

Legal News

Septembre 2006

Chers clients, Chers partenaires,

Lors de la votation du 25 septembre 2005, le peuple suisse n'a pas uniquement approuvé l'extension de l'accord sur la libre circulation des personnes aux dix pays membres de l'Union européenne, mais a aussi accepté la révision des mesures d'accompagnement. Parmi ces mesures d'accompagnement se trouve celle du contrôle des conditions de travail et de salaire. Pour les ressortissants des nouveaux ou des non Etats membres de l'UE, le contrôle était effectué par les autorités compétentes lors de la demande d'une autorisation de travail dès lors qu'un contrat de travail en la forme écrite devait être déposé auprès de ces autorités. Dans le cadre de la libre circulation des personnes, ce type de contrôle des conditions de travail et de salaire a été supprimé pour les ressortissants des anciens Etats membres de l'UE (l'UE des 15) depuis le 1^{er} juin 2004 et le sera aussi pour les nouveaux Etats membres après l'expiration du régime transitoire (voir Legal News d'avril). Pour éviter un éventuel dumping salarial et social, une commission tripartite composée de représentants des employeurs, des travailleurs et de la Confédération a été mise en place et procédera aux dits contrôles. Pour les aider dans leur travail, le nouvel article 330b a été adopté le 1^{er} avril 2006 dans le Code suisse des obligations (« CO »).

Daniel Bachmann
Partner, Legal
daniel.bachmann@ch.ey.com

Modifications dans le domaine du droit du travail

Roy Levy, lic. iur., avocat, Senior, Legal; roy.levy@ch.ey.com

Le nouvel art. 330b CO

Le nouvel art. 330b CO dispose 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*, au plus tard un mois après le début du rapport de travail, des points suivants : a) le nom des parties, b) la date du début du rapport de travail, c) la fonction du travailleur, d) le salaire et les éventuels suppléments salariaux, e) la durée journalière ou hebdomadaire du travail. Les éventuelles modifications de ces éléments doivent impérativement être communiquées par écrit au travailleur, et ce au plus tard un mois après qu'elles aient pris effet.

Le contrat de travail doit-il être impérativement passé en la forme écrite ?

Un contrat de travail peut en principe être valablement conclu sans forme, donc par exemple oralement. Ce principe reste inchangé même avec l'introduction du nouvel art. 330b CO. L'exigence du caractère écrit n'est donc pas un élément constitutif de la validité formelle du contrat de travail, mais uniquement d'une obligation d'information de la part de l'employeur. Que change donc l'art. 330b CO ?

Sanctions

Les employeurs qui ont déjà, à l'heure actuelle, informés leurs travailleurs sur les éléments mentionnés ci-dessus n'ont plus

d'autres démarches à entreprendre. Pour les autres, la loi ne prévoit aucune sanction pour l'employeur qui ne remplirait pas son obligation d'informer. Néanmoins, l'employeur doit s'attendre à des inconvénients. Ainsi, dans le cadre d'une procédure judiciaire, celui qui apporte une preuve écrite en bénéficiera. Le travailleur qui, par exemple, intente une action contre son employeur en indemnisation des heures supplémentaires effectuées doit pouvoir prouver la durée hebdomadaire de travail stipulée. Dans le cas où le travailleur ne pourrait pas apporter cette preuve, car l'obligation écrite d'information n'a pas été remplie par son employeur, on parle juridiquement de « mise en échec de la preuve ». Il est encore contesté si la « mise en échec de la preuve » amène à un renversement du fardeau de la preuve (dans ce cas, c'est l'employeur qui doit apporter la preuve de la durée hebdomadaire de travail), à un allègement de la preuve (c'est-à-dire, établissement, par exemple, de la vraisemblance au lieu de la preuve au sens strict) ou à une présomption selon laquelle les dires du travailleur sont véridiques. Dans le cas où le travailleur affirme devant le juge que quelque chose d'autre que ce qui a initialement été écrit dans le contrat de travail a été stipulé oralement il doit le prouver en vertu des principes des règles de preuve. Dans le cas où le fardeau de la preuve est renversé (en raison de l'absence de contrat passé en la forme écrite ou plutôt à défaut de confirmation écrite), il sied de relever qu'il appartiendra à l'employeur

de prouver ses réfutations et non pas au travailleur de prouver ses affirmations (contre le principe procédural que le fait négatif ne doit pas être prouvé). Or, la preuve de faits négatifs est très difficile à fournir.

Champ d'application in temporis

Comme cité plus haut, le nouvel article doit faciliter le contrôle des conditions de travail et de salaire par les commissions tripartites. Il poursuit donc un but d'utilité publique (empêchement du dumping salarial). Cependant, la règle a été intégrée dans le droit des obligations, donc du droit privé. Par conséquent, cette disposition est valable pour l'ensemble des relations de travail régies par le droit privé (de durée minimum un mois et pas uniquement dans le cadre des travailleurs détachés). Est contestée la question de savoir si l'obligation d'information vaut pour les relations de travail conclues après le 1^{er} avril 2006 ou si elle vaut aussi, en raison de son caractère public et donc impératif, pour tous les contrats de travail déjà existants. Il est donc conseillé, par mesure de précaution, d'harmoniser tous les contrats déjà existants avec la nouvelle réglementation.

En outre, il faut également prêter attention à certaines clauses contractuelles, comme par exemple une interdiction de concurrence ou une non-indemnisation des heures supplémentaires qui nécessitent toujours de la forme écrite pour être valables.

A quoi faut-il prêter attention ?

Le Conseil fédéral, dans ses explications sur le nouvel article, statue que « par écrit » ne signifie pas que tous les éléments concernant la relation de travail doivent être écrits dans le même contrat. Il est tout à fait possible d'incorporer les éléments nécessaires par écrit dans plusieurs documents. De cette façon, il est possible d'envoyer au travailleur le nom des par-

ties, la date du début du rapport de travail et la fonction du travailleur dans un courrier, puis de lui envoyer le salaire lors du premier décompte. Ce qui devra ensuite être mis par écrit est la durée journalière ou hebdomadaire du travail. Une telle répartition des éléments du contrat de travail en plusieurs documents n'est toutefois pas imposable à l'employeur. Il est pourtant conseillé de fixer dans un premier temps les dits éléments dans un seul document, afin d'avoir un aperçu de l'ensemble de ces derniers ; toutes les éventuelles divergences ou contradictions entre les divers documents seront interprétées en défaveur de l'employeur (selon le principe que les éléments équivoques sont opposables au rédacteur du document). Il est de toute façon conseillé de fixer par écrit tous les dits éléments dans un seul document et en cas d'éventuels changements (par ex. le salaire) de se référer à ce document principal. ■

Vos interlocuteurs pour des questions juridiques :

Bâle

Ernst & Young SA
Thomas Bauer
 Aeschengraben 9
 Case postale
 4002 Bâle
 Tél. +41 58 286 86 11
 thomas.bauer@ch.ey.com

Berne

Ernst & Young SA
Daniel Bachmann
 Belpstrasse 23
 Case postale
 3001 Berne
 Tél. +41 58 286 66 11
 daniel.bachmann@ch.ey.com

Genève

Ernst & Young SA
Olivier Dunant
 59, route de Chancy
 Case postale
 1213 Petit-Lancy
 Tél. +41 58 286 56 11
 olivier.dunant@ch.ey.com

Zurich

Ernst & Young SA
Stefan Seiler
 Bleicherweg 21
 Case postale
 8022 Zurich
 Tél. +41 58 286 36 11
 stefan.seiler@ch.ey.com

Information :

Le Legal News a pour but de donner un aperçu de développements juridiques récents. Son contenu n'exprime pas un avis juridique.

Edition

Legal News

Publication électronique en langue allemande, française et anglaise.

Concept et réalisation

Ernst & Young SA
 Legal et Corporate Communications & Marketing
 Case postale, 8022 Zurich

Abonnements/changements d'adresse

www.ey.com/ch/newsletter

www.ey.com/ch/legal