de l'employeur en pratique et dans l'optique d'un contrôle des livres des salaires.

1. Définition et bases légales

Si l'employeur empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, il reste tenu de payer le salaire sans que le travailleur doive encore fournir son travail (art. 324 al. 1 CO). Il y a donc demeure de l'employeur si l'employeur ne peut pas procurer suffisamment de travail, à condition que le travailleur ait proposé son travail sans succès.

Se fondant sur l'art. 32 et s. de la CCT Location de services, la Commission professionnelle Paritaire Suisse de la Location de Services (CPSLS) a édicté en complément du règlement de procédure des directives relatives à la compétence d'exécution des CPR. Lorsque le temps de travail réel est inférieur au temps de travail prévu et qu'à l'occasion du contrôle, il peut être *présumé, sur la base d'indices concrets*, une demeure de l'employeur, la CPSLS qui ne dispose pas de la compétence d'exécution en ce qui concerne la demeure de l'employeur a précisé à ce sujet qu'en pareil cas, la compétence de contrôle pourrait être justifiée à ce titre dans la mesure où la CPR peut émettre une *recommandation* de paiements compensatoires.

Toutefois, la CPR n'a pas d'office la compétence d'ordonner un paiement d'arriérés, ni d'exiger la preuve de paiements compensatoires, voire de sanctionner. Des manquements en ce domaine ne peuvent donc donner lieu à la prononciation ni d'une peine selon le calculateur des peines conventionnelles, ni à une peine conventionnelle suite à un comportement récalcitrant (preuve de paiements compensatoires).

2. Options d'actions visant à minimiser le risque d'heures en moins

2.1 Aménagement du temps de travail dans le contrat de mission

Selon **art. 19 al. 2 let. d LSE**, le bailleur de services doit conclure un contrat écrit avec le travailleur, qui doit notamment préciser l'horaire de travail. Le temps de travail doit donc être clairement réglementé dans le contrat de mission. Il faut que le travailleur soit en mesure d'identifier sans ambiguïté l'étendue de ses prestations et les revenus qu'il peut en attendre. Dans le contrat de mission, un taux d'occupation "sur appel" ou "en fonction des besoins du client" n'est pas admissible. Le nombre d'heures de travail hebdomadaires ou quotidiennes, par exemple "40 heures/semaine" ou "8 heures/jour", doit donc impérativement figurer dans le contrat de travail.

Il est très important que le temps de travail prévu dans le contrat de mission corresponde aux besoins réels, car les heures de travail réglementées dans ce contrat constituent en principe la base du

paiement du salaire. Un taux d'occupation incorrect ou excessivement élevé mentionné dans le contrat de mission et qui ne peut être respecté dans la pratique, est susceptible d'entraîner ainsi une demeure de l'employeur.

Ci-après figure une liste de quelques formulations autorisées, selon la Directive SECO 2019/1 sur le Règlement de l'horaire de travail dans le contrat de travail:

- **Fixer le nombre d'heures de travail hebdomadaires ou journalières à effectuer**, par exemple "42 heures par semaine" ou "8,4 heures par jour".

Afin d'éviter les heures en moins, il est conseillé de clarifier dans chaque cas individuel le besoin horaire réel avec l'entreprise locataire de services et de ne pas fixer un nombre d'heures trop élevé dans le contrat de mission (ex: si l'entreprise en question peut garantir au travailleur temporaire un taux d'activité compris entre 60% et 70%, le taux devrait être fixé à 60% dans le contrat de mission).

- La formulation "**en moyenne 42 heures par semaine**" est désormais licite.
Une telle formulation permet d'amortir de (petites) fluctuations du temps de travail (par exemple: dans une mission limitée à 1 mois, le collaborateur A travaille 40 heures les 1ère et 2ème semaines et 44 heures les 3ème et 4ème semaines = en moyenne 42 heures/semaine).
- "Horaire de travail selon le règlement sur les heures de travail de l'entreprise de mission qui figure en annexe au présent contrat".
- Si l'entreprise de mission est assujettie 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 fixer dans un cas individuel un taux de pourcentage déterminé du temps de travail selon CCT, p. ex. "80% selon l'horaire de travail de la CCT xy".

2.2 Fluctuations des heures de travail

En cas de fortes fluctuations des heures de travail, la possibilité suivante est en particulier ouverte pour éviter les heures en moins:

- **Conclusion d'un nouveau contrat de mission** (avec le nombre d'heures de travail correspondant) **pour chaque nouvelle mission.**

Par ex.: missions dans le secteur événementiel. Du début à la mi-janvier, un taux d'activité de 3 jours par semaine peut être garanti; de la mi-janvier à la fin janvier, 2 missions quotidiennes peuvent encore être garanties. En février, seule une affectation par jour pourra probablement être garantie jusqu'à la fin du mois.

Cette solution implique il est vrai une certaine charge administrative, puisqu'un nouveau contrat doit être conclu pour chaque nouvelle mission. Toutefois, ce surcroît de charge est généralement limité, car souvent le contrat de mission ne doit être adapté que ponctuellement (par exemple sur le point des heures de travail ou du salaire).

Si les besoins en personnel de l'entreprise de mission sont très fluctuants et de courte durée, des motifs raisonnables apparaissent, qui permettent de fonder la licéité de la conclusion de plusieurs contrats de mission de durée déterminée avec le collaborateur. Dans cette mesure, il n'existe pas de contrat en chaîne (inadmissible) (voir le mémento de swissstaffing sur les contrats de travail en chaîne), autrement dit chaque contrat de mission unique, de durée déterminée, doit être considéré séparément et il n'y pas de rapport de travail unique, de durée indéterminée.

En présence de plus faibles fluctuations, il est également possible de travailler avec le **système de temps de travail modulable** (voir également notre Mémento "Location de services et travail sur appel"): dans ce modèle, c'est toujours la durée de travail minimale mentionnée et l'éventuelle durée de travail fournie en excédent qui doit être indemnisée au salaire horaire convenu. Toutefois, ces fluctuations doivent être réalistes et crédibles pour la mission concrète. Des systèmes à temps de travail partiel modulables sont également possibles. Pour le temps dans l'espace modulable où le travailleur ne peut pas travailler parce que l'entreprise locataire n'a pas besoin de lui, il faut lui verser une indemnité par analogie au travail sur appel. Mais le Tribunal fédéral ne s'est pas exprimé au sujet du montant de cette indemnité. Il y a lieu d'observer sur ce point les principes suivants: le service de permanence peut être rémunéré par un salaire réduit. Plus le délai de préavis de travail est court, plus l'aménagement du temps libre du travailleur est restreint, raison pour laquelle l'indemnité pour le service de permanence doit être elle aussi plus élevée.

2.3 Clauses visant à minimiser le risque de demeure de l'employeur

La question de savoir si une clause de renonciation du travailleur à faire valoir la demeure de l'employeur dans le **rapport d'heures** déploie valablement des effets juridiques est litigieuse. swissstaffing est d'avis qu'une telle clause (cf. exemple de clause ci-dessous) figurant sur le rapport d'heures est en principe licite.

Exemple:

"Je confirme par la présente que les écarts par rapport aux horaires de travail convenus dans le contrat de mission sont imputables à des raisons privées dont je suis moi-même responsable. Cette reconnaissance est faite de mon plein gré et je renonce donc expressément à faire valoir juridiquement la demeure de l'employeur au sens de l'article 324 CO. "

Afin d'avoir une sécurité en matière de contrôle des livres des salaires, nous vous recommandons de toujours indiquer en sus d'une telle clause, dans le rapport d'heures, les raisons concrètes des écarts entre les heures effectivement travaillées et les heures de travail convenues (heures en moins). Si, par exemple, le collaborateur souhaite de son propre gré rentrer chez lui plus tôt le vendredi après-midi, il doit l'indiquer dans le rapport d'heures, avec le moment correspondant (motifs

individuels). Il est également conseillé que de telles absences soient confirmées par écrit (au moins par e-mail ou SMS).

Dans le **contrat-cadre de travail**, la clause suivante, qui a été approuvée par le SECO, peut également figurer:

"Le travailleur doit établir un compte rendu hebdomadaire des heures de travail et le faire parvenir sans délai à la Société Modèle. Si les heures de travail effectivement fournies ne concordent pas avec les heures de travail convenues, seul le temps de travail pour lequel une justification est produite est indemnisé, sauf dans le cas où le travailleur prouve que l'entreprise locataire de services a refusé qu'il fournisse ses prestations de travail. De tels incidents doivent être annoncés immédiatement à la Société Modèle."

Conclusion : Même si la clause de renonciation dans le rapport d'heures est sujette à litige, il est judicieux de faire figurer une telle clause dans le contrat-cadre de travail et sur le compte rendu des heures. De plus, il est recommandé que toute absence soit indiquée sur le rapport d'heures et/ou confirmée par écrit (au moins par e-mail ou SMS) par le collaborateur ou l'entreprise de mission et que ces confirmations soient classées dans les dossiers du personnel.

3. Contrôle des livres des salaires et information des collaborateurs

3.1 Directive relative à la compétence d'exécution de la CPSLS

Selon la directive relative à la compétence d'exécution de la CPSLS, la CPR peut émettre une recommandation de paiement compensatoire lorsque des écarts sont constatés entre le temps de travail effectif et le temps de travail prévu. Toutefois, les manquements présumés en ce domaine ne peuvent donner lieu au prononcé ni d'une peine selon le calculateur des peines conventionnelles ni à une peine conventionnelle suite à un comportement récalcitrant au contrôle. La situation de fait ne peut être constatée dans le rapport de contrôle qu'à titre de présomption et la décision ne peut que recommander le paiement de l'indemnité compensatoire. La directive relative à la compétence d'exécution prévoit également que les travailleurs seront informés de leurs voies de recours lorsque, à défaut d'avis contraire de la société contrôlée, la décision sera passée en force de chose jugée.

3.2 Position relative à l'allégation de demeure de l'employeur dans le cadre de contrôles des livres des salaires

Dans le cadre de contrôles précités, les entreprises bailleuses de services se voient toujours accorder le droit de prendre position avant que la décision ne soit rendue par la CPR compétente. S'agissant de la demeure de l'employeur, il est recommandé de présenter déjà dans la prise de position une explication crédible des raisons d'éventuelles heures en moins.

Les bailleurs de services devraient notamment vérifier les rapports d'heures et indiquer les raisons des heures en moins (telles que la compensation, les vacances, les congés de l'entreprise, les congés sans solde ou le fait de quitter le travail prématurément à sa propre demande). Moyennant une

analyse et une préparation minutieuses, les différences entre les heures prévues et les heures réelles peuvent être évitées par avance, ou du moins expliquées de manière plausible.

3.3 Options d'action concernant des paiements compensatoires et information des travailleurs temporaires

Dans le cadre de ses décisions, la CPR peut - après indication des voies de recours à la fin de sa décision et sous le titre "**Recommandation demeure de l'employeur**" - recommander à chaque fois que les présumés cas de demeure de l'employeur fassent l'objet d'une compensation. A défaut d'avis contraire du bailleur de services, la CPR peut informer les travailleurs concernés de leurs éventuelles prétentions après l'entrée en force de la décision.

La CPSLS interprète comme suit les termes "avis contraire" au sens de la directive relative à la compétence d'exécution:

Un avis contraire doit répondre aux exigences suivantes:

- Dans la mesure où le bailleur de services n'admet pas qu'il s'agit d'une demeure de l'employeur: documents montrant qu'il n'y a pas de perte d'heures de travail convenues par contrat ou que celle-ci relève de la responsabilité du travailleur.
- Dans la mesure où le bailleur de services admet qu'il s'agit d'une demeure de l'employeur: documents attestant que des paiements compensatoires ont été versés subséquemment aux travailleurs.

Ainsi, les actions suivantes sont possibles après réception de la décision de la CPR:

- Dans la mesure où le bailleur de services est d'accord avec les cas de demeure de l'employeur constatés, il est recommandé de payer immédiatement les arriérés de salaire aux travailleurs concernés et de remettre ensuite à la CPR les documents attestant que ces arriérés ont été payés.
- Si le bailleur de services n'est pas d'accord avec la demeure de l'employeur constatée, il doit présenter des documents (tels que des rapports d'heures, des contrôles internes annuels et d'absences ou des confirmations expresses du travailleur ou de l'entreprise de mission) qui démontrent qu'il n'y a pas de différence entre les heures de travail prévues contractuellement et celles effectuées ou que différence est imputable au travailleur (par exemple, la preuve par une note sur le rapport d'heures, selon laquelle il ressort que l'employé est parti plus tôt en week-end le jour en question, à sa propre demande).
- Si d'autres points de la décision de la CPR sont contestés, il est également possible de faire valoir dans le cadre d'un recours les remarques relatives à la recommandation portant sur la demeure de l'employeur.

Par exemple, la confirmation du travailleur peut avoir la teneur suivante:

*Attestation à l'attn de [entreprise de mission]
concernant les
missions auprès de [entreprise de mission]:
du ... au ...*

Pour des raisons de santé/privées, il ne m'a pas toujours été possible de fournir les heures de travail convenues.

Je confirme donc par la présente que les écarts par rapport aux horaires de travail convenus dans le contrat de mission sont imputables à des raisons dont je répons moi-même ou avec lesquelles j'étais d'accord. Mon salaire m'a été intégralement versé compte tenu des écarts qui me sont imputables.

La présente confirmation est faite de mon plein gré.

.....
Lieu, date

.....
[signature du candidat]

Si les exigences posées pour l'avis contraire ne sont pas respectées, la CPR ne peut qu'informer les employés concernés du fait qu'un contrôle a été effectué et qu'il pourrait en résulter des prétentions pour les travailleurs. Cependant, la CPR n'a pas la compétence d'exiger la preuve de paiements de compensation, ni même de prononcer des sanctions.

4. Prétentions au titre de la demeure de l'employeur

Les bailleurs de services sont souvent confrontés à la situation où des travailleurs ou leurs représentants font valoir des prétentions pour demeure de l'employeur pour certaines périodes (mois, années), bien que le travailleur ait fourni plus que les heures convenues sur l'ensemble de la période de mission. A notre avis, il n'y a pas de base légale générale imposant de compenser ou de payer les heures perdues chaque semaine ou chaque mois si le travailleur a atteint le nombre d'heures convenu au total et que le taux d'activité n'a pas été indûment fixé trop bas. Si vous êtes confronté à de telles prétentions, nous vous recommandons de contacter le service juridique afin de clarifier la situation juridique dans chaque cas particulier.

En cas de questions complémentaires ou de doutes, notre service juridique se fera un plaisir de vous aider au 044 388 95 75 ou via legal@swissstaffing.ch.

Dübendorf, en avril 2021