

REALISATOR – INFO n° 9

un service pour nos clients

Madame, Monsieur

Notre Info n° 9 est une fois de plus l'occasion d'aborder quelques thèmes actuels à la branche du travail temporaire:

Seco- Directive 2009/2 concernant le règlement de l'horaire de travail dans le contrat de travail et l'obligation du bailleur de services de payer le salaire qui lui est liée

Le seco a publié à la date du 7 septembre 2009 une nouvelle directive concernant le règlement de l'horaire de travail dans le contrat de travail et de mission ainsi que l'obligation du bailleur de services de payer le salaire qui lui est liée.

Déjà lors de la procédure de consultation, Realisator SA s'est engagée avec d'autres représentants provenant de milieux concernés pour qu'on renonce au décret de cette directive ou au moins pour qu'on en adoucisse la formulation.

La directive a cependant été décrétée et a suscité au sein de la branche une incertitude grandissante quant aux implications d'une telle directive sur la pratique de la location de services.

A qui s'adresse la directive et que veut-elle?

La directive ne s'adresse en principe qu'aux offices cantonaux du travail et à leurs fonctionnaires qui ont été chargés par le législateur de l'application de la loi fédérale sur le service privé à l'emploi et la location de services (LSE). Elle ne s'adresse donc en principe pas directement aux bailleurs de services et ne représente en ce sens pas non plus de nouveau droit! Elle est plutôt censée fournir aux offices cantonaux du travail des lignes directrices obligatoires pour l'application de la loi. Dans le cas présent, elle veut indiquer aux postes administratifs compétents quelles formulations de contrat concernant l'horaire de travail et l'obligation de payer un salaire peuvent être autorisées dans le cadre de la surveillance des entreprises de location de services.

Cette directive change-t-elle la situation juridique?

Non, les fondements et les dispositions en vigueur relatifs à la loi du travail ne changent absolument pas!

L'art. 19 al. 2 LSE ainsi que l'art. 330b CO stipulent que le bailleur de services doit déterminer l'horaire de travail par écrit dans le contrat de travail ou de mission. Le collaborateur temporaire (CT) doit être en mesure de connaître pendant combien de temps il doit mettre ses services à disposition et quel salaire il est en droit d'attendre sur la base de l'horaire de travail. Le temps de travail à effectuer doit donc être déterminé suffisamment précisément ou doit au moins pouvoir être déterminé de manière objective.

D'après l'art. 324 CO, le bailleur de services se trouve de plus en demeure d'accepter le travail s'il n'est pas en mesure de proposer au CT les horaires de mission convenus dans le contrat et si le CT ne renonce pas de son côté à l'exécution du travail. Etant donné que le droit au salaire est assuré en cas d'empêchement de travailler, le bailleur de services se trouve donc dans l'obligation de payer le salaire pour le temps de travail annulé et ce, sans que le CT doive encore en contrepartie fournir son travail!

La nouvelle directive ne change en rien la situation juridique, mais empêche plutôt les offices cantonaux du travail d'autoriser des accords contractuels qui enfreignent manifestement les principes de droit civil.

Est-ce que les bailleurs de services doivent s'attendre à être confrontés à plus de réclamations liées au droit au salaire en cas d'empêchement de travailler de la part de leurs CT ou des représentants de ceux-ci (syndicats)?

Cette question devrait plutôt être répondue par la négative, étant donné que la situation juridique ne change pas. La participation de l'Union syndicale suisse (USS) à la procédure de consultation laisse toutefois à penser que les syndicats ou les organes d'application des CCT accordent plus d'intérêt à cette thématique et qu'ils y seront donc plus attentifs que ce qu'ils ont été jusqu'à présent lors de contrôles, de comités d'entreprise ou d'occasions de ce genre.

Quelles réglementations sont autorisées dans le contrat de travail ou de mission?

- Indication exacte du nombre d'heures hebdomadaires ou journalières à effectuer: par exemple „40h/semaine ou 8h/jour“
- Indication du plan d'horaire: par exemple „08:00 à 12:00 heures et 13:00 à 17:00 heures“

- Renvoi autorisé au règlement de l'entreprise de mission: par exemple „Horaire de travail selon le calendrier du temps de travail de l'entreprise de mission, lequel est joint au présent contrat“
- Sur la base d'une pratique et d'un exercice reconnus: par exemple „Horaire de travail selon les dispositions adoptées par la commission paritaire cantonale, lesquelles sont jointes au présent contrat“
- Dans le cas de CCT étendues: par exemple „Horaire de travail prévu par la convention collective de travail étendue... [BRANCHE], déclarée de force obligatoire le... [DATE]“
- Système de temps de travail modulable, avec indication du nombre d'heures minimum et maximum et avec travail sur appel (variante I): par exemple „L'horaire de travail normal est de 30h/sem. au minimum et de 42h/sem. au plus. Les heures effectuées, mais 30h/sem. au moins, sont rémunérées au salaire horaire convenu. Une indemnité de CHF xx.xx est versée pour les heures excédant 30h/sem. et ne dépassant pas 42h/sem. qui n'ont pas été effectuées. Quant aux heures excédant le plafond de 42h hebdomadaires, elles sont indemnisées sur la base de l'accord sur les heures supplémentaires et les heures de travail supplémentaire.“
- Système de temps de travail modulable, avec indication du nombre d'heures minimum et maximum et sans travail sur appel (variante II): par exemple. „ L'horaire de travail normal est de 30h/sem. au minimum et de 42h/sem. au plus. Les heures effectuées, mais 30h/sem. au moins sont rémunérées, au salaire horaire convenu. Aucune indemnité n'est versée pour les heures non effectuées qui se trouvent entre 30h et 42h/sem., puisque le travailleur peut choisir lui-même le nombre d'heures qu'il veut travailler. Quant aux heures excédant le plafond de 42h hebdomadaires, elles sont indemnisées sur la base de l'accord sur les heures supplémentaires et les heures de travail supplémentaire.“
- Système avec horaire mobile: par exemple „40h/semaine – Horaire de travail mobile“

Quelles réglementations ne sont pas autorisées?

- „Conformément à l'horaire de travail normal de l'entreprise de mission“
- „Conformément aux directives de l'entreprise de mission“

Qu'est-ce que vous recommande Realisator SA pour l'application pratique?

1. Analysez avec précision le besoin effectif en travail avant de conclure le contrat et évitez de prévoir dans le contrat un temps de travail trop important (risque de devoir payer quand même le salaire!)
2. En cas de doute, convenez plutôt d'un temps de travail moins important (Attention! Pour les missions soumises à une CCT, vous ne pouvez en général convenir d'un temps de travail moindre qu'en diminuant le taux d'occupation, par exemple temps partiel à 90%).
3. Pour les missions soumises à une CCT, choisissez en principe toujours la formulation suivante pour le contrat de mission:
„Horaire de travail prévu par la convention collective de travail étendue... [BRANCHE], déclarée de force obligatoire le... [DATE]“
4. Choisissez pour toutes les autres missions la formulation suivante pour le contrat de mission:

„xxh/semaine – horaire de travail mobile“

D'après le seco, cette manière de faire représente la seule possibilité de permettre une certaine flexibilité dans le règlement contractuel du temps de travail. Le seco déconseille explicitement d'utiliser le système de temps de travail modulable.

5. Calculez le temps de travail nécessité pour la durée entière de la mission et contrôlez en cours de mission l'évolution du temps de travail effectivement effectué (contrôle du temps de travail). Prenez à temps les mesures nécessaires, comme la mise en place de jours de compensation en cas d'heures supplémentaires ou l'ajustement du contrat s'il y a régulièrement des heures de travail en moins (risque de devoir payer quand même le salaire!).
6. Adaptez au mieux vos contrats de travail cadre et faites-y la différence entre un excédent réalisé dans le cadre d'un horaire de travail mobile et ce qui légitime le versement d'une indemnité pour les heures supplémentaires.
7. Adaptez au mieux vos rapports des heures de travail et complétez-les de la déclaration suivante, devant être signée par le CT:

„Le collaborateur confirme par sa signature sur ce rapport des heures de travail que les différences par rapport au temps de travail convenu ne sont que le fait de sa volonté explicite et déclare par la présente être d'accord avec le fait que seules seront payées les heures qui ont été effectuées et qui sont confirmées par la signature de l'entreprise de mission apposée sur ce rapport des heures de travail.“

Comment vous assiste E@sytemp dans l'application de ces prescriptions?

Realisator SA évalue actuellement les possibilités techniques permettant de mettre en place un compte de temps de travail (analogue à l'avoir vacances), supposé vous assister dans le contrôle du temps de travail. Une actualisation du système n'est toutefois pas à prévoir avant le printemps 2010.

De manière générale, nous vous recommandons fortement d'organiser au sein de votre entreprise un contrôle du temps de travail et ce, indépendamment de cette directive. La mise en place d'un contrôle efficace du temps de travail vous permet de résoudre d'un seul coup trois problèmes:

- Vous remplissez les prescriptions légales en matière d'enregistrement du temps de travail
- Vous évitez de devoir payer un supplément pour les heures supplémentaires
- Vous réduisez le risque de devoir payer un salaire si des heures de travail devaient être supprimées pour des raisons internes à l'entreprise.

Notre département „Tax & Legal“ se tient volontiers à votre disposition pour toute question ou pour un conseil juridique sur la conception des contrats.

CCT location de services – Etat actuel

Le seco a reçu en tout 265 oppositions contre la demande d'extension du champ d'application de la CCT location de services, dont plus de 200 provenant d'entreprises de travail temporaire! La plupart des personnes ayant fait opposition au sein de la branche du travail temporaire ont eu recours à notre exemple d'opposition. Realisator en profite pour les remercier sincèrement! Cette demande d'extension n'a pas seulement été matière à discussion parmi les entreprises locataires de services. Beaucoup d'autres associations tierces, qui ont critiqué en premier lieu l'intervention de swisstafing dans des affaires étrangères à sa branche (autonomie tarifaire), ainsi que des entreprises, surprises de voir apparaître la CCT de leur entreprise dans l'annexe I (CCT pas étendues), ont formé opposition .

Et la suite?

Le seco a transmis toutes les oppositions aux partenaires sociaux, c'est-à-dire essentiellement à swisstafing et aux syndicats, afin qu'ils prennent position. Le délai pour la prise de position a expiré au 18 octobre 2009. Le seco va à présent évaluer toutes les oppositions, ce qui donnera certainement lieu à des négociations ultérieures avec les associations d'employeurs.

Une fois ces éventuelles négociations terminées, le seco déposera une requête auprès du conseil fédéral, lui recommandant d'accepter ou de refuser la demande d'extension du champ d'application. Le conseil fédéral est alors libre de choisir sur la base de ce qui a été mis en avant par les partis, les personnes ayant fait opposition et la requête du seco. Aucun recours juridique ne peut être entamé contre la décision du conseil fédéral.

En dépit d'une volonté politique manifestement forte à Berne, où on aimerait bien voir une CCT étendue pour la location de services, ainsi que d'éminents experts du côté des partenaires sociaux, nous sommes encore et toujours d'avis que les oppositions sont justifiées matériellement et qu'une décision légalement défendable ne peut pas être prise aussi rapidement.

Annnonce du barème pour l'impôt à la source: un document d'importance capitale

Conformément à la directive des offices cantonaux des finances concernant la marche à suivre pour l'impôt à la source chez des travailleurs étrangers, vous vous trouvez en tant qu'employeur dans l'obligation de **clarifier si le travailleur est assujéti à l'impôt à la source et quel barème doit être appliqué et ce, avant que la prestation imposable ne soit payée.**

Une fois la formule d'annonce pour les personnes assujétiées à l'impôt à la source déposée, l'avis ou l'annonce du barème vous est remis par le bureau cantonal des contributions ou par l'office communal des impôts compétent. Si les travailleurs n'ont ni domicile ni lieu de séjour en Suisse, c'est alors la commune où se trouve le siège ou la succursale de l'employeur qui est compétente.

Dans la pratique, les paramètres d'impôt à la source sont enregistrés sur E@syTemp de multiples manières, sans présentation d'une décision de barème et sur la base de la propre appréciation du conseiller en personnel ou d'indications fournies sans preuve par le travailleur. Ceci donne lieu à l'application de faux barèmes lors du décompte.

Lors des révisions sur l'impôt à la source, force a été de constater que l'annonce du barème représentait pour les réviseurs le document de base central. Si ce papier vient à manquer, le calcul de l'impôt se fait alors sans autre forme d'explication au barème le plus élevé (A0), ce qui peut représenter dans beaucoup de cas de grosses différences à la charge de l'employeur. L'employeur est certes en droit de contester par un recours de telles impositions, mais il a également besoin pour ce faire de l'annonce de barème. Et, dans le cas d'une révision remontant à 5 ans, il peut s'avérer pour vous en tant qu'employeur très compliqué de fournir les papiers manquants. Si les différences doivent être compensées, il existe toujours le risque que le tra-

vailleur ne puisse pas être atteint et que les différences ne puissent donc pas être compensées. Ces différences restent alors au final à votre charge en tant qu'employeur et débiteur de la prestation imposable.

Pour l'application de ce point sensible, nous vous recommandons fortement de déterminer avec soin le barème applicable à l'aide d'une procédure interne à votre entreprise et d'enregistrer sous forme électronique l'annonce du barème dans la gestion des documents du fichier personnel d'E@syTemp. Les mutations en matière d'impôt à la source doivent être conformément documentées dans les notes du fichier personnel.

Freienbach, novembre 2009